INCLUSÃO SOCIAL:

DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO:

VOLUME 1A

AUTORES

ANA FLÁVIA DE ANDRADE NOGUEIRA CASTILHO
ANTÔNIO CÉSAR BOCHENEK
BRUNA DE OLIVEIRA DA SILVA GUESSO SCARMANHÃ
BRUNO MELO MOURA
CAMILA SANT`ANA
CASSIANE DE MELO FERNANDES
DANIELLE REGINA BARTELLI VICENTINI
DIEGO NASSIF DA SILVA
EDUARDO LEBBOS TOZZINI
ELIZETE MELLO DA SILVA
FABIANA ZACARIAS
FILIPE ANTONIO FAIANO LUQUEZ
GUILHERME DOMINGOS DE LUCA
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO
ILTON GARCIA DA COSTA
JOSÉ LEITE DA SILVA NETO
JULIO CESAR RECCANELLO MAGALHÃES
KELITA RIBEIRO ARAÚJO
LEONARDO CESAR MATHEUS
LIVIA CARLA SILVA RIGÃO
LORIESSE MARIA SIQUEIRA BUENO SILVA
LUANA CUSTÓDIO LOPES RAIMUNDO
LUIS ALBERTO TEIXEIRA
MARCELO ANTONIO THEODORO
MARCELO YUKIO MISAKA
MARCOS PAULO DOS SANTOS BAHIG MERHEB
MIGUEL CARVALHO DA SILVA DIAS
NATASHA MIRELLA MELO COSTA
PATRÍCIA NAOMI ASAKURA
RENATO ALEXANDRE DA SILVA FREITAS
RICARDO BISPO RAZABONI JUNIOR
RICARDO HADDAD
ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI
SERGIO LEANDRO CARMO DOBARRO
SILVIA HELENA SCHIMIDT
SILVIA MACHADO DE AGUIAR
TAIGOARA FINARDI MARTINS
VALTER FOLETO SANTIN
VITOR DE ALCÂNTARA BUENO

ORGANIZADORES

ILTON GARCIA DA COSTA
VALTER FOLETO SANTIN
ADOLFO PROSDOCIMI

COORDENADORES

RENATO GARCIA
MARCOS PAULO MERHERB
DANIELLE REGINA BARTELLI VICENTINI

ORGANIZAÇÃO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
EMITTE LUCEM TUAM

COORGANIZAÇÃO

unopar
BANDEIRANTES - PR

FEATI

PATROCÍNIO

FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA
Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná

COPEL

CO-PATROCÍNIO

REDIGE
PRODUÇÃO EDITORIAL

FAPE
Faculdade de Presidente Epitácio

CAIXA

APOIO

JACAREZINHO - PR

OAB
JACAREZINHO - PR

ipda
Instituto Paranaense de Direito Administrativo

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Valter Foleto Santin
Adolfo Prosdocimi

COORDENADORES

Renato Garcia
Marcos Paulo Merherb
Danielle Regina Bartelli Vicentini

AUTORES

Antônio César Bochenek, Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Marcelo Yukio Misaka, Renato Alexandre da Silva Freitas, Vitor de Alcântara Bueno, Bruno Melo Moura, Henrique Ribeiro Cardoso, Patrícia Naomi Asakura, Valter Foleto Santin, Marcelo Antonio Theodoro, Taigoara Finardi Martins, Danielle Regina Bartelli Vicentini, Diego Nassif da Silva, Miguel Carvalho da Silva Dias, Luana Custódio Lopes Raimundo, Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb, Ricardo Haddad, Silvia Machado de Aguiar, Sergio Leandro Carmo Dobarro, Silvia Helena Schimidt, José Leite da Silva Neto, Kelita Ribeiro Araújo, Filipe Antonio Faiano Luquez, Fabiana Zacarias, Livia Carla Silva Rigão, Cassiane de Melo Fernandes, Leonardo Cesar Matheus, Luis Alberto Teixeira, Loriesse Maria Siqueira Bueno Silva, Elizete Mello da Silva, Ricardo Bispo Razaboni Junior, Natasha Mirella Melo Costa, Guilherme Domingos de Luca, Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho, Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã, Camila Sant`Ana, Eduardo Lebbos Tozzini, Julio Cesar Reccanello Magalhães

INCLUSÃO SOCIAL: DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO: SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: VOLUME 1

1ª Edição
Bandeirantes/PR
Redige Produção Editorial

2016

2016 Ilton Garcia da Costa, Valter Foleto Santin, Adolfo Prosdocimi, organizadores
Direitos reservados de publicação
Redige Produção Editorial
Rua Prefeito José Mário Junqueira, n.º 149, Conj.08
Bandeirantes – PR CEP.
86.360-000

EDIÇÃO
ROGÉRIO PICCINO BRAGA

PROJETO GRÁFICO e DIAGRAMAÇÃO
SEMPREINOVE

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

Inclusão social [livro eletrônico] : direitos humanos e constituição : Simpósio ISO Certos 2016, volume 1 / organização Ilton Garcia da Costa, Valter Foleto Santin, Adolfo Prosdocimi ; coordenação Renato Garcia, Marcos Paulo Merherb, Danielle Regina Bartelli Vicentini. -- 1. ed. -- Bandeirantes, PR : Redige Produção Editorial, 2017.
1 Mb ; PDF

Vários autores.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-66668-11-7

1. Direitos fundamentais 2. Direitos humanos 3. Inclusão social I. Costa, Ilton Garcia da. II. Santin, Valter Foleto. III. Prosdocimi, Adolfo. IV. Garcia, Renato. V. Merherb, Marcos Paulo. VI. Vicentini, Danielle Regina Bartelli.

17-01019 CDU-347.121

Todos os direitos autorais reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19.2.1998. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais é tipificada como crime no artigo 184 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940).
Os autores se responsabilizam pelo conteúdo de seus artigos, isentando a Editora e os organizadores da obra coletiva de eventuais responsabilidades oriundas da publicação

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CONSELHO CIENTÍFICO

Prof. Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade - UFMT
Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza - UFMT
Prof. Dr. Clóvis Demarchi – Univali
Profª. Drª. Daniella Serra Castilhos - Univ. Portucalense.
Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - Unicuritiba
Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP
Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS – UNIT
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP
Prof. Dr. Ivanaldo Santos - UERN
Prof. Dr. Jaime Domingues Brito - UENP
Prof. Dr. Lino Rampazzo - UNISAL
Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT
Prof. Dr. Marcio Pugliessi - PUC - SP
Prof. Dr.Paulo Nogueira da Costa – Univ. Coimbra
Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuzka - UFPR
Profª. Drª. Regina Célia Martinez - FMU - SP
Profª. Drª. Regina Vera Villas Boas - PUC –SP
Prof. Dr. Ricardo Rossetti - Metodista
Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - Dom Helder
Prof. Dr.Valter Foleto Santin- UENP
Profª. Drª. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba
Profª. Drª. Zélia Luiza Pierdoná - Mackenzie

CONSELHO EDITORIAL

Claudio José Amaral Bahia
Doutor em Direito do Estado - PUC-SP
Mestre em Direito - ITE-Bauru

Cristina Veloso de Castro
Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália
Doutora em Direito - ITE-Bauru
Doutora em Derecho Empresarial - Universidade de Extremadura

Fabiana Polican Ciena
Doutora em Direitos Humanos - USP
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

Fernando de Brito Alves
Doutor em Direito - ITE-Bauru
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

Flávio Luis de Oliveira
Doutor em Direito – UFPR
Mestre em Direito– UFPR

Rui Carvalho Piva
Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália
Doutor em Direito - PUC-SP
Mestre em Direito – PUC-SP

Vanessa De Biassio Mazzutti
Doutoranda em Direito – Universidade de Lisboa
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

SUMÁRIO

CAPÍTULO I
PAZ EM DUPLA PERSPECTIVA: A PAZ ÉTICA E A PAZ POLÍTICA..... 16
Antônio César Bochenek
Ilton Garcia da Costa
Rogério Cangussu Dantas Cachichi

CAPÍTULO II
ASPECTOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS NOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DAS PESSOAS IDOSAS 27
Marcelo Yukio Misaka
Renato Alexandre da Silva Freitas,
Vítor de Alcântara Bueno

CAPÍTULO III
A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153: BREVE ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA ESTATAL E A INFLUÊNCIA DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA INTERNA..... 43
Bruno Melo Moura
Henrique Ribeiro Cardoso

CAPÍTULO IV
APONTAMENTOS SOBRE O MOVIMENTO MIGRATÓRIO BRASILEIRO..... 56
Patrícia Naomi Asakura
Valter Foleto Santin
Marcelo Antonio Thedoro

CAPÍTULO V
O DEVER DE PROTEÇÃO AO IDOSO PELO ESTADO ENQUANTO GARANTIA DE MANUTENÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA..... 68
Taigoara Finardi Martins
Danielle Regina Bartelli Vicentini
Ilton Garcia da Costa

CAPÍTULO VI
A DIVISÃO FUNCIONAL DE PODERES COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS COM FULCRO NA OBRA A REVOLUÇÃO DOS BICHOS..... 87
Diego Nassif da Silva
Miguel Carvalho da Silva Dias

CAPÍTULO VII
A GUARDA COMPARTILHADA COMO MELHOR ALTERNATIVA AOS INTERESSES DO MENOR..... 91
Luana Custódio Lopes Raimundo
Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb

CAPÍTULO VIII
A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RELACIONADA AO DIREITO À ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... 108
Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb
Ricardo Haddad
Silvia Machado de Aguiar

CAPÍTULO IX
A LUTA DE MARTIN LUTHER KING JR E O RACISMO NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA..... 125
Sergio Leandro Carmo Dobarro
Sílvio Helena Schimidt

CAPÍTULO X
A RELAÇÃO ENTRE O CONTEÚDO EXISTENCIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS..... 143
José Leite da Silva Neto

CAPÍTULO XI
ABUSO SEXUAL INFANTIL E A ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO NO CONTEXTO JUDICIÁRIO..... 162
Kelita Ribeiro Araújo

CAPÍTULO XII
ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, OBSERVADA A INÉRCIA DOS PODERES: EXECUTIVO E LEGISLATIVO..... 169
Filipe Antonio
Faiano Luquez

CAPÍTULO XIII
ATIVISMO JUDICIAL: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 181
Fabiana Zacarias

CAPÍTULO XIV
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: OS CONSELHOS DE DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INFANTO JUVENIS NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS..... 211
Livia Carla Silva Rigão

CAPÍTULO XV
DIREITO, RECONHECIMENTO SOCIAL E INCLUSÃO: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INTERESSE DAS MINORIAS..... 238
Cassiane de Melo Fernandes
Leonardo Cesar Matheus
Luis Alberto Teixeira

CAPÍTULO XVI
FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – OS PACTOS NA MODERNIDADE..... 253
Loriesse Maria Siqueira Bueno Silva
Elizete Mello da Silva

CAPÍTULO XVII
IMIGRAÇÃO HAITIANA NO BRASIL E A MISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ESTABILIZAÇÃO DO HAITI..... 276
Ricardo Bispo Razaboni Junior
Natasha Mirella Melo Costa
Guilherme Domingos de Luca

CAPÍTULO XVIII
"O COLÔNIA": DA EXCLUSÃO SOCIAL À MORTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – UMA REFLEXÃO À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS..... 287
Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho
Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã
Camila Sant'Ana

CAPÍTULO IX
JUÍZES BRASILEIROS NA VANGUARDA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL..... 309
Eduardo Lebbos Tozzini

CAPÍTULO XX
O ESTADO DE DIREITO E UMA BREVE ANÁLISE SOBRE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 328
Julio Cesar Reccanello Magalhães

CARTA DE JACAREZINHO

SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: INCLUSÃO SOCIAL, NAS FISSURAS DO SISTEMA, SOCIEDADE E INTEGRAÇÃO

NOTA DE ESCLARECIMENTO SOBRE A CARTA DE JACAREZINHO PELA INCLUSÃO SOCIAL

Não é a academia pela academia, mas
a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

O ***Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração***, concretizou-se em Jacarezinho entre os dias 28 a 30 de julho, sob a Coordenação-Geral do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa e organizado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, pela Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati em colaboração com outras entidades como OAB/Subseção de Jacarezinho, Diocese de Jacarezinho e Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA, bem como do patrocínio da Fundação Araucária, da Companhia Paranaense de Energia-Copel, da Editora Redige, do Sebrae, da Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e da Caixa Econômica Federal.

A ***Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social*** constitui um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Não representando a opinião particular de nenhuma instituição apoiadora do evento, todos os sete itens da Carta foram discutidos e democraticamente aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia subsequente, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção Jacarezinho, Dr. Jaziel Godinho de Morais.

Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social

*Os participantes do **SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016**, reunidos na cidade de Jacarezinho, Paraná, Brasil, de 28 a 30 de julho de 2016, na Universidade Estadual Norte do Paraná e na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Jacarezinho, assumindo o dever de contribuir para inclusão social à guisa de especial obrigação de todos que pretendem conviver em democracia; reafirmando os ditames*

constitucionais para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para erradicação da pobreza e da marginalização; considerando a fraternidade e a misericórdia especiais instrumentos para superação da intolerância e dos conflitos contemporâneos; tomando em conta que há de estar presente na agenda de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação; assumindo que a exclusão social é fator dificultador da paz e do bem-estar social; reconhecendo a existência do direito fundamental à inclusão social; tendo em mente que, fazendo parte da única família humana, constitui substrato mínimo a qualquer forma de organização social legítima o respeito pela diferença; ***CONCLAMAM*** *todos a concretizar com coragem, divulgar com amor e estimular com firmeza as seguintes ações e boas práticas para justiça e inclusão social:*

1. *Apoiar práticas que abram espaço às vítimas de delitos para se expressar quanto às suas necessidades em vista da completa reparação do dano causado, inclusive quanto à confiança e integridade psíquico-emocional. Sobremais, disseminar práticas sociais contrárias àquelas estigmatizantes dos egressos do sistema carcerário, a fim de que possam eles (re)integrar-se à sociedade. Da mesma forma, apoiar iniciativas que promovam o diálogo sobre o acesso à justiça criminal e a ressocialização dos presos por intermédio de métodos alternativos de solução de conflitos e ao sistema carcerário tradicional, respectivamente.*

2. *Reafirmar a importância social da proteção especial do idoso, da criança e do adolescente na condição de elo de ligação atual entre passado e futuro da sociedade, tratando com urgência e prioridade as demandas sociais que lhes digam respeito.*

3. *Admitir que não só a eliminação de barreiras arquitetônicas em logradouros, prédios e veículos de transporte coletivo, mas também o estabelecimento de políticas públicas de cotas para ingresso em cargos e empregos públicos, assistenciais e de incentivos fiscais constituem mecanismos de acessibilidade e inclusão social das pessoas com deficiência, atribuindo-lhes o equânime tratamento para garantir igualdade de oportunidades.*

4. *Apoiar melhor distribuição de riqueza em nosso País, notadamente em favor daqueles que vivem em situação de pobreza extrema. Apoiar a redução de tributos incidentes sobre a relação de trabalho como forma de estimular a criação de empregos sob proteção das leis trabalhistas, representativas de conquistas marcantes no processo de evolução social, econômica e jurídica do Brasil.*

5. *Apoiar políticas públicas lastreadas em ações afirmativas no combate à discriminação e na redução das desigualdades sociais em prejuízo das minorias como negros, índios e quilombolas, estimulando a preservação de culturas, tradições e crenças de todos os povos.*

6. *Promover, divulgar e apoiar práticas de inclusão da mulher e da pessoa homoafetiva com a finalidade de concretizar o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, ambos amplamente garantidos pelo Estado de Direito Democrático*

Constitucional, propiciando maximizar o reconhecimento social e estatal dessas garantias, evitando as desigualdades reversas de gênero e permitindo a compreensão definitiva do humanismo do outro por toda a sociedade.

7. *Reconhecer o caráter humanitário e social do problema dos refugiados no mundo, zelando para a devida inclusão destes nos países de asilo sem que tal inclusão implique violação ou diminuição de costumes, crenças e tradições que lhes sejam próprios. Repudiar ações de outros países tendentes à expulsão por motivo de raça, crença, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas.*

APRESENTAÇÃO

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Depois de muitas reuniões no Grupo de pesquisa GPCERTOS e da interlocução interinstitucional com várias entidades, veio ao lume o *Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração*, tendo se realizado na Faculdade de Direito da UENP (dias 28 e 29 de julho) e na sede da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho (dia 30 de julho). O livro a que o leitor ora tem acesso é fruto desses intensos dias de muito trabalho acadêmico, nos quais tivemos aproximadamente 600 pessoas circulando pelo evento.

No primeiro dia do Simpósio, tivemos a belíssima demonstração de robótica, organizada por alunos do Instituto Federal do Paraná, sob a coordenação do prof. Douglas Alexandre Rodrigues. Os presentes puderam desfrutar, outrossim, da sublime apresentação musical do professor Nathan Barros Osipe. Mas não foi só. Didáticas e instigantes palestras de abertura foram levadas a efeito por intermédio dos palestrantes Dr. David José de Oliveira e Dr. Mário Sueki Sonomura, ambos da Receita Federal do Brasil. Foram tratados importantes tópicos sobre a destinação de imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas para finalidades assistenciais. As palestras despertaram muito interesse no público, que direcionaram muitas indagações aos conferencistas sobre temas práticos e atuais.

No segundo dia, contamos com 29 voluntários trabalharam arduamente na organização das mesas redondas simultâneas com 35 pessoas compartilhando conhecimentos na condição de palestrantes e debatedores. Com mais de uma centena de trabalhos submetidos, a maioria dos quais apresentados pelos autores, a propiciar plenamente o diálogo acadêmico acerca dos mais agudos problemas sociais, levando a sério a ideia de que não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.

No último dia, além da participação especial do Juiz peruano Dr. Reyler Rodríguez Chávez, que nos legou belíssimo vídeo de saudação aos participantes do Iso Certos 2016, ainda os irmãos Ana Beatriz e André Luiz Leite fizeram belíssima apresentação musical aos presentes. Tivemos também célebre mesa redonda permeada por considerações relevantíssimas sobre a APAC como alternativa factível ao problema carcerário, sobretudo diante da APAC/JACAREZINHO já constituída na cidade sob a liderança do emérito Juiz de Direito Dr. Renato Garcia.

Digno de nota a título de um dos resultados concretos do evento foi a elaboração da "Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social", que se encontra publicada nesse volume, documento esse que no dia 8/8/2016 recebeu por aprovação unânime na Câmara Municipal de Jacarezinho a Moção de Apoio 1/2016, proposta pelo Vereador Valdir Pereira Maldonado. Aludida Carta, como bem se lê da Moção referida, constituiu um ato concreto, um

compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Muitas temáticas foram tratadas, todas de fundamental importância: inclusão da vítima, do egresso do sistema carcerário, bem como da proteção da dignidade do preso; inclusão do idoso, da criança e do adolescente; inclusão da pessoa com deficiência; inclusão da pessoa em situação de pobreza extrema e à margem da proteção trabalhista; inclusão do negro, dos índios e quilombolas; inclusão da mulher e das pessoas homoafetivas; e inclusão dos refugiados. Todos os sete itens da Carta foram discutidos e aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia 30, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da OAB, Dr. Jaziel Godinho de Morais. É importante no ponto que todos divulguem ao máximo esse relevante documento, a fim de que ele se espraie no tecido social sua força inclusiva, a lançar por diferentes lados e vieses um movimento social concretizador da inclusão na nossa e em todas as sociedades contemporâneas.

Por derradeiro, merece toda nossa admiração e nosso agradecimento pelo apoio a Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, a Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e a Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati, sem os quais nada seria possível. Da mesma forma, é de registrar nossa gratidão à OAB/Subseção de Jacarezinho, bem como o reconhecimento imperioso do apoio da Diocese de Jacarezinho e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA; e, por fim, àqueles que patrocinaram o evento, em especial à Fundação Araucária, à Companhia Paranaense de Energia-Copel, ao Sebrae, à Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e à Caixa Econômica Federal.

À editora Redige, na pessoa do editor Prof. Dr. Rogerio Piccino Braga, fica o registro de nossa especial homenagem pelo esmero notável na publicação desse valioso material.

Cabe-nos, de em diante, persistir na senda da inclusão social. Apenas assim teremos uma sociedade mais justa, inclusiva e pacificadora.

Muito obrigado a todos e boa leitura!

Dr.Ilton Garcia da Costa, professor doutor da UENP, líder GP CERTOS,
Coordenador Geral do Simpósio Iso Certos 2016
Dr. Jaziel Godinho de Morais, Presidente da OAB/Subseção Jacarezinho
Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Juiz Federal/Subseção Jacarezinho

PREFÁCIO

800 ANOS DA MAGNA CARTA, UM INSTRUMENTO DE LIBERDADE, PAZ E INCLUSÃO SOCIAL

No dia 15 de junho de 2015, celebraram-se os 800 anos da Magna Carta, aquele que é considerado o mais importante documento inglês de todos os tempos, e um dos textos mais citados nos debates constitucionais legislativos e judiciais, à exceção apenas da Bíblia, e que teve sua influência espraiada mundo afora, razão pela qual foi chamada por muitos de "o maior produto de exportação da Inglaterra".

Muito já foi escrito sobre ela, e muito ainda se tem para escrever.

Elaborada numa peça única, em 3.500 palavras escritas em latim medieval, sem a divisão em artigos ou cláusulas como atualmente conhecida, a Magna Carta, como sói acontecer, não é um documento perfeito, havendo disposições condenáveis ou que pouco sentido faria nos dias atuais. Contudo, foi o primeiro documento do mundo ocidental que estabeleceu os princípios dos direitos individuais do cidadão contra o Estado, marcando a submissão de todos, inclusive e especialmente dos detentores do poder, à Lei, inaugurando, assim, o que depois se denominou de *Rule of Law*, ou Estado de Direito (*État de Droit* ou *Rechtsstaat*).

Ela não nasceu *magna*. Inicialmente, denominada apenas de *Carta de Liberdades*, passou a ser conhecida como *Magna Carta* (ou *Magna Charta Libertatum*, inicialmente com o "h", em latim medieval, que se perdeu depois) no ano de 1218, para se diferenciar da *carta menor*, a Carta da Floresta (*Charter of the Forest*), de 1217.

A Magna Carta não foi produto do acaso, mas o resultado de uma longa luta na busca de controle dos arbítrios dos monarcas, que encontrou terreno fértil no reinado de João Sem-Terra (John Lackland), assim apelidado por ser o mais jovem dos oito filhos do então Rei Henrique II, o que lhe diminuía as expectativas de herdar terras ou de lhe suceder ao trono. Quis o destino, contudo, que, com o falecimento de seu irmão, Ricardo Coração de Leão, João Sem-Terra assumisse o trono. Sem o carisma do irmão, João teve um reinado marcado pela tirania. E foi justamente nesse reinado tirânico, num momento de fragilidade do rei, envolto em brigas com a Igreja Católica e fortemente endividada em razão de guerras contra a França, que perdeu, precisando de mais dinheiro dos Barões, que estes conseguiram, após rebelarem-se e tomarem cidades inglesas, como Londres, negociar e obter a chancela do selo real na Magna Carta. Alguns dos termos negociados vieram a público muito tempo depois, por ocasião da descoberta da Carta Desconhecida (*Unknown Charter*), que continha termos negociados com o então rei Henrique I, e que depois vieram a ser aceitos por João Sem-Terra.

A versão original da Magna Carta teve, entretanto, pouco efeito prático e curtíssima vigência. Logo, o rei João Sem-Terra apelou ao Papa Inocêncio III, alegando ter sido coagido

pelos Barões. O Papa, então, aceitando a alegação do rei, nulificou a Magna Carta em 24 de agosto de 1215, ou seja, dez semanas depois, de modo que a vigência original da Carta não chegou há três meses. Não obstante isso, com o falecimento do Papa e do Rei no ano seguinte, a Magna Carta foi reafirmada no direito inglês, em diversas oportunidades, em especial, nos anos 1217 e 1225, versões com modificações. Ainda hoje, quatro cláusulas da Magna Carta permanecem vigentes no direito inglês.

Contudo, sua nulificação pelo Papa Inocêncio III e sua celebração mesmo passados 800 anos mostram, historicamente, que a Magna Carta falhou como pacto de paz entre o Rei e os Barões, mas sobreviveu perenemente como um símbolo de liberdade. 800 anos depois, a Magna Carta ainda continua a inspirar a luta dos homens contra arbitrariedades do Estado, traduzindo-se num instrumento de liberdade, paz e inclusão social.

Nesse contexto, o *Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração*, realizado na cidade de Jacarezinho, tanto na Faculdade de Direito da UENP como na sede da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, constituiu importante encontro de pesquisadores e operadores do direito e de muitas outras áreas do saber humano para discussão de pontos sensíveis para inclusão social e concretização dos valores de liberdade e de paz.

Além da "Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social" que segue publicada nesse volume, não poucos valiosos estudos produzidos e apresentados no evento agora vem a público em forma de livros, um dos quais este que tenho a oportunidade de ora prefaciar. Cumpre-nos, pois, na condição de atores sociais especialmente comprometidos com tais ideais de liberdade e paz, seguir adiante sempre na senda da inclusão social.

Thiago Rodovalho
Professor-Doutor da PUC|Campinas.
Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP.
rodovalho@rodovalho.pro.br

CAPÍTULO I

PAZ EM DUPLA PERSPECTIVA: A PAZ ÉTICA E A PAZ POLÍTICA

Antônio César Bochenek[1]
Ilton Garcia da Costa[2]
Rogério Cangussu Dantas Cachichi[3]

RESUMO: Palavrinha simples, pequena e difícil de alcançar: 'Paz'. Simples, pequena, mas ao mesmo tempo importante e cara ao ser humano. O texto propõe-se a tecer algumas considerações sobre a Paz em dupla perspectiva, a do indivíduo e a da coletividade. A primeira é chamada de paz interna ou ética; a segunda de paz externa ou política. O artigo examina a primeira à luz da filosofia de Sêneca. Em todo seu imensurável esplendor, as Cartas Morais de Sêneca contêm, a partir elementos epicuristas e estoicos, reflexões morais da época (63 a 65 d.C.) que pela profundidade ainda permanecem atuais. De outro lado, a paz externa ou política é pensada a partir dos horrores da 2a Guerra Mundial. O estudo apresenta uma abordagem pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Paz. Moral. Política. Sêneca. Arendt.

INTRODUÇÃO

O texto a seguir constitui uma homenagem dos autores à realização do Congresso Latino-Americano da Paz, que ocorreu na cidade de Marília, São Paulo, Brasil, entre os dias 19 a 22 maio de 2016, no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Esse magnífico evento foi organizado pelo UNIVEM, pela Universidade Estadual Norte do Paraná - UENP e pela Universidad Católica Sede Sapientae - UCSS. As duas primeiras universidades brasileiras, a última peruana. O evento contou ainda com o apoio institucional de diversas associações de magistrados, dentre elas a Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE, a Associação dos

[1] Doutor em Direito. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Ponta Grossa/PR. Ex-Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE.
[2] Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO. Graduado em Matemática. Advogado. Professor de ensino superior da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Endereço Eletrônico: <iltoncosta@uenp.edu.br>.
[3] Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); Direitos Fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL; Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. Endereço Eletrônico: <cangussu@trf4.jus.br>.

Juízes Federais do Rio Grande do Sul - AJUFERGS e a Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul - AJUFESP, dentre outras importantes instituições.

Dele resultou a Carta de Marília pela Paz Mundial, que segue, em versão trilíngue, como anexo ao presente artigo, para ampla e irrestrita divulgação, dada a relevância da Paz para todos. Um evento como esse há de ser festejado, jamais esquecido dada a importância histórica, fazendo parte de um grande movimento na América Latina em prol de sua integração para desenvolvimento humano sustentável[4].

Pois bem. A propósito disso tudo, o presente texto busca tecer algumas considerações sobre a Paz em dupla perspectiva, a do indivíduo e a da coletividade. A primeira é chamada de paz interna ou ética; a segunda de paz externa ou política.

Sêneca, advogado e senador romano, na clássica obra *Cartas* a Lucílio, delimita positivamente o objeto da filosofia: "...determinar em que consiste a felicidade e em guiar-nos pela via que conduz a esse fim" (XIV, 90, 27). Noutras palavras, dizer *onde* e *como* chegar até a felicidade.

Com efeito, o artigo à luz da filosofia de Sêneca avalia a sociedade do consumo que nos impõe tantas necessidades, supérfluas e incessantes, que não temos paz. O texto, trazendo à baila os conselhos do filósofo a Lucílio[5], especialmente em duas cartas (90 e 92), ensaia uma crítica ao nosso tempo. No mundo hodierno, o dia a dia é agitado. Pais e filhos não se entendem. O objeto do desejo não é mais o ideal de vida boa dos antigos, mas o consumo desenfreado que não tem fim, tampouco pode ser saciado. Não se compra para viver, mas se vive para comprar.

Mas não é só dentro do ser humano que vive a ansiedade do mundo atual. Fora dele a comunidade política internacional encontra-se em perene conflito. Pouco se precisa consignar sobre isso. Basta ler manchetes de jornais. Conflitos internacionais gravíssimos na Síria, refletindo em acontecimentos não menos graves pela Europa, especialmente pela delicada questão dos refugiados. Na América Latina outros conflitos; no Brasil a situação caótica política, social e ética. Em vista disso, no momento seguinte, o texto direciona-se à assim chamada paz externa ou política, que é pensada a partir dos horrores da 2a Guerra Mundial.

[4] Há alguns anos a Guatemala sediou um grande Congresso similar. Foi o Congreso Latino americano de Relaciones Internacionales e Investigaciones para la Paz, organizado pelo Instituto de Relaciones Internacionales e Investigación para la Paz -IRIPAZ, organização internacional com sede na Guatemala fundada em 1990 pelo diplomata guatemalteca Dr. Luis Alberto Padilla.

[5] Gaio Lucílio Júnior provavelmente foi alguém que galgou cargos importantes no império romano por mérito próprio (CAMPOS, in Sêneca, 2004, p.VI); pode ter sido escolhido por Sêneca pelo caráter moral.

1. A PAZ INTERNA, A PAZ ÉTICA

Acerca da paz interna, da paz que mora dentro do indivíduo, da paz ética, muito se discutiu ao longo de séculos e séculos na tradição ocidental. Em todo seu imensurável esplendor, as *Cartas Morais* de Sêneca contêm, a partir de elementos epirucistas e estoicos, reflexões morais da época (63 a 65 d.C.). Pela atualidade dos temas ali tratados, chama-nos atenção a 92ª Carta, cujo ponto nodal é a felicidade como bem supremo.

Em recorrentes passagens tem-se a impressão que se está a ler uma crítica à sociedade no jornal de hoje. É possível estabelecer um padrão de comparação entre o nosso tempo globalizado e a "globalização" no mundo helênico. A cultura helênica, tal como a nossa, guardadas as devidas proporções, caracterizava-se pela globalização.

Sêneca estabelece uma premissa com base na qual segue seu raciocínio no decorrer da Carta 92. A premissa, no que nos interessa, é a seguinte: há um dualismo: corpo e alma. Esta é formada por parte auxiliar e parte essencial. Esta última, por sua vez, subdivide-se em parte irracional e parte racional. Tudo (corpo, parte auxiliar e parte essencial irracional) existe para servir à parte essencial racional, que "...não tem qualquer ponto de referência além de si própria, pelo contrário, serve ela de ponto de referência a tudo" (XIV, 92, 1). Para Sêneca, ainda, assim como a razão divina governa tudo por si; a razão humana governa, também sem estar sujeita às demais partes, todas as outras da alma e o corpo: "Também a razão divina governa tudo quanto existe sem a nada estar sujeita; o mesmo se passa com a nossa razão, que aliás, provém daquela" (XIV, 92, 1).

Entretanto para Sêneca ao homem basta perfeição moral; quem a tem, tem tudo, sustenta-se a si mesmo, de nada que lhe é externo depende. Bens materiais lhe são dispensáveis.Para o estoico a felicidade é decorrência da paz interior, denominada por Sêneca, como "estado de imperturbabilidade da alma", único bem autêntico que nunca se deteriora, como escreveu na clássica obra já citada, em que Sêneca conceitua felicidade: "A felicidade não é mais do que a segurança e a tranquilidade permanentes" (XIV, 92, 3, grifei).

Para Sêneca, aquele que goza de uma boa razão sustenta-se a si mesmo; do contrário, sustentando-se em elementos exteriores a ela, fica-se sujeito a cair. Indaga: "Haverá alguém que deseje estar na dependência da fortuna? Qual o homem de bom senso que se envaidece do que lhe não pertence?" (XIV, 92, 2).

Mas quem nos proporciona tal bem supremo (felicidade)? Responde-nos Sêneca: "...a grandeza da alma..." e "...a constante perseverança na correção das nossas ideias" (XIV, 92, 3).

Como atingir esse ideal? Sêneca responde que, para tanto, devemos [I]buscar a verdade; [II]cultivar em nossas ações a ordem, a moderação, a moralidade, a inocência, a benevolência.

Ocorre que vivemos numa sociedade de consumo em que se consome não para atender uma real necessidade, mas por compulsão. No consumo é que se busca a resolução (ou melhor a fuga) de nossos rotineiros problemas: o tédio, a inveja, a competição, a depressão, a solidão e outros tantos. O "remédio" do nosso século tem sido o consumo[6].

A crescente globalização das sociedades contemporâneas acelera a proliferação de todos os tipos de produtos no mercado, advindos de todas as partes do mundo. E, pois, vivemos hoje, portanto, em uma forma social na qual o consumo tornou-se o ato social por excelência. O consumo não mais está ligado propriamente a uma necessidade, hoje em dia está ligado a emoções. Essa ação, pensamento ou sequência complexa de comportamentos na sociedade de consumo é o desejo socialmente expandido da aquisição "do supérfluo", do excedente, do luxo. Esse desejo é constante e insaciável, uma necessidade preliminarmente satisfeita gera quase automaticamente outra necessidade, num ciclo que não se esgota, num continuum onde o final do ato consumista é o próprio desejo de consumo.

O homem do qual a felicidade é o paladar deve ser desconsiderado como ser humano, cuida-se de um animal, "para quem a comida é tudo!" (XIV, 92, 7). É o desejo de luxo, realizado pelo engenho por meio da técnica. "A civilização do luxo é um desvio em relação à natureza: diaadia cria novas necessidades, que aumentam de época para época; o engenho está a serviço dos vícios!" (XIV, 90, 19). A satisfação do *corpo* – não do espírito (sabedoria) - passou a ser a principal preocupação do homem. De escravo, o corpo passou a ser soberano: "Todas estas técnicas que enchem de agitação e ruído as nossas cidades estão a serviço do corpo; o que outrora se lhe concedia a título de escravo, é-lhe atualmente outorgado como um soberano!" (XIV, 90, 19).

A vida do sábio é aquela para a qual "...basta aquilo que a terra nos apresenta à superfície..." (XIV, 90, 15). "O sábio não precisa de instrumentos sofisticados! Pois se mesmo no nosso tempo ele se contenta com o estilo de vida mais simples!" (XIV, 90, 13). Assim como Diógenes[7] que jogou fora o copo que carregava depois de ver um menino bebendo água com as

[6] Como constou na letra de uma das músicas do grupo Engenheiros do Hawaii, de composição de Humberto Gessinger, chamada *3ª do Plural*: "Corrida pra vender cigarro/ Cigarro pra vender remédio/ (...)Corrida contra o relógio (....)/Satisfação garantida/Obsolescência programada/Eles ganham a corrida/Antes mesmo da largada".
[7]Cínicos. A filosofia cínica foi fundada por Antístenes discípulo de Sócrates. Diógenes, discípulo de Antístenes, foi o mais importante cínico. Conta-se que um dia Alexandre Magno dele se aproximou e perguntou-lhe a respeito de algum desejo a ser realizado; ao que o sábio Diógenes respondeu: "Sim, desejo que te afastes do meu sol". O cínico entende que a felicidade verdadeira não depende de bens materiais, de saúde nem de nada.

mãos em concha, sábio é aquele que se nega a carregar física e espiritualmente coisas inúteis (XIV, 90, 14).

> E nos dias de hoje, quem consideras tu como sábio? O técnico que sabe montar repuxos de água perfumada através de canalizações invisíveis, o que é capaz de encher ou esvaziar num instante os canais artificiais, o que sabe dar diversas disposições aos caixotões móveis do teto de modo a que o salão de banquetes vá mudando de decoração à medida que vão surgindo os vários pratos? Ou antes aquele que demonstra, a si mesmo e aos outros, que a natureza nós não impõe nada que seja duro e difícil, que para termos uma casa não carecemos de marmoristas ou marceneiros, que para nos vestirmos não dependemos do comércio da seda, em suma, que para dispormos do essencial à vida quotidiana nos basta aquilo que a terra nos apresenta à superfície? Se a humanidade se dispusesse a seguir os conselhos de um tal homem imediatamente perceberia que tão inútil é o cozinheiro como o soldado! (XIV, 90, 15)

Não é que se deva renunciar por completo às comodidades e aos prazeres, senão que se deve: [I]selecioná-los criteriosamente de acordo com a natureza e por meio da razão; [II]usufruir e gozar deles moderadamente. Não há demérito nisso; ao contrário, há mérito na intenção em relação a tais meios: "...o bem está apenas na minha intenção em relação a eles, na minha capacidade de manter em qualquer ocasião a plena conformidade com a razão" (XIV, 92, 11). Critica Sêneca os excessos. A moderação serve-nos de limitadora dos desejos às necessidades, assegurando-nos não praticar excessos (XIV, 90, 19, p.f.).

À vista disso, força convir que o consumo, quando associado ao prazer, deixa um vazio sentimental, uma sensação de insatisfação. Na sociedade pós-moderna é assim: o consumo compulsivo, necessidades geradas pela massificação da cultura e angústia generalizada. A compulsão está presente sempre que uma ação, pensamento ou uma sequência complexa de comportamentos, quando não realizados, acarreta um aumento da angústia, uma falta de paz interior que nos aflige e atormenta.

E mais, nem todos consomem ou conseguem consumir. As desigualdades sociais são nefastas à harmonia da vida pessoal e coletiva, estimulam a degradação de valores e ceifam vidas, numa lógica ilógica e incompreensível como as guerras de outrora. Ausências, carências, deficiências e falhas, e o desejo de lucro e o desejo compulsivo alimentam atitudes em pleno atrito e confronto com a paz ética, social. É sobre o que passamos doravante a escrever.

2. A PAZ EXTERNA, A PAZ POLÍTICA

Mas, para além da paz interior dos estoicos, há a paz comum, a paz na sociedade, no relacionamento com o outro: "nem mesmo o homem mais bondoso consegue ficar em paz, se

isso não agrada a seu vizinho mau" dizia Von Schiller, escritor alemão do séc. XVIII. Essa é a paz que denomino *externa*, da paz fora do indivíduo, da paz política.

Vejamos o mundo de hoje: conflitos internacionais gravíssimos na Síria, outros não menos graves pela Europa, especialmente pela questão delicada dos refugiados. Terrorismo em inúmeras partes do mundo, especialmente na Europa com ênfase aos últimos atentados na França. Golpe militar na Turquia. Na América Latina outros conflitos; no Brasil a situação política caótica, a crise econômica, social e sobretudo ética.

No diagnóstico da pós-modernidade talvez o mais assustador seja a constatação de que não muito distante desse quadro caótico de hoje há um passado recente no qual houve cooperação internacional para cometimento de atrocidades contra grupos humanos e, em nome da ciência, consumado foi todo o tipo de violações e crimes contra a humanidade.

Hannah Arendt, filósofa dedicada ao estudo da política e de como o totalitarismo aniquilou em todos os sentidos a personalidade humana, escreveu na decantada obra A promessa da política que o mais aterrorizante no totalitarismo é a noção de que a liberdade humana pode ser sacrificada em prol do desenvolvimento histórico. Primo Levi, italiano judeu, nascido em 1919, narrou suas experiências em Auschwitz no belíssimo livro É isto um homem?. Segundo ele, o estado de aniquilação do ser humano era patente. Este impressionante trecho demonstra que a morte da personalidade humana antecedia à própria morte biológica:

> Nada mais é nosso: tiraram-nos as roupas, os sapatos, até os cabelos; se falarmos, não nos escutarão - e, se nos escutarem, não nos compreenderão. Roubarão também o nosso nome, e, se quisermos mantê-lo, deveremos encontrar dentro de nós a força para tanto, para que, além do nome, sobre alguma coisa de nós, do que éramos. (LEVI, 1988, p.25)

E o que mais assusta é a afirmação certeira de Arendt segundo a qual é muito mais difícil um ato inaudito vir à tona do que se repetir um ato que já aconteceu. Hoje, de fato, ainda e uma vez mais, vivemos num mundo de conflitos agudos e preocupantes.

Essa luta entretanto não é de hoje e não é própria só no homem. Há também a luta incessante e inconsciente durante séculos e séculos pela vida presente em todas as espécies, a preservar desvios vantajosos na evolução, como ficou bem caracterizado e demonstrado na famigerada obra "A origem das espécies" de Charles Darwin.

O conflito entre o mundo exterior e o organismo vivo provoca adaptações das mais variadas possíveis tanto em um quanto no outro: "vemos lindas adaptações em todo o lugar e em toda parte do mundo orgânico"(DARWIN, 2011, p.69), escreveu Darwin. E todos os seres orgânicos expõem-se à ferrenha competição:

> Vemos a face da natureza brilhar com alegria, vemos a superabundância de alimento; não vemos ou esquecemos que as aves cantando à toa ao nosso redor alimentam-se de insetos ou sementes e destroem constantemente a vida dessa forma; ou esquecemos como esses pássaros canoros, seus ovos e seus ninhos são destruídos por aves de rapina e predadores; nem sempre lembramos que, embora o alimento seja agora superabundante, não é assim em todas as estações de cada ano. (DARWIN, 2011, p.71)

A batalha pela vida está em toda a parte, até em outros reinos que não o animal: "Pode-se afirmar que a planta que produz todo ano milhares de sementes, das quais apenas uma em média chega à maturidade, luta com as plantas do mesmo tipo e de outros que já cobrem o solo" (DARWIN, 2011, p.71).

Em 2013 a BBC divulgou que a população mundial atingiu os sete bilhões em 2011. Depois de crescer muito lentamente durante a maior parte da história humana, nos últimos 50 anos o número de pessoas na Terra aumentou mais que o dobro. Na natureza, quanto maior o número de indivíduos, tanto maior a possibilidade do conflito pela sobrevivência: "quando são produzidos mais indivíduos do que podem sobreviver, haverá em cada caso uma luta pela existência, seja entre indivíduos da mesma espécie, entre indivíduos de espécies diferentes ou com as condições físicas vitais." (DARWIN, 2011, p.71).

A luta pela vida é a mesma pela paz. Diz o ditado popular: "Paz de porrete, guerra é". Paz resultado da omissão, da opressão violenta, da covardia, não é paz, é estado aviltante e violento. A paz é produto de obstinada luta? É o pensamento de Aristóteles registrado na Ética a Nicômaco: se trabalhamos para ter momentos de ócio, "fazemos a guerra para poder viver em paz" (Livro X, 7, 5). No mesmo sentido é conhecida a paradoxal, mas realista, famigerada lição de Mao Tsé-Tung: só a guerra pode abolir a guerra. Ainda no âmbito da política, para Hobbes, o estado natural do homem é a guerra de todos contra todos e a paz é a cessação desse estado em decorrência da entrega de todos os direitos ao soberano dentro daquilo que se estabeleceu no contrato social. Por pior que seja o tirano, ele é ainda melhor do que aquele estado de guerra de todos contra todos. Porém, se afirmava Tito Lívio: "Bellum se ipsum alet" (a guerra alimenta a si mesma), por que não poderíamos dizer também "pax se ipsaalet"? Por que não podemos cultivar uma cultura da paz que cresça e se multiplique?

A verdadeira cidadania não prescinde da valorização do outro, da coletividade, ponto sensível na vida cotidiana tão negligenciado hoje em dia; ouve-se não raramente que hoje a vida humana pouco ou nada vale. O individualismo exacerbado, o viver automizado, o esquecimento do outro (e por consectário de nós mesmos) não nos permite a noção de coletividade. Trata-se

de consectário da sociedade atomizada e individualista em que vivemos. Muito diferente daquela antiga, dos gregos, para os quais "só na comunidade é o homem completo e o bem se realiza" (HIRSCHBERGER, 1969, p.245).

Mas não é só. O problema agudo reside não apenas na atomização do indivíduo, mas sobretudo na destruição até da capacidade de pensamento crítico do homem de nosso tempo por estados tirânicos que solapam a esfera de ação do indivíduo, a vida pública, o contato com o outro na pluralidade; estados totalitários além disso desarticulam, esfacelando, a vida privada. Müller com a propriedade que lhe é peculiar dilucida:

> As tiranias necessitam destruir a esfera da ação, a esfera política da vida humana; a vida pública deve ser eliminada, os contatos políticos - públicos - de uns com os outros em que a pluralidade, a diversidade de opiniões é elemento imprescindível, são suprimidos, mas deixando-se intacta a esfera da vida privada. Contudo, o totalitarismo não se satisfaz apenas com a destruição da esfera política - esfera pública - da vida humana, necessita destruir, também, a esfera da vida privada(...) (MÜLLER, 2010, p.33).

É sabido que "o mundo está diante da maior crise humanitária desde a Segunda Guerra Mundial. Dados da ONU indicam que já são 20 milhões de refugiados, sendo o maior grupo deles constituído de sírios, que fogem da violenta guerra civil em curso em seu país" (SANTIN; PULCINELLI; CACHICHI, 2015).

Mas até que ponto podemos exigir dos Estados que interfiram em outros Estados onde há violação de direitos humanos? Como fica a questão da soberania dos Estados? É a polêmica celeuma da intervenção.

Assistimos atualmente a intervenção internacional na Síria, quer humanitária quer ofensiva contra o Estado Islâmico. Peter Singer, filósofo da atualidade, professor da Universidade de Princeton, utilitarista contemporâneo, sustenta que uma ética global não se limita a fronteiras dos nacionais. Cede diante do proscênio internacional a soberania de Estados que não respeitam direitos fundamentais de seu povo. Para o filósofo[8]:

> A soberania nacional não tem nenhum peso moral *intrínseco.* Seu peso vem do papel que desempenha, um princípio internacional que requer o respeito à soberania nacional, em circunstâncias normais, na promoção de relações pacíficas entre Estados. (SINGER, 2004, p.191)

Porém tal intervenção não prescinde de autorização da ONU para ofensivas internacionais no sentido de cessar práticas caracterizadoras de crimes contra a humanidade

[8] SINGER, Peter. Um só mundo. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

como aquelas lastimavelmente ocorridas em Camboja, ex-Iugoslávia, Somália, Ruanda e outras. Práticas essas tipificadas pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, incorporado no Brasil em 2002, como crime contra a humanidade não apenas em casos gravíssimos de genocídio, mas também como qualquer ato cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, incluindo deportação ou transferência forçada de refugiadostão noticiada recentemente na mídia[9].

Enfim, se "Os limites da capacidade e da vontade política do Estado de proteger seu povo determinam os limites da sua soberania", como também averbou Peter Singer (2004, p.191), então cabe aos países mais poderosos fornecer meios à ONU para cumprir sua responsabilidade. E estará presente tal responsabilidade quando houver qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, nos termos do art.39 da Carta da ONU, ratificada no Brasil em 22/10/1945.

Precisamos, com urgência, de conscientização e de educação para sedimentação e propagação da cultura da paz como valor humano universal até como condição de possibilidade de sua dignidade. Giacoia foi quem aproximou a Justiça da dignidade da pessoa humana, anotando:

> As forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição. É preciso que o pacto social acompanhe essa renovação. Dínamo de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar na doutrina dos direitos humanos, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história sob o signo da dignidade. (GIACÓIA, 2002, p.28)

Por seu turno, Trannin, Costa e Pinto defendem a economia solidária como instrumento para inclusão social, com política pública para "minimizar as desigualdades favorecendo a inclusão social e a concretização dos direitos fundamentais sociais" (TRANNIN;COSTA;PINTO, 2015, p.130). Ademais, em especial pode ser destacado nessa busca de dignidade humana o direito à segurança pública como relacionado ao exercício do próprio direito da personalidade. Santinanota:

> O direito à segurança pública enfeixa uma gama de direitos, pela sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito da personalidade, por conter relações públicas e privadas, seja nas prestações estatais positivas e negativas como no respeito mútuo dos cidadãos à incolumidade e patrimônio alheios e na contribuição à preservação da ordem pública. (SANTIN, 2013, p.47)

[9] Turquia: http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/04/apos-denuncia-de-ong-turquia-nega-deportacoes-de-refugiados-a-siria.html; Rússia: https://anistia.org.br/noticias/russia-plano-vergonhoso-de-deportar-refugiados-sirios-de-volta-para-zona-de-guerra-infringe-o-direito-internacional/.

De qualquer forma, não podemos exigir só do Estado a efetivação dos direitos humanos e da Paz; a sociedade civil em primeiro lugar há de os fazer valer. Se o Estado, discutindo e propagando a cultura da paz, consolida a democracia; o indivíduo, fazendo o mesmo, consolida sua cidadania.

CONCLUSÃO

À evidência, a educação para a paz deve estar voltada para o prático, para a esfera da ação pela paz. De nada adianta uma ideia, uma cultura da paz no campo intelectual sem aplicação prática no tecido social. E tudo isso - a cultura da paz pela educação e a ação para a paz - é factível apenas a partir do diálogo ininterrupto, da interlocução lastreada no princípio do discurso racional, daquele livre de ódio. No entanto, ainda impera a força e o ódio a emudecer muitos lábios, endurecer corações e violar a alma dos homens. Já chega! Cabe a nós romper essa barreira, modificar primeiro a nós mesmos internamente, seguindo-se a um lançar-se em diálogo com o outro, transformando a realidade que nos cerca e nos oprime. Paz, paz, sempre paz...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ªed. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARENDT, Hannah.**A condição humana.** Rio de Janeiro : Forense Universitária: Salamandra, 1981.

_____. **A promessa da política**. Organizador Jerome Kohn. Tradução Pedro Jorgensen Jr. 2ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. In: Os pensadores. vol. IV. 1ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

COSTA, Ilton Garcia da; TRANNIN, Alexandre Alberto; PINTO, Taís Caroline. **A política pública de economia solidária como instrumento para contribuir com a inclusão social por meio do direito fundamental ao trabalho**. In: COSTA, Ilton Garcia da; SANTIN, Valter Foleto (orgs). Organizações sociais: efetivações e inclusão social. São Paulo: Verbatim, 2015.

DARWIN, Charles. **A origem das espécies e a seleção natural**. Trad. Soraya Freitas. São Paulo: Madras, 2011.GIACOIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. Argumenta (FUNDINOPI), Jacarezinho, v. 2, n.1, p. 11-31, 2002.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia na antiguidade**. São Paulo: Herder, 1965.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** trad.Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

MÜLLER, Maria Cristina. ***Pluralidade de vozes****:* a garantia da dignidade humana. Argumentos: Revista de Filosofia (Online), v. 1, p. 181-196, 2013.

SANTIN, Valter Foleto; PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **Refugiados de ontem e de hoje: uma história de exclusão social**. In: VI Encontro de Egressos e Estudantes de Filosofia da UEL, VI Ciclo Hannah Arendt - Brasil/Venezuela e I Jornada sobre Ensino de Filosofia. 2016. Londrina/PR. Anais. Pp.109-121. Disponível em: http://www.uel.br/cch/filosofia/pages/eventos-na-uel/historico.php. Acesso em 15 jun. 16.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime. 2. ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SCIACCA, Michele Federico. **História da filosofia I: antiguidade e idade média.** Trad. Luís Washington Vita. São Paulo: Mestre Jou, 1966.

SÊNECA, Lúcio Aneu. **Cartas a Lucílio**. Trad. J.A.Segurado e Campos. 2ªed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2004.

SÊNECA, Lúcio Aneu. **Da tranquilidade da alma.** Trad. Giulio Davide Leoni. São Paulo: Abril Cultural, In: Coleção os Pensadores, vol. V, 1973.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. **O estoicismo romano: Sêneca, Epicteto, Marco Aurélio.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

CAPÍTULO II

ASPECTOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS NOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DAS PESSOAS IDOSAS.

DISCRETIONARY AND RELATED ISSUES IN PUBLIC POLICY COUNCILS OF THE ELDERLY.

MISAKA, Marcelo Yukio[10]
FREITAS, Renato Alexandre da Silva[11]
BUENO, Vítor de Alcântara[12]

RESUMO: O presente artigo pretende abordar a problemática da obrigatoriedade de criação dos conselhos de proteção do idoso, previstos nas Leis 8.842/94 e 10.741/2003, bem como analisar se há espaço para discricionariedade quanto as suas estruturações e seus respectivos limites de razoabilidade.

PALAVRAS-CHAVES: Idoso; conselhos; discricionariedade; razoabilidade; políticas públicas.

ABSTRACT: This article intends to approach the issue of the obligation to creation of councils protection of the elderly, established by Laws 8.842/94 and 10.741/2003 and consider whether there is room for discretion as its structuring and their respective limits of reasonability.

KEY-WORDS: Elderly; councils; discretionary; reasonability; public policy.

INTRODUÇÃO

O texto constitucional inaugurou a proteção diferenciada de grupos vulneráveis, dentre eles as pessoas idosas. Conferiu a elas inúmeros direitos, bem como estabeleceu obrigações

[10]Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Norte do Paraná (UENP); Juiz de Direito no Estado de São Paulo; Professor de Direito Penal do Unitoledo-Araçatuba; Professor convidado da Pós Graduação Latu Sensu em Ciências Criminais do CERS (Centro de Ensino Renato Saraiva);
[11]Mestre em Direito pela Unitoledo/Araçatuba, Advogado, Professor Universitário e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Toledo-Araçatuba/SP
[12]Advogado e pós graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo-Araçatuba/SP

positivas ao Estado, sociedade e família com vistas a tutelar aquele grupo de pessoas. Para tanto, a legislação de regência previu a criação dos conselhos, nacionais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, de proteção dos idosos.

A eles atribuiu função instrumental de coordenação e fiscalização dos cumprimentos dos direitos conferidos às pessoas idosas. Ante a importância desses conselhos no cenário de políticas públicas de proteção das pessoas idosas, é imprescindível a reflexão acerca da obrigatoriedade de o Estado criá-los, bem como se há discricionariedade e em que medida, na estruturação dos referidos conselhos.

Então, partiu-se da definição de ato administrativo e sua classificação em atos discricionários e vinculados, bem como se abordou o panorama constitucional e legal de proteção das pessoas idosas. Também se relacionou o conceito de políticas públicas com a atividade dos conselhos de proteção dos idosos (nacional, estadual, municipal e do Distrito Federal) para, depois, debruçar-se acerca de quais aspectos do conselho de proteção são discricionários e vinculados e, ao final, apresentar as considerações finais quanto ao objeto de estudo.

1. ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo, tomando de empréstimo o conceito de Hely Lopes Meirelles pode ser definido como:

> Toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (2003, p. 145).

Em tempos remotos não existia a figura do ato administrativo, que nasceu com a noção de República. De efeito, quando a atuação estatal se confundia com a vontade do soberano, este passava da mera deliberação para a concretização de sua vontade sem observância de quaisquer formalidades (MAZZA, 2011, p. 163).

Assim, a noção de ato administrativo representou um avanço no Direito Administrativo. Com ele, passou a existir um estágio intermediário entre a vontade do titular do poder e a concretização de tal vontade, que é o ato administrativo. Pode-se afirmar então que tal ato representa não só o fundamento de validade da atuação administrativa como também sua

limitação, já que é por meio dele que o administrador será fiscalizado (MAZZA apud STASSINOPOULOS, 2011, p. 164).

Quanto às espécies de ato administrativo, atendo-se àquela classificação que interessa ao presente trabalho, que é aquela realizada de acordo com o grau de liberdade do administrador, o ato administrativo pode ser vinculado e discricionário. Não se olvide que parte considerável da doutrina assevera que não é o ato administrativo que tem natureza discricionária ou vinculada; e sim o poder conferido ao administrador, à prática do ato, é que será discricionário ou vinculado. Daí porque o mais correto seria falar em poder vinculado ou discricionário (GASPARINI, 2011, p 132).

2. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO

Em razão do princípio da separação dos poderes coube ao Poder Legislativo a função precípua de regulamentar a atuação do Poder Executivo, daí porque o ato administrativo deve sempre respaldar-se em uma lei. Na maioria das vezes, o ato administrativo está a concretizar a lei, já que não cabe a ele inovar na ordem jurídica.

Destarte, se o ato administrativo retira sua validade da lei, é nesta que deve ser analisado o grau de liberdade conferido ao administrador. Noutras palavras, é a lei quem define se o ato é vinculado ou discricionário. No ato vinculado, a lei tipifica determinada situação e, em caso de ela se verificar, já preestabelece qual será a consequência jurídica, qual a conduta a ser adotada pelo administrador público.

> Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. (DI PIETRO, 2006, p. 222).

É interessante também destacar que no ato vinculado, pelo fato de a lei prever a hipótese de incidência e o comportamento a ser adotado, não há a possibilidade de interferência subjetiva do administrador (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 401), o qual deve limitar-se a acolher a conduta prevista pela lei.

3. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

De outro lado, há que se consignar que em razão da complexidade das relações jurídicas, bem como das próprias relações sociais, é impossível que o legislador pudesse prever todos os acontecimentos e por isso adiantar-se em estipular todas as soluções possíveis. Nesses casos, a lei pode conferir ao administrador margem de liberdade em sua atuação, ou utilizar-se de conceitos jurídicos indeterminados. Ao contrário do poder vinculado, pois neste não há tal margem de liberdade.

> A diferença nucelar entre ambos residiria em que nos primeiros, a administração pública não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto que nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 41).

Essa margem de liberdade na atuação do administrador está centrada no mérito do ato administrativo, cuja análise é de conveniência e oportunidade da prática do ato.

> Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 47).

Conveniência é a análise quanto às condições para a prática do ato, ao passo que a oportunidade está ligada ao momento em que o ato será praticado (CARVALHO FILHO, 2009, p. 47). Noutras palavras, cabe indagar: o ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde? A conveniência refere-se à utilidade do ato. Ele é bom ou ruim? (GASPARINI, 2011, p. 149).

De outro lado, não se pode confundir a discricionariedade administrativa com a arbitrariedade ou autoritarismo. Isso porque naquele, embora o administrador goze de margem de liberdade, ele está atrelado aos limites impostos pela lei e ao princípio da razoabilidade.

> [...] discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal, e pode ser definida como*:* "a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso

> concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal". (MELLO, 2006, p. 403).

Nessa esteira, o poder discricionário deve ser compreendido como um instrumento prático colocado à disposição do administrador para que ele delibere acerca da melhor maneira de se concretizar o bem comum, de atingir o desiderato de toda a atuação administrativa que é o interesse público. Daí porque se faz possível também o controle de razoabilidade do poder discricionário, já que inadmissível que a Administração Pública, sob pretexto de exercer poder discricionário, pratique atos desarrazoados.

De fato, com base no princípio da razoabilidade é que se pode afirmar serem inadmissíveis atos administrativos praticados com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei (SANTIN *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 233-234).

4. A PROTEÇÃO LEGAL DAS PESSOAS IDOSAS

Inspirado no aspecto material do princípio da igualdade, o texto constitucional assegurou uma proteção diferenciada aos grupos vulneráveis. Grupos vulneráveis são o conjunto de indivíduos unidos por uma afinidade biológica, étnica, cultural ou racial, que não possuem poder de influência sócio-político em um determinado país, e por isso estão mais sujeitos à violação de seus direitos fundamentais, podendo por isso tornar-se minoria (EMERIQUE, 2008, p. 16).

Dentre tais grupos, destacam-se os idosos cuja tutela vem prevista no art. 230 da CF. Consoante tal disposição, à semelhança do que já se previu às crianças e adolescentes, o constituinte disse que é dever do Estado, da sociedade e da família a proteção das pessoas idosas. Visando regulamentar a proteção constitucional das pessoas idosas, a Lei 10.741/2003, denominada Estatuto do idoso, definiu o idoso como sendo as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos (art. 1º).

Na esteira do que já determinara o poder constituinte, o art. 3º estabeleceu que:

> É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A proteção especial das pessoas idosas encontra fundamento não só no princípio da igualdade material, mas também no espírito de solidariedade que deve nortear a atuação do Estado, haja vista a importância daquelas pessoas no cenário histórico-cultural da nação. Como magistralmente anotou MAZZILLI:

> A sociedade convém intensamente que pessoas idosas, menores, incapazes, acidentadas ou portadores de algum déficit sejam defendidas, mesmo porque todos nós poderemos um dia encontrar-nos nessas situações" (2002, p. 504).

Buscar uma justiça social é admitir uma sociedade pluralista e inclusiva, estimulando e garantindo a participação solidária de todos, aproveitando as diferentes cosmovisões e experiências humanas. É trabalhar no sentido de oferecer oportunidades para que cada cidadão possa ser respeitado, garantindo mecanismos para que ele consiga sua autonomia participativa (DE CASTRO, 2009, p. 101).

A proteção dos direitos fundamentais, num mundo cada vez mais conturbado por ideologias truculentas atualizadas sob o signo do avanço tecnológico, torna-se impositiva na construção de sociedades verdadeiramente democráticas, mais justas, mais iguais e mais generosas (GIACOIA, 2002, p. 26).

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso estipulou prioridade de atendimentos e elencou direitos fundamentais das pessoas idosas (art. 3º, Parágrafo único e Título II, da Lei 10.741/2003).

Interessante a previsão do art. 8º, da Lei 10.741/2003, a qual considerou o envelhecimento um direito personalíssimo e sua proteção um direito social.

Cuidando-se de direito social, ou seja, direito fundamental de 2ª geração, sua efetivação é matéria que diretamente interessa ao Estado (BENEVIDES, 2008, p.76). Pois, ultrapassada a ideia do Estado Liberal, em conformidade com a noção de Estado de Bem- Estar Social, o próprio texto legal determinou que:

> É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

5. POLÍTICA PÚBLICA E CONSELHOS (NACIONAL, ESTADUAL, DO DF E MUNICIPAIS) DOS IDOSOS

Destarte, ao especificar que a tutela das pessoas idosas é direito social, revestido da garantia de prioridade de atendimento, erigindo aquela tutela como uma política pública, assume importância a questão a respeito da efetivação de tal política. Ou seja, como o Estado cuidará de concretizar tais políticas?

Isso porque as políticas públicas servem como uma rota de atuação do Poder Público na concretização das diversas necessidades da população. Tais políticas encontram suas bases de fixação na Constituição Federal que, ao estabelecer princípios e programas normativos, fornece o caminho a ser seguido pelo estado, as estradas a percorrer (SANTIN, 2004, p. 35).

Para tanto, o art. 7º, da Lei 10.741/2003 incumbiu aos Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, previstos na Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994, zelar pelo cumprimento dos direitos do idoso.

Referida lei dispõe sobre a política nacional do idoso e cria o conselho nacional do idoso. Ademais, delegou à secretaria de assistência e promoção social a coordenação geral da política nacional do idoso, assegurando-se a participação dos conselhos nacionais, estaduais, do Distrito Federal e municipais (art. 5º, da Lei 8.842/1994). Tais conselhos são responsáveis pela a supervisão, o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas (art. 7º, da Lei 8.842/1994).

No tocante à dotação orçamentária para implementação de tais políticas, determinou que elas serão consignadas nos respectivos orçamentos de cada ente federativo (art. 19, da Lei 8.842/1994).

Nessa esteira, infere-se que a atuação dos conselhos, em suas respectivas unidades político-administrativas, é instrumento que assegurará a efetividade dos direitos conferidos às pessoas idosas. São órgãos responsáveis por supervisionar as políticas de atendimento das pessoas senis, bem como acompanhar e fiscalizar a atuação do Estado e da sociedade naquele tema.

Destaque-se que a Lei 8.842/1994 previu uma articulação entre as diversas secretarias para máxima efetivação dos direitos dos idosos, daí a imprescindibilidade dos conselhos (nacional, estadual e municipal) de idosos.

Assim fez em relação à área de promoção e assistência social ao prever a articulação para: a) prestar serviços e desenvolver ações voltadas para o atendimento das necessidades

básicas do idoso, mediante a participação das famílias, da sociedade e de entidades governamentais e não-governamentais; b) estimular a criação de incentivos e de alternativas de atendimento ao idoso, como centros de convivência, centros de cuidados diurnos, casas-lares, oficinas abrigadas de trabalho, atendimentos domiciliares e outros; c) promover simpósios, seminários e encontros específicos; d) planejar, coordenar, supervisionar e financiar estudos, levantamentos, pesquisas e publicações sobre a situação social do idoso; e) promover a capacitação de recursos para atendimento ao idoso (art. 10, I, da citada lei).

Também o fez com a área de saúde (art. 10, II), educação (art. 10, III), trabalho e previdência (art. 10, IV), habitação e urbanismo (art. 10, V), justiça (art. 10, VI) e cultura, esporte e lazer (art. 10, VII).

É grande, portanto, a importância dos referidos conselhos, havendo até quem defenda a atribuição de legitimidade ativa aos conselhos de políticas públicas para propor ações civis públicas com vistas a concretização das políticas por eles definidas (ALVES, 2013, p. 240-241).

6. A DISCRICIONARIEDADE NOS CONSELHOS

No âmbito federal, o Conselho Nacional do idoso está instalado junto à Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, sendo que em praticamente todos os Estados da federação também há o conselho estadual.

Já na esfera municipal a maioria dos municípios de grande porte criou o conselho municipal do idoso; situação diversa dos municípios menores, pois em alguns sequer há o referido conselho, enquanto em outros ele existe com funcionamento precário.

Recorde-se que a legislação é peremptória quanto à necessidade de criação dos conselhos municipais do idoso. Assim, pode-se afirmar que a instalação do mencionado órgão é ato vinculado, haja vista que a lei não conferiu margem de liberdade ao administrador. Inexiste a escolha entre criar ou não o conselho municipal do idoso.

Até porque o conselho tem missão fundamental na efetivação dos direitos das pessoas idosas. A ele incumbe a adoção de políticas públicas naquela área e a fiscalização da respectiva legislação (RECANELLO; DE ANDRADE, 2012, p.138). Ou seja, cuida-se de importante instrumento criado à efetivação dos direitos da pessoa idosa.

Ademais, não sendo obrigatória a criação dos conselhos, qual seria o sentido de eles estarem minuciosamente definidos, com uma gama de atribuições e funções tão essenciais à consecução daquelas leis? (DE AZEVEDO, 2008, p.70)

De outro lado, com a devida vênia, mas a estruturação do conselho municipal do idoso, bem como a criação do fundo municipal do idoso, a despeito de serem também cruciais, não são atos vinculados do Poder Público.

Isso porque em nenhum momento a Constituição Federal, tampouco a Lei 8.842/94 ou o Estatuto do Idoso, estabeleceram como seria estruturado o fundo municipal do idoso, ou foram cogentes quanto à necessidade de criação do fundo municipal do idoso.

Repita-se que não se nega a importância de uma estrutura adequada de funcionamento do Conselho Municipal do idoso, assim como a própria criação do fundo municipal- pois este poderia contribuir para uma estruturação do próprio conselho por meio das receitas hauridas- apenas se está a reconhecer que tais atos são considerados discricionários.

Nessa seara, o legislador optou por conferir margem de liberdade à atuação do administrador, inserindo aqueles pontos no conceito de mérito do ato administrativo. Leia-se: cabe ao Administrador Público, segundo a eleição de suas prioridades, estabelecer como será estruturado o Conselho Municipal do Idoso; e se é oportuno e conveniente a criação do respectivo fundo.

Apenas ressalva-se a possibilidade de a lei local, aprovada mediante devido processo legislativo, estabelecer quais os requisitos mínimos estruturais do conselho municipal do idoso, ou até a obrigatoriedade de implantação do fundo municipal do idoso. Nesses casos, aqueles atos considerados discricionários passarão a ser vinculados, já que o legislador não forneceu margem de atuação ao administrador.

Todavia, apenas o legislador, representante direto do cidadão, tem legitimidade para deliberar acerca desse ponto, decidindo se confere o caráter de ato vinculado ou discricionário àqueles temas.

Inexistindo lei nesse sentido, prevalece tratar-se de ato discricionário, pois inserto no conceito de políticas públicas. A respeito deste conceito, tem-se que:

> É o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

> Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

Com efeito, em razão do princípio da separação dos poderes, a atribuição para eleger as prioridades em políticas públicas é do Poder Executivo.

Admite-se a intervenção do Poder Judiciário naquele tema, no que se chamou de protagonismo judiciário, quando constatada uma omissão inconstitucional e violadora de direitos fundamentais.

> [...] cabe aos órgãos judiciais intervir na formação, controle ou execução das políticas públicas. Todavia, tal intervenção não pode ser irrestrita e nem irresponsável, devendo ocorrer somente quando há um dever legal ou constitucional violados. Trata-se, pois, de intervenção derivada ou subsidiária. Logo, a liberdade do juiz não é absoluta, estando limitada pelas potencialidades de interpretação sistemática da Constituição ou das leis e a solução da situação fática emoldurada no caso concreto (CAMBI, 2009, p. 271)

Delineada então a esfera de atuação de cada um dos poderes, à espécie, força é convir que o controle judicial de políticas públicas deve ser excepcional e pontual, evitando-se que o processo judicial e respectivas decisões subvertam todo o trabalho e planejamento dos órgãos executivos, responsáveis pelo planejamento e execução das políticas públicas (SANTIN, 2004, p. 231).

Estando criado e instalado o Conselho Municipal do Idoso, inexistindo lei especificando como deveria ser estruturado o conselho, a princípio descabe a intervenção do Poder Judiciário na atuação do Executivo.

Nem mesmo o fato de o Conselho, por falta de estrutura (sala própria, computadores, funcionários, viatura etc.) não estar exercendo em sua plenitude suas atribuições, não autoriza que o Judiciário se imiscua nas funções próprias do administrador público.

Isso quando a ausência de estrutura não for exclusividade dos direitos dos idosos. Ou seja, existirem outras prestações sociais que também mereçam melhor atenção por parte dos poderes constituídos, como o direito à moradia, habitação, saúde etc, os quais também não estejam concretizados em seu grau máximo de satisfação.

Não se pode perder de vista que as necessidades de uma população são inúmeras, mas as possibilidades de atendimento pelo Estado são finitas. Daí a necessidade de eleição de prioridades na concretização de políticas públicas.

E essas prioridades devem ser eleitas, precipuamente, pelos poderes políticos. Ou seja, o Poder Legislativo e o Executivo, os quais foram eleitos diretamente pelos cidadãos.

> A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental (STF. ARE 639337 Agr., Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Então, o embate acerca do acerto ou não das prioridades erigidas por aqueles poderes deve ocorrer naquele cenário político. E para isso a população conta com instrumentos democráticos de fiscalização; o maior deles é o voto. Apenas em caso de omissão inconstitucional violadora de direitos fundamentais é que se autoriza, excepcionalmente e de forma pontual, a judicialização da questão com a intervenção do Poder Judiciário na eleição de políticas públicas.

Como já se destacou, em nenhuma passagem do texto constitucional há a determinação expressa no sentido de que a municipalidade deva criar um fundo municipal do idoso. Sequer há mandamento constitucional de reserva de dotação orçamentária para tal tema, quanto mais definição do que seriam as condições de funcionamento para o Conselho Municipal do Idoso.

Da mesma forma, se a lei não tornou ato vinculado a criação do fundo municipal do idoso, é porque reservou aos poderes políticos a discricionariedade nesse ponto. Apenas para ilustrar, no tocante à criança e adolescente, o Poder Constituinte foi enfático ao determinar que o Estado deveria destinar parte do seu orçamento à concretização dos direitos e garantias fundamentais (arts. 226, §7º, 227, §1º, I, da CF). Assim também o fez no caso de saúde (art. 198, §2º, CF).

Não se nega a importância ética e jurídica de o Estado se preocupar com as pessoas idosas, as quais certamente muito já contribuíram à sociedade, e ainda têm a fazer com suas experiências; todavia, existindo inúmeras necessidades a serem implementadas, aos poderes políticos incumbem a eleição das primazias haja vista que não se trata de tema cuja Constituição Federal foi enfática quanto à necessidade de prioridade.

Noutras palavras, regra geral o Poder Judiciário não tem legitimidade popular para substituir-se aos poderes políticos, eleitos diretamente pelos cidadãos, para no lugar deles eleger prioridades em relação às políticas públicas não previstas expressamente no Texto Constitucional. É na seara política que a população e todos os interessados na implementação dos direitos dos idosos devem atuar, pressionando seus representantes a erigir tal questão como prioridade de governo. Não cabe ao Poder Judiciário atuar nesse sentido, sob pena de subversão do princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF).

Apenas ressalve que a Lei 8.842/94 foi enfática quanto à obrigatoriedade de criação do conselho do idoso no âmbito municipal. Então, cuidando-se de ato vinculado a criação do conselho, é possível a fiscalização pelo Poder Judiciário no tocante à legalidade da atuação do agente público. Da mesma forma, admite-se o controle judicial do ato discricionário quando viola o princípio da razoabilidade.

Destarte, à luz dessas duas premissas, é possível afirmar-se que há a obrigatoriedade de o Poder Público criar o conselho municipal do idoso, bem como fornecer-lhe estrutura mínima de funcionamento capaz de cumprir satisfatoriamente os deveres atribuídos a tal órgão pelas Leis nº 8.842/94 e nº 10.741/2003.

Não se trata de ingerência na discricionariedade que o Poder Público tem de definir a estrutura de funcionamento daquele conselho, mas sim de análise quanto à razoabilidade do ato administrativo. Pois, de nada adiantaria apenas criar o conselho municipal do idoso sem que lhe fornecesse estrutura mínima de funcionamento. O conselho, se assim fosse, estaria apenas formalmente criado, mas inoperante.

Por estrutura mínima de funcionamento entenda-se que o Poder Público deve conferir meios para que o conselho municipal do idoso possa exercer, minimamente, as atribuições que lhe foram conferidas pela lei. Pouco importa se haverá secretaria autônoma ou se atuará atrelado a uma pasta de governo já existente; se existirá sala própria, viatura e servidores autônomos. Pois, isso se insere na discricionariedade administrativa.

O controle judicial, destarte, deve ser finalístico. Os meios disponibilizados pelo administrador público ao conselho municipal do idoso são adequados para que ele funcione satisfatoriamente à luz do orçamento financeiro que o município dispõe? Essa a pergunta a ser respondida para aferir se o ato administrativo atende ou não ao princípio da razoabilidade na espécie.

Para tanto é imprescindível a ampliação da cognição judicial, ou seja, que a parte interessada apresente ao Judiciário os elementos de convicção necessários para que o juiz possa

conhecer a dimensão da questão em litígio. Nessa esteira, é preciso comprovação de quais estruturas dispõe o conselho municipal e qual a disponibilidade orçamentária do município para a ampliação daquela estrutura.

Caso não haja maiores disponibilidades orçamentárias ou se demonstrado que o administrador público, dentre os diversos temas prioritários de sua política de governo, optou por um deles, não há que se falar em omissão inconstitucional ou lesão ao princípio da razoabilidade. Nesses casos, deve ser respeitada a vontade do administrador público, representante eleito diretamente pela população.

Com efeito, à luz do princípio da indeclinabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), é salutar que a população deposite no Poder Judiciário a esperança de salvaguarda dos seus direitos fundamentais. Contudo, pelo fato de a Constituição Federal assumir feição analítica, bem como pelo extenso rol de direitos sociais nela contemplados, é preciso também que o Judiciário exerça aquele relevante papel (tutela dos direitos fundamentais) de forma responsável e equilibrada, evitando-se um governo de juízes.

O protagonismo judiciário em matéria de políticas públicas, inexoravelmente, é um poderoso e eficaz antídoto à crise de representatividade dos poderes políticos, quando apáticos na concretização dos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal. Mas, como todo antídoto, deve ser ministrado com parcimônia e em doses precisas, sob pena de tornar-se um veneno jurídico destruidor do sistema democrático.

> Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que tem votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição (BARROSO, jan-fev/2009). Grifei.

Evidente que na agenda de prioridades de alguns governos a concretização dos direitos do idoso assumiria relevância. Todavia, eis a questão. Não cabe ao juiz impor seus valores e prioridades ao administrador público, haja vista que este é quem foi eleito – pelo voto direto e como sustentáculo de uma democracia- para governar. Salvo quando os valores e prioridades

do magistrado coincidirem com aqueles erigidos pelo Poder Constituinte como indispensáveis à concretização dos direitos fundamentais. Neste caso, o magistrado nada mais estaria fazendo do que zelando pelo respeito à Constituição Federal, o que todos os demais poderes constituídos também devem fazer.

> [...] assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes (SARLET, 2012, p.1150).

CONCLUSÃO

À guisa de derradeiras considerações, então, destaca-se que o Conselho do Idoso, em todos os âmbitos (federal, estadual e municipal), é instrumento valiosíssimo para a concretização da tutela diferenciada dos idosos, tal como desejada pela Constituição Federal.

Ademais, a criação do Conselho do Idoso é ato vinculado, haja vista que a Lei 8. 842/94 expressamente determinou que os entes federativos os criassem em suas respectivas unidades político-administrativas. Nessa esteira, é possível o controle do Judiciário em caso de omissão do Poder Público na criação de tal órgão, já que se tratará de controle de legalidade da Administração Pública.

Mas não se pode afirmar o mesmo em relação ao fundo do idoso previsto na mencionada lei, já que ela não previu a obrigatoriedade de sua criação; embora também consista em importante instrumento em prol dos direitos das pessoas idosas. Assim, a criação do fundo é ato de natureza discricionária, cuja oportunidade e conveniência devem ser aferidas pelo administrador público, ressalvada deliberação da lei local em sentido contrário. Ou seja, tornando obrigatória a criação do fundo do idoso.

De outro lado, em relação à estrutura do conselho municipal do idoso, regra geral, cuida-se de ato discricionário, de sorte que é do administrador público a legitimidade para deliberar acerca da maneira de funcionamento do conselho (se haverá secretaria autônoma ou atrelada a outra) e da estrutura (sala própria, servidores específicos, viatura etc.). Salvo se a lei local regulamentar todas essas questões, hipótese em que o administrador ficaria vinculado à deliberação do legislativo.

Excepcionalmente, nos moldes em que admitido o controle judicial do ato discricionário, é aceita a ingerência do Poder Judiciário no que tange à estrutura do conselho do idoso. Ou seja, quando malferir o princípio da razoabilidade. Leia-se: quando o conselho foi criado apenas formalmente, mas em razão da ausência de estruturas mínimas, está inoperante, tendo o Poder Público condições materiais de melhor aparelhá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito**. Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conceito jurídico-político da democracia como direito fundamental.** Curitiba/PR: Juruá, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

BARROSO, Luís Roberto**. Judicializac□a□o, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas. no 4, jan-fev/2009, OAB. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora

BENEVIDES, David Costa. **Estatuto do Idoso comentado**. Coord. PINHEIRO, Naide Maria. 2ª ed. Campinas/SP: Servanda Editora, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora**) Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006,

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 21. ed. rev. amp. at. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DE CASTRO, Raimundo Amorin. **Constituição, minorias e inclusão social**. Org. Antonio Celso Baeta Minhoto. São Paulo: Rideel, 2009. Inclusão com sensibilidade para as diferenças:responsabilidade e solidariedade- a luta por reconhecimento no estado democrático de direito.

DE AZEVEDO, Adriana Melo Diniz. **Estatuto do Idoso comentado**. Coord. PINHEIRO, Naide Maria. 2ª ed. Campinas/SP: Servanda Editora, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. **Direito das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16ª ed. Atualiz. MOTTA, Fabrício. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e dignidade**. Revista Argumenta. Universidade do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho. Vol. II, 2002.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro**. A defesa dos interesses difusos em juízo**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

RECANELLO, LaianaDelakis; DE ANDRADE, Thais Savedra. **O conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente**. In: DA COSTA, Ilton Garcia; FREITAS, Paulo Henrique de Souza (Organizadores) Terceiro setor, ONGs- Questões críticas. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012

CAPÍTULO III

A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMESLUND E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 153: BREVE ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA ESTATAL E A INFLUÊNCIA DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

THE DECISION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN GOMES LUND CASE AND PRECEPT BREACH OF FUNDAMENTAL 153: BRIEF ANALYSIS OF PRINCIPLE OF SOVEREIGN STATE AND THE ORDER OF THE INFLUENCE ON THE INTERNATIONAL LEGAL LAWS INTERNAL

Bruno Melo Moura [13]
Henrique Ribeiro Cardoso [14]

RESUMO: A indiscutível evolução experimentada pelo Direito Internacional nas últimas décadas do Século XX, processo evolutivo que costuma ser igualmente englobado sob epígrafe da globalização, traz à baila questões e princípios clássicos como a soberania estatal e o princípio da proteção internacional dos direitos humanos. Objetivou-se a pesquisa dentro dos padrões de imparcialidade sobre tema, optando-se por analisar, no que diz respeito à proteção dos direitos humanos em que, medida a ordem jurídica internacional, pode influenciar a ordem jurídica interna e se está compatível com a soberania estatal. Tal análise partida da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no casoGomes Lund., na Arguição de Descumprimento de Preceito n. 153 e na Lei da Anistia. Utilizando método indutivo foram realizadas pesquisas de bibliografia nacional e internacional, legislações vigentes e processos judiciais.

[13]Mestrando em Constitucionalização do Direito junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado/PRODIR/UFS). Especialista em Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes/RJ . Promotor de Justiça do Estado de Sergipe.

[14] Pesquisador em Estágio Pós-Doutoral no Programa de Pós-Graduação em Democracia e Direitos Humanos da Universidade de Coimbra (IGC/FDUC) e no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Doutor e Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio; Especialista em Direito Constitucional Processual (FAPESE/UFS); Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado/PRODIR/UFS); Professor de Programa de Pós-Graduação da Universidade Tiradentes (Mestrado/PPGD/UNIT). Promotor de Justiça Curador da Fazenda Pública em Sergipe (MPSE); Diretor do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Patrimônio Público e da Ordem Tributária; Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público (ESMP/SE).

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Princípio da soberaniaestatal e Lei da Anistia.

SUMMARY: The undisputed evolution experienced by international law in the last decades of the twentieth century, evolutionary process that usually also subsumed under the title of globalization raises questions and classical principles such as state sovereignty and the principle of international protection of human rights. This study aimed to research within the impartiality of standards on theme, we chose to analyze, with regard to the protection of human rights, the extent to which international law can influence national law and whether it is compatible with state sovereignty. Such analysis starting the Inter-American Court of Human Rights decision in the case Gomes Lund in breach of fundamental precept of Action and the Amnesty Law. Using inductive method were conducted studies of national bibliography, current legislation and judicial proceedings.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights. Noncompliance Action fundamental precept. Principle of Sovereign State and the Amnesty Law.

INTRODUÇÃO

Durante mais de 18 anos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, determinada casta de agentes estatais no Brasil apoiaram o regime da ditadura militar e cometeram uma série de crimes políticos e comuns contra os opositores do sistema. Posteriormente, em 28 de agosto de 1979, foi aprovada a lei federal nº. 6.683, denominada Lei da Anistia, que atribuía aos envolvidos nos abusos cometidos de maneira ampla, geral e irrestrita, englobando todos os crimes políticos e conexos a políticos, inclusive crimes contra a humanidade, que são, por natureza, imprescritíveis e não anistiáveis.

Tratou-se a Lei da Anistia de uma das respostas do Estado brasileiro aos crimes cometidos durante o citado regime militar e foi caracterizada como uma anistia em branco (BASTOS, 2007, p. 163). Tal conceito de anistia, caracteriza-se pela amplitude de escopo, geralmente destinada a imunizar a totalidade dos agentes do Estado por todos os crimes por eles cometidos em um período específico, sejam eles crimes comuns, políticos ou internacionais, independentemente de sua motivação (BURKE-WRITE, 2000, p. 5).

Outro elemento presente em anistias em branco é a ausência de legitimidade nacional, compreendida como a aprovação por representação da vontade popular em um governo devidamente eleito por seus próprios cidadãos (MEZAROBBA, 2003, p. 83). Em outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) interpôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) perante o Supremo Tribunal Federal,

no qual foi pedido que fosse interpretado o parágrafo único do art. 1º da lei n. 6.683 de 1979[15] conforme a Constituição Federal de 1988, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão (civis ou militares) contra opositores políticos, durante o regime militar.

Na decisão proferida pela corte máxima brasileira na ADPF 153, o tribunal confirmou o caráter de anistia em branco conferido pela Lei n. 6.683 de 1979. Para a maioria da corte, a lei da Anistia brasileira deve ser aplicada aos atos cometidos pelos agentes da repressão política durante o regime militar, não se restringindo aos atos praticados pelos opositores ao mesmo regime. Após o julgamento da ADPF 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (sediada em San José, guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos) processou o Brasil em 26 de março de 2009, no caso conhecido como Gomes Lund, invocando a jurisprudência da Corte contrária às leis da Anistia e favorável ao dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores bárbaros de direitos humanos.

Objetivou-se a pesquisa, dentro dos padrões de imparcialidade sobre tema, optar por analisar, no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, em que medida a ordem jurídica internacional pode influenciar a ordem jurídica interna e se está compatível com a soberania estatal. No decorrer deste trabalho serão expostos os principais argumentos jurídicos utilizados pela Corte Nacional (Supremo Tribunal Federal) e Internacional (Corte Interamericana de Direitos Humanos), com o delineamento da importância de cada um dos pontos e, sempre que possível, com remissões aos respectivos eventos.

Utilizando o método indutivo foram realizadas pesquisas sistemáticas de bibliografia nacional e estrangeira, além de exploração da legislação vigente e de consultas a procedimentos e processos judiciais em trâmite e julgados, para se chegar a uma conclusão, ao final deste trabalho, acerca da problematização da ponderação dos valores contidos na discussão central deste artigo.

1. A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMESLUND E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO

[15] Dispõe a Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979: "Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores do Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em atos Institucionais e Complementares. §1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política".

FUNDAMENTAL 153: BREVE ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA ESTATAL E A INFLUÊNCIA DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

O processo de anistia em 1979 se inicia com a Lei nº. 6.683 de 28 de agosto de 1979. Para se ter a exata compreensão do contexto histórico em que ocorreu a concessão da Lei de Anistia, importa explicitar o regime político no qual a lei se inseria: a ditadura. Nas décadas de 60 e 70 do século XX, a América Latina foi marcada por uma série de golpes de Estado encabeçada pelas Forças Armadas em nome de uma Doutrina de Segurança Nacional, que visava combater o inimigo público interno, qual seja, o avanço dos ideais comunistas e socialistas entre a população e uma possível tomada do poder por parte desse grupo. As ditaduras militares que se instalaram no poder sob a alegação de impedir esse "inimigo interno" passaram a valer-se de todos os meios que julgavam necessários para se manterem no comando do Estado, tanto que qualquer cidadão que tivesse opinião contrária adeles, propagada e defendida, era visto como subversivo e, portanto, deveria ser combatido.

Os meios utilizados pelos regimes totalitários eram diversos, destacam-se as inúmeras formas de tortura, prisões e exílios. No Brasil, foi a partir do golpe de 1964 constituída a ditadura militar. Para tanto, utilizou-se o mesmo discurso dos países vizinhos de manutenção da segurança interna, em que os militares apostavam que os inimigos do país estavam dentro do próprio território, e que caberia a eles, os militares, combater tais inimigos. Este combate levou a uma série de implicações negativas em relação à proteção dos direitos humanos e da cidadania, a partir da adoção não apenas do regime ditatorial como da manutenção de um estado de exceção permanente.

Com a finalidade de extirpar internamente a subversão interna da esquerda e restabelecer a ordem no país, o regime instalado em 1964 classificava como inimigos do Estado todos aqueles que se opunham às suas diretrizes.

Como forma de combate e repressão, extrapolou em punições e violências. Entre as penas adotadas com mais frequência estavam o exílio, a suspensão de direitos políticos, a perda de mandato político, de cargo público e de mandato sindical, a perda de vaga em escola pública ou a expulsão de escola particular e a prisão. Embora formalmente não pudesse ser considerada punição, a inclusão dos nomes de opositores do regime nos arquivos dos órgãos de repressão funcionava na prática como tal (DALLARI, 2004, p. 19-20). Havia também a pena de morte, estabelecida pelo Ato Institucional nº. 14, mas que oficialmente nunca foi utilizada. Para

eliminar seus adversários, o governo optou por execuções sumárias ou no decorrer de sessões de tortura, sempre às escuras (FAUSTO, 2000, p.13).

A realidade imposta na segurança nacional contava com respaldo legal na Justiça Militar, justificando os abusos através do Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e a Lei de Organização Judiciária Militar. No caso em tela, o período foi caracterizado pela inexistência de Estado de Direito, pelo constante desrespeito a princípios jurídicos fundamentais e pela ampla discricionariedade de que dispunham as autoridades policiais.

No final da década de 70, a bipolaridade mundial se enfraqueceu, a população dos Estados tomados pelas ditaduras militares foi se organizando e impondo cada vez mais resistência. Acresce a tais fatores, ainda, o corte do apoio político-econômico do governo estadunidense aos regimes totalitários. É nesse contexto de queda dos militares do poder e de transição ao regime democrático, que inúmeras leis de anistia foram sendo publicadas e entraram em vigor nos países assolados por ditaduras, "quer pelos governantes militares, na esperança de evitar discutir suas políticas repressivas, ou, por políticos recém-eleitos que procuravam fortalecer as frágeis instituições democráticas" (MALLINDER, 2011, p. 473).

O regime militar ditatorial findou-se com a anistia brasileira concedida pela Lei nº. 6.683/79 e configuraria um indicativo do início da transição democrática e significava o acatamento de uma velha reivindicação presente desde o início da instauração do regime militar em 1964. Como já mencionado, a denominada Lei da Anistia atribuía o perdão aos envolvidos nos abusos cometidos de maneira ampla, geral e irrestrita, englobando todos os crimes políticos e conexos a políticos, inclusive crimes contra a humanidade, que são, por natureza, imprescritíveis e não anistiáveis. Tratou-se de uma anistia em branco.

Inconformado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) interpôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) em outubro de 2008, perante o Supremo Tribunal Federal, no qual foi pedido que fosse interpretado o parágrafo único do art. 1º da lei nº. 6.683 de 1979 conforme a Constituição Federal de 1988, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se entendia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão (civis ou militares) contra opositores políticos, durante o regime militar.

Analisando o histórico de julgamento ocorrido em 28 de abril de 2010, apenas nove Ministros participaram do julgamento, pois o Ministro Dias Toffoli declarou-se suspeito e o Ministro Joaquim Barbosa estava licenciado. No mérito da ação, sete Ministros declararam improcedente o pedido da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153

(Ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Cézar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes) e apenas dois votaram pela procedência parcial (Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Brito).

Na decisão proferida pela Suprema Corte brasileira, o colegiado por maioria confirmou o caráter de anistia em branco conferido pela Lei nº. 6.683 de 1979. Para a maioria da corte, a lei da Anistia brasileira deve ser aplicada aos atos cometidos pelos agentes da repressão política durante o regime militar, não se restringindo aos atos praticados pelos opositores ao mesmo regime.

Destacou o Ministro Relator Eros Grau[16], em sua razão de decidir que não caberia ao Poder Judiciário "reescrever leis de anistia", não devendo o Supremo "avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo", tendo em vista que "a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário".

Após o julgamento da ADPF 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos processou o Brasil em 26 de março de 2009, no caso conhecido como *Gomes Lund*, invocando a jurisprudência da Corte contrária às leis da Anistia e favorável ao dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores bárbaros de direitos humanos.

A doutrina de André de Carvalho Ramos (2016, p. 383) destaca o ineditismo da questão, pois foi a primeira vez que uma ação perante o Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante e *erga omnes* foi processada simultaneamente a um processo internacional com objeto semelhante em curso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil deve responder por detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 (setenta) pessoas, entre os membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado de operações do exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil. Segundo a doutrina de Flávia Piovesan (2012, p. 399),

> Adicione-se que, em 1997, foi submetido à Comissão Interamericana o caso "guerrilha do Araguaia", referente ao desaparecimento de mais de vinte integrantes da aludida guerrilha na década de 70, durante operações militares ocorridas na região. Desde 1982, familiares tentam,

[16]Trecho da sentença proferida na ADPF 153 no STF <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116> acessado em 21/07/2016.

> sem sucesso, obter informações sobre o desaparecimento das vítimas. Em 26 de março de 2009, a Comissão encaminhou o caso à apreciação da Corte Interamericana, que condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70, em sentença proferida em 24 de novembro de 2010.

No dispositivo condenatório da sentença exarada no caso Gomes decidiu e declarou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por unanimidade, que:

> DECIDE, por unanimidade, que:
> 1. Admitir parcialmente a exceção preliminar de falta de competência temporal interposta pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 15 a 19 da presente Sentença.
> 2. Rejeitar as demais exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 26 a 31, 38 a 42 e 46 a 49 da presente Sentença".
> DECLARA, por unanimidade, que:
> 3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.
> 4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma.
> 5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma.
> 6. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 212, 213 e 225 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 196 a 225 desta mesma decisão.
> 7. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 243 e 244 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 235 a 244 desta mesma decisão.

Observa-se nas decisões proferidas na ADPF 153 e na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund* que são decisões, em tese, conflitantes, já que a

decisão nacional considerou válida a Lei da Anistia do Brasil, enquanto a internacional considerou as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do caso concreto, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

Diante desse contexto, surge-se o seguinte questionamento: no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, a ordem jurídica internacional pode influenciar a ordem jurídica interna e se, em caso de conflito, está compatível com a soberania estatal? Pois bem, ao concluir o julgamento da ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal tendo conhecimento do processo em andamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, protocolou perante a mencionada Corte arrazoado arguindo a exceção preliminar, qual seja, a existência de uma decisão da última instância da justiça brasileira levaria à Corte Interamericana de Direitos Humanos a um papel vedado, o de figurar como uma "quarta" instância judicial.

A alegação foi levada à análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na decisão proferida pelo colegiado da Corte em 24 de novembro de 2010, e refutou a alegações do Estado Brasileiro e do próprio Supremo Tribunal Federal, vejamos:

> 46. O Tribunal observa que, com base na Arguição de Descumprimento nº 153, o Estado apresentou duas exceções preliminares, uma relativa à falta de esgotamento dos recursos internos e outra relacionada com a fórmula da quarta instância. Quanto à primeira dessas alegações, a Corte já estabeleceu que o Estado não apresentou essa exceção no momento processual oportuno e desestimou esse argumento (par. 40 *supra*). Embora a extemporaneidade dessa alegação seja o fundamento de sua recusa, a Corte Interamericana considera conveniente prestar os seguintes esclarecimentos. Em primeiro lugar, é evidente que a Arguição de Descumprimento não é um recurso que se possa considerar disponível, não somente porque não estava regulamentada no momento da interposição da denúncia perante a Comissão, mas também porque os particulares, como os familiares das supostas vítimas, não estão legitimados para utilizá-lo, dado que os únicos legitimados para interpor essa ação são determinados funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais. Além disso, o objeto da referida ação é evitar ou reparar uma possível lesão a uma norma fundamental, que, no caso perante o Supremo Tribunal Federal, se expressava em uma determinada interpretação constitucional. Disso se deduz claramente que tampouco constituía um recurso adequado para reparar as violações alegadas, isto é, para esclarecer os fatos, estabelecer as responsabilidades individuais deles decorrentes e determinar o paradeiro das supostas vítimas desaparecidas.
>
> 47. Por outra parte, o Tribunal observa que a alegação sobre a quarta instância foi interposta pelo Estado na audiência pública do presente caso, posteriormente à apresentação do escrito de contestação à demanda. Embora o artigo 38.1 do Regulamento estabeleça que o momento processual para a interposição de exceções preliminares é o da apresentação do escrito de contestação da demanda, a Corte considera que a sentença do Supremo Tribunal Federal, de 29 de abril de 2010, constitui um fato superveniente (par. 58 *infra*) e, por esse motivo, cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre essa alegação estatal. A Comissão e os representantes das

> vítimas tiveram a oportunidade de apresentar suas alegações com respeito a esta exceção preliminar tanto na audiência pública como nas alegações finais escritas, motivo por que lhes foi garantido o direito de defesa.
> 48. A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.
> 49. Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 *infra*), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar.

Extrai-se da retro mencionada decisão que a Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade de determinada lei local com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Assim, as alegações referentes a exceção da "quarta instância" são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas pela Corte à luz da Convenção Americana e não sobre regras nacionais. Destaque-se que não há conflito insolúvel entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte de San José, uma vez que ambos os tribunais têm grave incumbência de proteger os direitos humanos.

De um lado, a Suprema Corte Nacional é caracterizada por ser o guardião da Constituição Federal e exerce o controle de constitucionalidade das leis nacionais enquanto, a segunda, caracteriza-se por ser a guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos Tratados de direitos humanos que possam ser conexos, exercendo, portanto, o controle de convencionalidade. De acordo com André de Carvalho Ramos (2016, p. 395),

> Não cabe, então, alegar coisa julgada ou efeito vinculante para obstar inquéritos policiais ou ação penal que estejam a aplicar a sentença interamericana, pois não houve rescisão ou declaração de nulidade da decisão da ADPF 153, que continua a produzir efeitos no que tange aos seus fundamentos do direito interno. Só que as autoridades envolvidas devem cumprir

> agora a sentença internacional, com base no artigo 7º do ADCT, bem como os demais artigos que tratam de tratados internacionais de direitos humanos.

Em razão dos diferentes parâmetros de controle, para a Corte nacional a Constituição Federal e para a Corte Internacional a Convenção Americana dos Direitos Humanos, é que se pode afirmar que não há afronta ao princípio da soberania nacional, adotando-se a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, vejamos a definição André de Carvalho Ramos (2016, p. 388 e 394)

> (...) A Corte IDH considerou que as disposições da lei da Lei da Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos referentes ao caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana Ocorridos no Brasil.
> Assim, não somente a investigação sobre os desaparecidos na Guerrilha do Araguaia, mas todos os casos de graves violações de direitos pelos agentes da repressão da ditadura devem ser investigados e punidos criminalmente.
> (...) Consequentemente, o Brasil é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 (proteção judicial e garantias processuais) da Convenção Americana sobre Direitos humanos, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada.
> (...) adoto a teoria do duplo controle ou o crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.

Enquanto o controle de constitucionalidade embasa-se na supremacia da constituição, que decorre da construção teórica do poder constituinte e que é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o controle de convencionalidade embasa-se no dever internacional de cumprir com os pactos (*pacta sunt servanda*), que acaba por gerar a supremacia da Convenção (CAMPOS, 2010).

Segundo Valério Mazzuoli (2011, p. 81), controle de convencionalidade está ligado à compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor em um determinado país, sendo a possibilidade de um juízo ou tribunal controlar a convencionalidade, que poderá ser realizada através da via difusa, na qual todo o juiz ou tribunal poderá exercê-la, ou pela via concentrada, no qual o controle se concentra em um tribunal apenas (o guardião da constituição, no caso brasileiro, o STF). O controle de

convencionalidade das leis consiste, em síntese, no esforço de compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados Brasil:

> (...) todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido controle de constitucionalidade, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles de convencionalidade (em relação aos tratados de direitos humanos) e de supralegalidade (no que toca aos tratados comuns), tema até então inédito na doutrina brasileira (MAZZUOLI, 2011, p. 75) 8.

Consoante demonstrado e diante dos diferentes parâmetros no controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade é que se entende que não houve, no caso em testilha, violação ao princípio da soberania estatal. Conclui-se transcrevendo a doutrina de Emerson Garcia (2009, p. 12) que narra as profundas transformações no conceito de soberania estatal e contribuição das intervenções internacionais de ordem consensual para a revisão da concepção de soberania, sectárias da sua inarredável indivisibilidade:

> A compreensão das profundas modificações implementadas no conceito de soberania, com a consequente identificação dos efeitos daí decorrentes na proteção dos direitos humanos, exige, para além da referência aos seus aspectos interno e externo, seja ele dissociado do atributo da indivisibilidade, verdadeiro dogma da doutrina clássica.
> Com isso, será possível demonstrar que a noção de soberania preserva a sua importância e utilidade, ainda que suas linhas estruturais tenham sofrido um sensível realinhamento. Ultrapassando o outrora impenetrável dogma da indivisibilidade, será possível compreender a coexistência da soberania com outros princípios igualmente relevantes para o Direito Internacional, como é o caso da proteção dos direitos humanos.
> Para tanto, é necessário realçar dois aspectos do conceito de soberania: o qualitativo e o quantitativo. O primeiro aspecto indica a "aptidão" do Estado "para se firmar como poder supremo e independente, como raiz, como fundamento, como essência ou conteúdo essencial,"[29]não estando atrelada a qualquer quantificação. Em relação ao segundo aspecto, o quantitativo, aponta a "soma de poderes soberanos, isto é, como medida, como quantum de todas as faculdades em que se traduz o poder supremo e independente".[30]A exemplo da árvore em relação aos frutos, também o aspecto qualitativo antecede e dá sustentação ao quantitativo, sendo possível que este, a exemplo dos frutos, sofra inúmeras vicissitudes sem que o aspecto qualitativo, tal como a árvore, apresente qualquer alteração em sua substância.
> O aspecto qualitativo traz em si a essência da soberania, não importando em negação do conceito as suas variações de ordem quantitativa. Assim, mesmo nos casos em que determinados poderes inerentes à noção de soberania sofram limitações, de maior ou de menor amplitude, não será correto falarmos em supressão da própria soberania. A soberania somente será afetada em seu aspecto qualitativo, logo, em sua essência, "quando a limitação da soberania quantitativa for ao ponto de esvaziar completamente o quantum dos poderes soberanos".
> As intervenções internacionais de ordem consensual têm igualmente contribuído para a revisão da concepção de soberania, sectárias da sua inarredável indivisibilidade. Celebrados em grande número, os tratados de proteção dos direitos humanos, por imporem aos Estados a obrigação de respeito às pessoas submetidas à sua jurisdição, possuem uma natureza

especial em relação aos tratados clássicos, que somente geravam obrigações entre os Estados partes.[32] Geram reflexos na ordem interna e, em caso de descumprimento, expõem o Estado à crítica e à repulsa internacionais, isto sem olvidar a possível existência de mecanismos sancionadores específicos previstos no respectivo tratado.

CONCLUSÃO

No presente artigo foram abordados os principais aspectos sobre as decisões tomadas no âmbito interno na ADPF 153 relacionada à Lei da Anistia e no âmbito internacional no caso Gomes Lund, sobre a questão denominada de *"Guerrilha do Araguaia"*. No âmbito interno, o Supremo Tribunal Federal confirmou o caráter de anistia em branco conferido pela Lei n. 6.683 de 1979 e entendeu que a lei da Anistia brasileira deve ser aplicada aos atos cometidos pelos agentes da repressão política durante o regime militar, não se restringindo aos atos praticados pelos opositores ao referido regime.

No âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do caso concreto, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. A problemática foi solucionada pela diferenciação entre o controle de constitucionalidade do primeiro e de convencionalidade do segundo, cujos parâmetros de análise são diferentes e independentes entre si.

Constatou-se que a decisão que a Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade de determinada lei local com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana e a Suprema Corte Nacional se caracteriza por ser o guardião da Constituição Federal e exerce o controle de constitucionalidade das leis nacionais em face da Constituição Federal de 1988. Foi destacado que, no caso apresentado, não houve conflito insolúvel entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte de San José, uma vez que ambos os tribunais têm grave incumbência de proteger os direitos humanos. Por fim, objetivou-se realizar um apanhado acerca das decisões judiciais e da vasta doutrina sobre o tema em deslinde e convidar o leitor à reflexão sobre a inexistência de violação do princípio da soberania estatal e sobre a influência da ordem jurídica internacional na ordem jurídica interna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. **As leis de anistia face ao Direito Internacional – O caso brasileiro.** Tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

BURKE-WRITE, William. **"Protecting the Minority: A Place for Impunity - An Illustrated Survey of Amnesty Legislation, Its Conformity with International Legal Obligations, and Its Potential as a Tool for Minority-Majority Reconciliation"**, in Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, v. 4, 2000.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

CAMPOS, Thiago YukioGuenka. **Controle de Convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional: por um diálogo cooperativo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro**. Monografia (Conclusão de Curso) – Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros versus Brasil**.Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 10 de julho de 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Anistia e restauração de direitos. São Paulo: Comitê Brasileiro pela Anistia**, s/d apud MEZZAROBA, Glenda. 25 anos de anistia: Um processo inconcluso. Novos Estudos: CEBRAP, número 70, novembro 2004.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 8a ed. São Paulo: Edusp, 2000.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

MALLINDER, Louise Centre, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.**2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEZAROBBA, Glenda.**Um Acerto de Contas com o Futuro: A Anistia e suas Consequências – Um Estudo do Caso Brasileiro**, Humanitas/Fapesp, São Paulo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.**13ª ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Perspectivas transnacionais sobre anistias. In: Anistia na Era da Responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: OxfordUniversity, Latin American

CAPÍTULO IV

APONTAMENTOS SOBRE O MOVIMENTO MIGRATÓRIO BRASILEIRO

NOTES ON THE BRAZILIAN MIGRATION MOVEMENT

Patrícia Naomi ASAKURA[17]
Valter Foleto SANTIN[18]
Marcelo Antonio THEODORO[19]

RESUMO: O presente artigo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, busca estudar as migrações internas provocadas pelas secas no nordeste brasileiro, partindo de noções extraídas da noção de refugiados ambientais. Para tanto, o artigo inicialmente tece considerações gerais sobre o movimento migratório no país, em seguida aborda as migrações forçadas, mais especificamente no tocante aos refugiados, e por fim, concentra-se nas migrações internas provocadas pelas secas no sertão nordestino. O maior problema para esses migrantes decorre das discriminações sofridas no novo local de trabalho, o que acaba por perpetuar as desigualdades econômicas e sociais que já sofria em sua região de origem. Diante disso, conclui-se que as questões climáticas e ambientais não são as únicas responsáveis pelas dificuldades por que passam essas pessoas, de tal forma que são necessárias também políticas públicas voltadas não só à proteção ambiental, mas principalmente à educação dessa população.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiado ambiental. Migração. Dignidade da pessoa humana. Discriminação. Políticas Públicas

ABSTRACT: This article, using the hypothetical-deductive method, seeks to study the internal migration caused by drought in northeastern Brazil, from notions drawn from the notion of environmental refugees. Therefore, the article initially weaves general considerations about the migration in the country, then addresses forced migration, more specifically with regard to refugees, and finally focuses on internal migration caused by drought in the northeastern

[17]Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Integrante do Grupo Pesquisadora integrante do grupo de pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais – UENP. E-mail: patrícia@asakura.com.br
[18]Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br.
[19]Professor e atual coordenador do programa de Mestrado em Direito Agroambiental da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT, Cuiabá, Brasil). Doutor em Direito do Estado (UFPR –Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil). Líder do Grupo de pesquisa Direito Constitucional – Novas perspectivas à luz da efetividade dos direitos fundamentais (UFMT). E-mail: m.theodoro@uol.com.br

backlands. The biggest problem for these migrants stems from the discrimination suffered in the new workplace, which ultimately perpetuates the economic and social inequalities that have suffered in their home region. Therefore, it is concluded that climate and environmental issues are not the only responsibles for the difficulties these people experience, so public policies are required not only for environmental protection, but mainly for the education of this population.

KEYWORDS: Environmental refugee. Migration. Dignity of human person. Discrimination. Public policy.

INTRODUÇÃO

Os movimentos migratórios sempre se fizeram presentes na história do Brasil, desde a vinda dos portugueses para colonização, passando pela chegada de africanos no período colonial, depois com a chegada de europeus e japoneses e mais recentemente com a vinda de chineses, coreanos, bolivianos e haitianos (SANTIN, 2007, p. 131-132; Nova Enciclopédia Ilustrada Folha, p. 476).

O Brasil teve grandes ondas imigratórias de árabes, japoneses, alemães e mais recentemente na vinda de chineses, coreanos, bolivianos, haitianos e imigrantes de várias nacionalidades que aqui se fixaram e ajudaram a construir e enriquecer o País. A própria integração de estrangeiros e seu relacionamento com brasileiros ajudaram a formar a heterogeneidade típica de nosso país, a miscigenação racial e cultural, descrita por Gilberto Freyre como uma grande riqueza cultural do Brasil, diante da experiência de relacionamento entre portugueses, negros e indígenas, especialmente no período colonial entre brancos e as "raças de cor", pelo "sistema de produção econômica" e por "escassez de mulheres brancas", no regime da economia patriarcal (FREYRE, 2003, p. 32-33).

Ocorre que, por vezes, as pessoas se veem forçadas a deixarem os seus lares e se mudarem dali, não apenas em busca de melhores condições de vida, mas porque não existe mais condição de viver em seu local de origem. O presente trabalho tem por enfoque, pois, as migrações forçadas, à medida que elas merecem atenção a fim de garantir que os direitos fundamentais não sejam violados.

Com o aquecimento global, as questões ambientais e climáticas vêm ganhando destaque, a ponto de surgir o instituto do refugiado ambiental, sendo que o instituto originalmente buscava tutelar apenas as vítimas de guerras e os apátridas. No Brasil, as secas ainda forçam muitas pessoas a deixarem a região nordeste, com destino às outras regiões do país, em busca de novas

oportunidades. Assim, objetiva-se tecer breves apontamentos sobre esse fenômeno migratório, tendo por norte o instituto do refúgio ambiental.

Para tanto, o artigo se divide em três partes: primeiramente, introduz o movimento migratório no país de maneira geral, para em seguida tratar das migrações forçadas e mais especificamente dos refugiados, e por fim, tece considerações sobre as migrações internas provocadas pelas secas no sertão nordestino.A fim de desenvolver essa proposta, foi adotado o método hipotético-dedutivo e foram estudados autores nacionais e internacionais, por meio da pesquisa bibliográfica em livros e periódicos.

1. DO MOVIMENTO MIGRATÓRIO NO BRASIL

A movimentação migratória sempre fez parte da história do país. Isso porque, desde os primórdios de sua colonização até os dias atuais, estrangeiros e nacionais se deslocam pelo Brasil e pelo mundo. A título de ilustração, os portugueses "descobriram" este novo mundo, trazendo consigo escravos da África; mais tarde, também vieram para cá os espanhóis, holandeses, franceses, italianos, alemães, japoneses, chineses, bolivianos e haitianos, entre outros.

Mas não é só, muitos brasileiros, da mesma forma, deixaram nosso país, mudando-se para países com melhores oportunidades, como por exemplo, o Japão e os Estados Unidos. Importante ressaltar ainda que esses deslocamentos populacionais não ocorrem somente através das fronteiras nacionais, mas também dentro delas. É o que se deu por meio das chamadas fronteiras agrícolas, que inicialmente ocuparam a região centro-oeste, mas depois se expandiram ao norte do Brasil.

Por fim, vale lembrar que tal fenômeno pode se verificar também em proporções geográficas menores, como os jovens que mudam de cidade para estudar ou trabalhar, ou como as pessoas que todos os dias se deslocam das cidades-dormitório para o seu local de trabalho. Diante disso, oportuno distinguir as denominações dadas a essas manifestações migratórias. Conforme visto, o processo de migração consiste na movimentação territorialdas pessoas em sentido genérico, abarcando assim três espécies: migração, imigração e emigração. A migração se configura quando o deslocamento se dá dentro de umúnico território; já a imigração corresponde à chegada de pessoas oriundas de país estrangeiro, enquanto a emigração se refere à saída de nacionais com destino a outro país.Pode-se dizer que tal ocorre porque é natural das

pessoas sempre buscarem melhores condições de vida. Desenvolvendo essa ideia, SANTIN (2007, p. 133) aduz que:

> O processo de migração tem razões econômicas, políticas, sociais, raciais e religiosas. O progresso econômico de um país ou região, o fracasso ou dificuldade de outro, o regime político do país, as guerras, as lutas ideológicas, sociais e raciais determinam as idas e vindas de outros povos.

Assim sendo, é de se ver que uma pessoa pode ser levada a deixar seu lar por motivos dos mais diversos, sendo que "um migrante é, em geral, considerado como um migrante econômico ou um trabalhador migrante e se diferenciade um refugiado ou outras pessoas que foram forçadas a se deslocar por causa daintervenção de um fator externo à sua vontade"(JUBILUT; APOLINARIO, 2010, p. 280). A partir daí decorre a distinção entre migrações voluntárias e forçadas. Como já se adiantou, o migrante voluntário é aquele cuja decisão de migrar é tomada livremente pelo próprio indivíduo, por razões de conveniência pessoal e sem a intervenção de um fator externo. Ele pode apresentar um*status*de regularidade ou irregularidade, a depender se sua entrada e permanência no país tenhaobservadoou não os requisitos legais. Já as migrações forçadas ocorrem quando praticamente inexiste (ou até mesmo inexiste de fato) o elemento volitivo do deslocamento (JUBILUT; APOLINARIO, 2010, p. 281).

Quanto a isso, bastante esclarecedora é a "analogia do guarda-chuva" desenvolvida por William B. Wood (2001, pp. 47-49). Segundo ele, cada um traz consigo um "guarda-chuva ecológico-econômico" que o acompanha a todo lugar. Esses guarda-chuvas podem apresentar diversas formas e tamanhos distintos, conforme as condições socioeconômicas, políticas e ambientais que afetam cada pessoa, tanto individual, como coletivamente. Por exemplo, um terremoto é capaz de destruir vários guarda-chuvas ao mesmo tempo, deixando milhares de pessoas desamparadas, porém, em se tratando de um país com melhores condições econômicas, os danos podem ser bastante reduzidos.

O problema reside no fato de que os migrantes voluntários gozam de liberdade e assim podem partir em busca de melhores condições, ou seja, eles têm a possibilidade de experimentar outros tipos de guarda-chuvas, enquanto os migrantes forçados têm mínima ou nenhuma capacidade de escolha e/ou poder de substituir seu guarda-chuva já gasto e destruído.

Embora ambas as situações (migração voluntária e forçada) possam apresentar dificuldades, tendo em vista que qualquer mudança demanda esforços para adaptação e adequação à nova realidade, por certo, as migrações forçadas compreendem uma situação mais

delicada do que a migração voluntária. Isso porque as pessoas são forçadas a se mudarem, isto é, na maioria das vezes, elas acabam enfrentando a mudança contra a sua vontade, em razão de forças que fogem ao seu domínio. E pelo fato de que elas se veem tolhidas de sua liberdade, além de desamparadas também em outros aspectos, cabe ao Direito proporcionar-lhes proteção especial, conforme se verá no tópico seguinte.

2. DA PROTEÇÃO JURÍDICA AO MIGRANTE FORÇADO

Consoante se apresentou anteriormente, é da natureza humana estar em constante mudança, ou seja, a pessoa vale-se de sua liberdade para perseguir a própria felicidade. Porém, esse deslocamento não é bem-vindo se ele não decorrer do livre-arbítrio do indivíduo, resultando de pressões alheias à sua vontade. Em face dessa afronta à dignidade humana, surgiram dois institutos jurídicos que visam a proteger esses indivíduos: o asilo e o refúgio.Ao presente estudo interessa apenas o segundo, motivo pelo qual se passa a analisá-lo com maior atenção.

O auxílio aos refugiados originou-se com a criação do Alto Comissariado para os Refugiados Russos, no ano de 1921.Tal se deu a fim de prestar assistência a mais de um milhão de refugiados russos e apátridas surgidos em razão da guerra civil na região. Já no ano de 1933, o Conselho das Sociedades da Nações criou o Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha, em resposta às violências praticadas pelo Nacional-socialismo.

Por sua vez, as atrocidades da Segunda Guerra Mundial levaram a comunidade internacional a fundar, em 1943, a Administração das Nações Unidas para Auxílio e Restabelecimento (ANUAR), que buscava o repatriamento das vítimas do conflito armado. Ainda nesse mesmo espírito de solidariedade às vítimas da guerra, em 1946, surgiu a Organização Internacional dos Refugiados (OIR), que veio a ser substituída, já em 1951, pelo Alto Comissariado para os Refugiados (ACNUR), responsável pela proteção internacional dos refugiados até os dias de hoje.A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, datada de 1951,reconhecia como refugiado toda pessoa que:

> Em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1º de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

Ocorre que essa definição era inadequada porque trazia duas limitações: uma limitação temporal (“antes de 1 de Janeiro de 1951”) e outra geográfica (“na Europa”). Isso se deu porque em um primeiro momento, buscava-se apenas proteger as vítimas europeias da Segunda Guerra Mundial, mas mesmo depois de findo o conflito, o problema dos refugiados não se extinguiu.

Com efeito, nos anos seguintes e até atualmente permanecem ainda diversos conflitos pelo mundo, que continuam a vitimar pessoas das mais diversas nacionalidades e etnias. Diante disso, foi estabelecido, em 1967, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, nos seguintes termos:

> Toda pessoa que devido a agressões externas, ocupação, dominação estrangeira ou outros eventos que alterem gravemente a ordem pública em uma parte ou na totalidade do território do país de sua origem ou nacionalidade, se veja obrigada a fugir do lugar de onde habita ou resida.

Veja-se assim que foi suprimida a limitação temporal, ampliando-se a o alcance de tal conceito. No entanto, no ano de 1984, o conceito de refugiado precisou ser expandido novamente na América Central, por meio da Convenção de Cartagena sobre os Refugiados, que considera como refugiadas as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.Por fim, vale transcrever a definição adotada pela legislação brasileira, na Lei dos Refugiados(Lei nº 9.474/1997):

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Em face de todo o exposto, é de se concluir que a proteção aos refugiados destina-se às pessoas que, por motivo de perseguição em razão de sua raça, religião, nacionalidade ou filiação em certo grupo social, devem deixar seu país, ou àquelas que não têm nacionalidade e devem abandonar o lugar de residência.

Resumidamente, o refúgio busca proteger grupos perseguidos que adentram outros países, bem como os apátridas. Oportuno anotar que o ACNUR não considera deslocados internos como refugiados, pois, embora tenham se deslocado por motivos de perseguição, pelo fato de ainda permanecerem dentro do território nacional a que pertencem, ainda estão sob jurisdição de seu país e, portanto, devem ser por este protegidos.Todavia,como consequência da grande demanda e necessidade, a Agência não nega assistência a esse grupo de pessoas.

Além das duas hipóteses já apresentadas, existe um terceiro grupo de pessoas sujeito a migrações forçadas:os refugiados ambientais. "As mudanças ambientais, sobretudo as climáticas, têm provocado o deslocamento de milhões de pessoas, fenômeno que tende a se agravar. Essas pessoas, às vezes, tornam-se deslocadas internas e, outras vezes, cruzam fronteiras internacionais" (JUBILUT e APOLINARIO, 2010, p. 281). Ocorre que é preferível dizer apenas deslocados ou migrantes ambientais. Isso porque o conceito de refugiado presente no Estatuto traz um rol taxativo, sendo impossível afirmar que as pressões ambientais climáticas sejam uma forma de perseguição nos termos legais (ALMEIDA, 2001, p.162).

Apesar disso, El-Hinnawi (1985, p.4) definiu os refugiados ambientais como sendo pessoas forçadas a abandonar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, em razão de grave perturbação ambiental que comprometa sua existência e/ou seriamente afete sua qualidade de vida. Importante ressaltar que por "perturbação ambiental" deve-se entender qualquer mudança física, química, ou biológica no ecossistema, que o deixe temporária ou permanentemente inapropriado para a vida humana, seja ela de origem natural ou provocada pela ação do homem.

Já para Myers e Kent (1985, p.14), refugiados ambientais são as pessoas que não podem mais levar uma vida segura em sua terra natal por causa de fatores ambientais de alcance incomum, como as secas, a desertificação, desmatamento, erosão do solo e mudanças climáticas, ou ainda em decorrência de desastres naturais, como ciclones, tsunamis e enchentes, diante dos quais, as pessoas não têm alternativa senão buscar sua sobrevivência em outro lugar, seja dentro de seu próprio país ou fora dele, de forma permanente ou semipermanente.

Embora ainda não sejam formalmente reconhecidos, os refugiados ambientais têm recebido a devida proteção internacional. Prova disso foi o visto humanitário concedido pelo Brasil aos haitianos vitimados pelo terremoto que atingiu o país em 2010, como corolário da cooperação e solidariedade entre as nações, bem como do compromisso com os direitos humanos. Sem perder de vista essa ideia, passa-se a breves considerações sobre os "refugiados

ambientais brasileiros", que perseguidos pela seca, são forçados a deixar o sertão em busca de novas oportunidades.

3. DA MIGRAÇÃO PROVOCADA PELAS SECAS NO SERTÃO

Em 22 de abril de 1500, Pedro Álvares Cabral chegou ao litoral sul da Bahia, região da atual cidade de Porto Seguro. Desde então, o nordeste brasileiro foi protagonista de boa parte da história do país. O Censo Demográfico de 1872 indicava que a população do Nordeste correspondia a 46,7% do total nacional, ou seja, quase metade dos brasileiros eram nordestinos. Contudo, esse número tem apresentado quedas constantes até atingir os atuais 27,8%. Essa decrescente participação relativa da região está intimamente relacionada aos movimentos migratórios. No século 19, a região norte atraiu os nordestinos para a exploração da borracha na Amazônia. Já no século 20, o destino principal foi a região sudeste, sobretudo a partir da grande seca da segunda metade da década de 1950. Depois veio ainda o movimento das frentes agrícolas em direção ao norte e centro-oeste, além da migração direcionada aos grandes centros urbanos. A título de ilustração, no ano 2000, a Região Metropolitana de São Paulo contava com aproximadamente 18 milhões de habitantes, dos quais 3,6 milhões ou 21% eram nascidos em estados nordestinos (OJIMA e FUSCO, 2015, p. 12/14). Vale lembrar também que a construção de Brasília ocasionou significativa evasão de nordestinos de sua terra natal.

O nordeste brasileiro é marcado por elevada desigualdade econômica e social, que, segundo Lima e Neves (2015, p. 127) pode ser justificada "pela herança histórica de uma estrutura fundiária com elevado grau de concentração de terra", bem como pelo fenômeno migratório. Tal tese aponta que localidades demograficamente mais "estáveis" tendem a ter maiores níveis de desigualdade do que localidades mais "instáveis", sendo que "estabilidade" demográfica significa que a região apresenta baixas taxas de migração, de tal forma que, quanto maior a taxa de migração menor é a "estabilidade" demográfica.Em outras palavras, a elevada migração nordestina é resultado da instabilidade da região, que não consegue garantir níveis de igualdade suficientes para que seus cidadãos continuem a residir ali.

Por serem brasileiros transferindo residência dentro do território brasileiro, é óbvio que eles não podem ser considerados refugiados de fato, já que não necessitarão, a princípio, de acolhimento por país estrangeiro. No entanto, podem-se perceber semelhanças entre os nordestinos que precisam deixar os seus lares em razão da seca e os refugiados ambientais, conforme explanado no tópico anterior, à medida que suas condições de vida não lhes permitem

escolher livremente seus "guarda-chuvas". É dizer, como a região nordeste, em decorrência de suas desigualdades econômico-sociais, não consegue fornecer "guarda-chuvas" resistentes e variados à população, a ocorrência de calamidades, como a seca, tende a ser devastadora para esse povo.

A situação desprivilegiada em que se encontram tende a persistir no novo local, agora por discriminação, porque "o trabalhador migrante ou imigrante pode sofrer discriminação por parte do povo da terra", conforme observa Santin (2007, pp. 136-137), discriminação esta que pode ter base política, econômica, sociológica, racial e sexual. Politicamente, pode implicar em dificultar-se o exercício da cidadania pelos migrantes. Já a discriminação econômica se verifica à medida em que eles, em regra, exercem trabalho menos qualificado e de menor remuneração, via de regra, realizando atividades rejeitadas pelos nacionais ou naturais da região. Apesar disso, é frequente a aversão aos migrantes, sob a acusação de que eles viriam para "roubar" vagas de trabalho. A discriminação sociológica liga-se à xenofobia e à aversão àquilo que é diferente, como a língua e os costumes. De maneira semelhante, persistem ainda as desigualdades pautadas nas diferentes etnias e em desfavor do sexo feminino (SANTIN, 2007, pp. 136-138).

Consoante preceitua o caput do artigo 5º da Constituição da República, "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". Portanto, tal tratamento discriminatório não pode persistir. Além disso, inegavelmente, o direito ao trabalho tem relação com os próprios direitos humanos, "é um dos mais importantes direitos humanos, porque possibilita ao cidadão um meio para viver dignamente", sendo que os fenômenos sociais do desemprego e da falta de oportunidade de trabalho devem ser levados em consideração"na luta pela dignidade do povo" (SANTIN, 2007, p. 135).

Em face disso, é indispensável que o poder público garanta o direito ao trabalho aos cidadãos, especialmente, mediante o exercício de seu emprego livre de qualquer discriminação, a fim de que cada indivíduo possa por si só buscar a alcançar sua felicidade. A condição desprestigiada que envolve os migrantes nordestinos mostra-se ainda mais trágica pelas constatações trazidas por Dantas e Freire (2015, pp. 77-78). Eles verificaram que os "imigrantes constituem um grupo positivamente selecionado no local de destino, e com isso contribui para o aumento da desigualdade de renda, dado que os imigrantes podem auferir maiores rendimentos que não migrantes". Isso significa dizer que, enquanto os migrantes que saem do

nordeste, em sua maioria, encontram dificuldades no local de destino, os migrantes que vêm à região contam com melhores condições de vida do que as dos nativos, o que acaba aumentando a desigualdade já existente na área. O estudo verificou que os "imigrantes" ao nordeste são mais qualificados e mais bem pagos, se comparados aos "não migrantes", ganhando, assim, em média, salários maiores do que estes.

Tal realidade leva a concluir que as dificuldades não são inerentes à região, por exemplo, pelas condições climáticas e ambientais adversas, e que as disparidades na distribuição de renda podem ser superadas pelo direcionamento de políticas públicas ao nordeste brasileiro, principalmente aquelas voltadas à educação(DANTAS e FREIRE, 2015, p. 78). Por sua vez, Ojima, Costa e Calixta (2014, pp 161-163) avaliaram o efeito das políticas de concessão de benefícios sociais na migração nordestina, chegando à conclusão que o recebimento de algum tipo de benefício social financeiro foi o principal fator no deslocamento populacional, de "retenção do processo de migrar".

Eles anotam que os beneficiários dessas políticas apresentam uma situação financeira mais precária e teriam maiores dificuldades para custear um deslocamento para fora do nordeste, enquanto aqueles que conseguiram realizar tal empreitada teriam alguma condição econômico-financeira. Em outros termos, os benefícios sociais de incremento funcionam como um fator de retenção no processo de migração, já que essa ajuda pode ser o diferencial para que essas pessoas possam continuar suas vidas com um mínimo de dignidade, sem serem forçadas a mudar de região.

Nesse contexto, bastante oportuna é a conclusão de Ojima, Costa e Calixta (2014, p. 163) sobre a influência determinante de benefícios sociais, porque "fatores sócio econômicos associados ao recebimento de benefícios de programas sociais possuem muito mais peso na emigração dos indivíduos dessa região" do que a situação de emergência ou de calamidade de município por dificuldades climáticas. Vale dizer, o investimento:

> Em programas e mecanismos de proteção social e estratégias de convivência com a seca é mais impactante para a manutenção da população no semiárido setentrional. Enfim, as mudanças climáticas devem contribuir com o acirramento de problemas sociais existentes, mas considerando que não se criarão novos problemas ambientais e essas mudanças ocorrerão de modo lento e gradativo, há que se ter cautela com a categorização de novos fluxos migratórios enquanto "refugiados ambientais" nessa região. (OJIMA,COSTA e CALIXTA, 2014, p. 163).

Embora as questões ambientais devam ser uma das principais prioridades no cenário atual, e obras públicas como a transposição do rio São Francisco mereçam serem replicadas,

posto que destinadas a melhorar as condições de vida da população do sertão e viabilizar a produção agrícola da região, há necessidade de melhoria da educação.É necessário que o poder público atente para a formação de recursos humanos, sem descuidar da proteção dos recursos naturais e materiais, a fim de que a população tenha forças para florescer e prosperar, mesmo diante de adversidades sociais, ambientais, climáticas e de solo.

CONCLUSÃO

A busca de felicidade e de melhores condições de vida são próprias da humanidade, sendo natural que deslocamentos territoriais façam parte de sua história, fenômeno que se denomina migrações demográficas. Porém, muitas vezes, essa mudança pode se dar por razões que são alheias à sua vontade, por exemplo, a falta de segurança provocada pelas guerras ou a destruição dos lares pelos desastres ambientais. Nesses casos, por configurarem migrações forçadas, as pessoas se encontram em sérias dificuldades, sofrendo violação não só de seu direito à liberdade, mas também a outros direitos fundamentais.Em razão disso, a comunidade internacional presta auxílio a essas pessoas, por meio dos institutos do asilo e do refúgio.

Embora inexista previsão expressa, os chamados refugiados ambientais, que se veem obrigados a abandonar seus lares por pressão da própria natureza, vêm sendo tutelados juridicamente, a exemplo dos haitianos, depois do terremoto de 2010.

Já em nosso país, as secas no sertão nordestino já forçaram milhares de brasileiros a se deslocarem pelo território nacional. O problema ocorre quando esses migrantes sofrem discriminação no local de destino.Embora ainda estejam dentro do mesmo país, assim como os estrangeiros, esses migrantes nordestinos podem sofrer discriminações de diversas ordens, dentre elas, social, econômica, racial e sexual.E essa situação agrava ainda mais a situação de desigualdade social e econômica desses indivíduos, a quem as penúrias da vida insistem em acompanhar para onde quer que eles estejam.

Diante disso, mais do que prestar auxílio às vítimas face às catástrofes ambientais, as políticas públicas devem principalmente voltar-se à formação de cidadãos capacitados para se adaptar em qualquer localidade e vencer as adversidades da natureza e da vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis. "A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações"**.** In: ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Guilherme Assis (Coords.). **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro:Renovar. 2001.

DANTAS, Ana Raquel Matias; FREIRE,Flávio Henrique Miranda de Araújo.**"Migração e Seletividade na Região Nordeste: Um Estudo a Partir dos dados do Censo Demográfico de 2010".** In: OJIMA, Ricardo; FUSCO, Wilson (Coords.). *Migrações Nordestinas no Século 21*: Um Panorama Recente. São Paulo:Editora EdgardBlucher, 2015.

EL-HINNAWI, Essam. **Environmental Refugees**. Nairobi: United Nations Environment Programme. 1985.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande &senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.** 48. ed., São Paulo: Global, 2003.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. O. S. **"A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração"**. In:Revista Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, Junhode 2010. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 Jul. 2016.

LIMA, Luciana Conceição De; NEVES, JorgeAlexandre Barbosa. "Desigualdade de Renda eMigração". In: OJIMA, Ricardo; FUSCO, Wilson (Coords.).**Migrações Nordestinas no Século 21: UmPanorama Recente,** São Paulo: Editora Edgard Blücher,2015.

MYERS, Norman and Kent, J. **Environmental Exodus: an Emergent Crisis in the Global Arena.**Washington, DC: The Climate Institute. 1995.

NOVA Enciclopédia Ilustrada Folha. São Paulo: Folha da Manhã, 1996.

OJIMA, Ricardo; COSTA, José Vilton; CALIXTA, Renata Kissya. **"Minha vida é andar por esse país...: a emigração recente no semiárido setentrional, políticas sociais e meio ambiente".**In: REMHU, Revista Interdisciplinarda Mobilidade Humana, Brasília: CSEM,v. 22, n. 43, p. 149-167, Jul./ Dez. 2014.

OJIMA, Ricardo; FUSCO, Wilson. **Migrações nordestinas no século 21: um panorama recente.** São Paulo:Editora EdgardBlucher, 2015.

SANTIN, Valter Foleto. "**Migração e Discriminação de Trabalhador"**. In:Revista ArgumentaJournal Law, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 131-140, 2007. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/76/76>. Acesso em: 16 jul. 2016.

CAPÍTULO V

O DEVER DE PROTEÇÃO AO IDOSO PELO ESTADO ENQUANTO GARANTIA DE MANUTENÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

Taigoara Finardi Martins[20]
Danielle Regina Bartelli Vicentini[21]
Ilton Garcia da Costa[22]

RESUMO: Este artigo se propõe a investigar a impenhorabilidade do bem de família no âmbito das execuções, já em seu caráter excepcional, a partir de nosso sistema processual cível, contrapondo as exceções que a afastam, previstas nos incisos do artigo 3º da Lei n.º 8.009/1990, à sua fundamentação constitucional – em especial o direito fundamental à moradia, pautado na dignidade da pessoa humana enquanto princípio basilar – a fim de evidenciar que mesmo as exceções impostas a uma circunstância já excepcional, em sua essência, estão sujeitas, por sua vez, a exceções, por meio de uma interpretação teleológica do texto da Constituição Federal, em uma perspectiva neoconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Idoso. Impenhorabilidade. Bem de Família. Direito Fundamental à Moradia.Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This article intends to investigate the impossibility of judicial constrictionof the homestead in the scope of executions, in its exceptional nature, from our civil procedural

[20] Graduado em Direito pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, pós-graduado em Direito Constitucional Contemporâneo pelo IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, mestrando em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, advogado e professor titular das disciplinas de Direito Constitucional pela FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana. E-mail: taigoara@hotmail.com.

[21] Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do GPCERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da UENP. Graduada em Letras pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/PR. Professora dos Cursos de Graduação em Direito e de Pós-Graduação (FACNOPAR). Advogada (OAB/PR).

[22] Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e da Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP (2013 à 2015), Vice Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP(2013 à 2015), membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão de Direito e Liberdades Religiosas da OAB SP(2016à 2018), Avaliador Institucional e de Cursos pelo MEC - INEP. Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Matemático, Advogado. Email: iltoncosta@uenp.edu.br e iltongarcia@gmail.com.

system, contrasting the exceptions that put it away, established by the incises from article 3rd of Law n.º 8.009/1990, against its constitutional fundaments – specially the fundamental right to having a home, guided by the human person dignity as a basilar principle – in order to evidence that even the exception imposed to an already exceptional circumstance, in its essence, are susceptible, themselves, to exceptions, through a teleological interpretation of the Federal Constitution text, in a neoconstitutional perspective.

KEY-WORDS: Elderly. Impossibility of Judicial Constriction.Homestead. Fundamental Right to Having a Home.Human Person Dignity.

1. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA: A EXCEÇÃO

Sabe-se que a penhora, definida enquanto ato específico de intromissão do Estado na esfera jurídica do obrigado, mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens constantes no patrimônio do devedor[23], constitui uma das principais ferramentas à disposição do credor, no âmbito do processo executivo, a fim de ver satisfeita sua pretensão. É por meio da penhora que o exequente, valendo-se do Estado enquanto detentor do monopólio da coação, promove a constrição de determinado bem de propriedade do executado, garantindo, assim, o crédito perseguido; na hipótese de insistência no inadimplemento por parte do devedor, viabiliza-se a expropriação do objeto penhorado, em hasta pública, a fim de saldar o débito, ou mesmo a adjudicação pelo próprio credor, que lhe adquire a propriedade pelo valor da avaliação.

Tanto o atual Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/1973) quanto o novo diploma processual (Lei n.º 13.105/2015) oferecem farto rol de dispositivos legais a tratar sobre o tema, que constitui, como dito, o eixo central das medidas coercitivas aplicáveis no contexto das execuções[24]. Ocorre que a própria legislação processual civil prevê algumas exceções,

[23] ASSIS, Araken de. Manual da Execução, 11ª ed. Ver. ampl. e atual. com a Reforma Processual – 2006/2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 591;

[24] No campo da penhora, do contraste entre os dois diplomas processuais, constatam-se poucas alterações, em especial no que se refere à impenhorabilidade de bens – questão mais relevante a este artigo – que restou praticamente inalterada, salvo algumas poucas exceções. Alguns autores tecem sérias críticas a essa manutenção do *status quo*, à semelhança de Daniel Amorim Assumpção Neves que, em sua obra "Novo CPC – Inovações, Alterações e Supressões Comentadas", já em sua 2ª edição (São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 426-427) denuncia que "o legislador atual está bem mais acomodado – ou conformado – com manifestos exageros na proteção do executado em termos de tutela de seu patrimônio mínimo" ao constatar que "o art. 833 do Novo CPC, ao indicar os bens impenhoráveis, é praticamente cópia do art. 649 do CPC/1973. São poucas as inovações.";

estabelecendo as chamadas hipóteses de impenhorabilidade. Trata-se de um rol não exaustivo de bens que, de maneira absoluta ou relativa, foram excluídos do alcance da penhora pelo legislador. Dizemos absolutamente impenhoráveis os bens que jamais admitem a constrição, enquanto que aqueles que, preenchidos certos requisitos, podem sofrer penhora, revestem-se de impenhorabilidade relativa[25].

O Código de Processo Civil atual disciplina as impenhorabilidades basicamente por meio de uma conjugação dos artigos 648, 649 e 650, que dispõem a respeito de bens absolutamente e relativamente impenhoráveis, a exigir do ator processual certa dose de técnica e interpretação, a fim de valer-se deles de maneira apropriada, a depender do caso.

Além disso, como dito, o rol oferecido pelo Código de Processo Civil não possui caráter taxativo, pois outras hipóteses de impenhorabilidade também podem ser previstas por lei especial; nessa esteira, a Lei n.º 8.009/1990 instituiu e disciplinou a impenhorabilidade do bem de família, compreendido como o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar[26]. Mais tarde, o Código Civil de 2002 destinaria alguns dispositivos[27] ao tratamento do tema, melhor definindo o bem de família como o prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinado em ambos os casos a domicílio familiar, podendo ainda abranger valores mobiliários, desde que a renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Bem verdade que a legislação material civil versa sobre o bem de família a partir de uma perspectiva procedimental, vinculando seu reconhecimento à sua instituição formal, por meio de averbação específica perante o ofício de registro de imóveis competente. Trata-se de hipótese facultativa ao devedor que, sendo proprietário de mais de um imóvel, pode optar por um deles, a fim de resguardá-lo perante seus credores, por meio do mecanismo previsto. Não se deve, no entanto, concluir equivocadamente pela necessidade de averbação formal enquanto pressuposto para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, eis que referido prisma resta superado atualmente, tanto pela doutrina quanto pela própria jurisprudência.

A origem do bem de família, enquanto porção impenhorável do patrimônio do devedor – de cunho essencialmente excepcional, vale notar – é relativamente incerta, havendo

[25]ASSIS, Araken de.*Op. cit.*, p. 210;
[26] O artigo 1º da Lei n.º 8.009/1990 é claro ao determinar expressamente que "o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei";
[27] Trata-se do Subtítulo IV, adequadamente rotulado "Do Bem de Família", inserido no Título II, "Do Direito Patrimonial", a englobar os artigos 1.711 a 1.722 daquele *codex*;

discussões em meio à doutrina quanto ao tema[28]. A tese mais aceita, contudo, prega que a gênese do instituo remonta, conforme ensina Álvaro Villaça Azevedo[29], ao estado americano do Texas, que em meados do século XIX, diante da crise econômica que precedeu a Guerra Civil, recebia famílias de emigrantes, em busca de novas oportunidades. Temerosas de que pudessem ser alcançadas por seus credores, estas exigiam do governo estadual, garantias jurídicas que lhes viabilizassem a fixação no novo território. O governo do Texas, em resposta, instituiu o chamado homestead[30], que isentava de execuções judiciais por dívidas, os imóveis residenciais urbanos ou rurais de até 50 acres. A partir do Texas, outros estados também foram, pouco a pouco, adotando o instituto, que posteriormente foi exportado a outras realidades jurídicas – inclua-se, aí, o Brasil[31].

Atualmente, a proteção ao bem de família já se encontra plenamente lastreada pela Constituição Federal. A positivação do direito fundamental à moradia, pelo artigo 6º, reflete de maneira íntima a preocupação e o zelo pela dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da própria República Federativa Brasileira, previsto no artigo 1º, alinhada, ainda, à proteção constitucional estendida à família, pelo artigo 226. É dizer: a preservação da dignidade das pessoas pressupõe que estas tenham, no mínimo – dentre outros elementos básicos – onde morar. No antagonismo hipotético entre a satisfação pecuniária do credor e a manutenção da dignidade do devedor, preferiu-se dar guarida a este em detrimento daquele, em uma clara opção de cunho social, em sacrifício de valores mais liberais.

O direito fundamental à moradia – e em desdobramento, a proteção ao bem de família –, inclusive, compõe o arcabouço responsável pela delimitação do que tem se convencionado chamar de mínimo vital, compreendido, nas palavras de Vidal Serrano Nunes Júnior, como "o dever do Estado, caudatariamente ao princípio da dignidade humana, garantir a todos um *standard* social mínimo e incondicional"[32]. O autor, indo mais a fundo na conceituação do tema,

[28] Américo Mendes de Oliveira e Castro, por exemplo, insiste que a origem do bem de família é muito mais antiga, reportando-se ao Direito Romano, ao afirmar que na Roma Antiga observava-se um forte vínculo entre os deuses lares e o solo, de modo que a lareira onde era aceso o fogo sagrado, em adoração aos antepassados, determinava a fixação perene da moradia familiar àquele local, tornando-o inalienável, uma vez que era impossível remover a pedra-altar com a chama acesa, e apagá-la seria uma profanação (Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1947, Volume V, p. 360). Trata-se, no entanto, de corrente minoritária, é bom salientar;

[29] Sobre a origem do bem de família, cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, pp. 11-25;

[30] Do inglês, "*home*" que significa "lar", e "*stead*" que significa "lugar" ou "proveito"; o conteúdo semântico da expressão conduz a ideia de "um lugar a servir de lar";

[31] Sobre a introdução do bem de família no direito pátrio, cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, pp. 73-76;

[32] NUNES JÚNIOR., Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988, São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 70;

conclui que "a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade"[33].

Assim, a impenhorabilidade do bem de família surge enquanto garantia instrumental em função do direito fundamental à moradia[34], gozando, ela própria, de fundamentalidade reflexa. Na aproximação entre constitucionalismo e processo, marcada pelo crescente fenômeno de constitucionalização dos diferentes ramos do direito, tanto público quanto privado, os interesses do credor não se revelam absolutos, tanto que o próprio Código de Processo Civil em vigor já previa que a execução deve se dar pelo modo menos gravoso para o devedor[35], justamente a fim de garantir-lhe sua dignidade.

Tanto é que os tribunais pátrios têm, inclusive, ampliado a abrangência dos dispositivos atinentes a esta garantia. Do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, em recente decisão, colhe-se o posicionamento de que "deve ser dada a maior amplitude possível à proteção consignada na lei que dispõe sobre o bem de família, que decorre do direito constitucional à moradia estabelecido no *caput* do art. 6º da CF"[36]; na mesma decisão, o relator concluiu que ainda que o proprietário não habite no imóvel, a sua ocupação por qualquer integrante da entidade familiar é suficiente a caracterizar a natureza jurídica do bem de família.

O mesmo Superior Tribunal de Justiça já havia reconhecido que o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas, nos termos da Súmula n.º 364, em que pese alguns autores se mostrassem mais conservadores, no sentido de restringir a proteção legal àquelas situações que permitissem a subsunção quase que literal do enunciado normativo ao caso concreto. Araken de Assis, por exemplo, sustentava que "o homem e a mulher celibatários, que, justamente por tal motivo, optaram por não constituírem família, não se encontram ao abrigo da impenhorabilidade

[33] *Ibid. Loc. cit.*;

[34] Sobre a distinção entre direitos e garantias, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior pontuam que "enquanto os direitos teriam por nota de destaque o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental, vale dizer, seriam os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados", *in* Curso de Direito Constitucional, 17ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, p. 152. Desta leitura, conclui-se que a impenhorabilidade do bem de família existe em função da garantia do direito fundamental à moradia e da dignidade da pessoa humana, em relação de instrumentalidade;

[35] A redação do artigo 620 da Lei n.º 5.869/1973 dispõe que "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor";

[36] Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.216.187/SC, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, votação unânime, julgado em 14 de maio de 2014, publicado em 30 de maio de 2014; disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1321191&num_registro=201100707186&data=20140530&formato=PDF; acesso em 11 de novembro de 2015;

atribuída à 'residência familiar'"[37], embora vendo-se forçado a reconhecer que "valores constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, conduziram ao reconhecimento da impenhorabilidade, em algumas situações, evoluindo a jurisprudência no sentido de tornar impenhorável, *tout court*, a residência do devedor solteiro"[38].

Salta aos olhos que a temática da impenhorabilidade do bem de família ganha cada vez mais força, no contexto do Judiciário, que se apoia sobre a construção doutrinária, no sentido de que a interpretação teleológica dos enunciados normativos constantes da Lei n.º 8.009/1990, à luz do neoconstitucionalismo[39], converge sempre à conclusão de que todo o ordenamento jurídico há de ser lido, compreendido e aplicado de modo a conferir máxima efetividade aos princípios constitucionais, ainda que excepcionando, em maior ou menor grau, institutos do direito privado, como a possibilidade de penhora de bens.

2. AS HIPÓTESES DO ARTIGO 3º DA LEI n.º 8.009/1990: AS EXCEÇÕES DA EXCEÇÃO

Vale lembrar, todavia, que as hipóteses de impenhorabilidade classificam-se, como dito, em absolutas e relativas. A depender do caso, a própria exceção à regra geral de penhorabilidade dos bens admite suas próprias exceções. No que se refere ao bem de família, especificamente, temos que a impenhorabilidade que o reveste se mostra relativa, na medida em que se reconhece, em determinadas circunstâncias, o seu afastamento, permitindo-se que o bem seja objeto de constrição judicial a fim de garantir determinada execução.

É a própria Lei n.º 8.009/1990, em seu artigo 3º, que elenca expressamente, em seus incisos, as hipóteses que autorizam o Judiciário a elidir a impenhorabilidade em questão, tornando o bem de família do devedor alcançável pelo credor. Todavia, diferente do que se observa quanto ao rol de impenhorabilidades esculpido no artigo 649 do Código Civil – exemplificativo, a permitir ampliações –, aqui, as circunstâncias que afastam a impenhorabilidade do bem de família constituem lista taxativa, a exaurir as possibilidades de

[37]ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 238;
[38]*Ibid*. *Loc. cit.*;
[39]Luis Roberto Barroso, alinhando-se aos ensinamentos de Konrad Hesse, define uma das vertentes do neoconstitucionalismo enquanto o "reconhecimento de força normativa à Constituição". Nesse sentido, cf. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil; disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf; acesso em 11 de novembro de 2015;

superação do instituto, que não podem ser ventiladas pela parte exequente, tampouco pelo magistrado, ao arrepio da legislação. É a redação daquele dispositivo a seguinte:

> Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
> I – revogado;
> II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
> III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;
> IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
> V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
> VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;
> VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação;[40]

Extrai-se do texto legal que o legislador infraconstitucional permitiu a penhora do bem de família apenas diante de circunstâncias bastante específicas, que justificassem o que se pode compreender como exceção da exceção. Notadamente, vemos duas grandes hipóteses[41], que se ramificam em situações mais específicas.

A primeira delas diz respeito a um liame entre a natureza jurídica da dívida perseguida e o próprio imóvel. O óbvio objetivo visado aqui é o de se evitar que o devedor pudesse se beneficiar de sua própria torpeza, por uma miríade de maneiras possíveis. Nesse sentido, por exemplo, se a obrigação se deve a contrato de financiamento destinado à aquisição ou construção do bem, não se autoriza a frustração do direito do credor, que tem no imóvel, na maioria das vezes, a sua única garantia. Do contrário, a concessão de créditos deste calibre por meio de contratos de financiamento se mostraria tão insegura e arriscada à instituição financiadora, que acabaria por se tornar inviável por completo, sob a perspectiva comercial. De igual sorte, caso o imóvel tenha sido oferecido como garantia real em hipoteca, não há que se

[40] BRASIL. Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990;

[41] A doutrina, por vezes, prefere uma classificação mais sistemática, que se mostra mais ou menos compartimentada, a depender do critério adotado. Marcione Pereira dos Santos, por exemplo, em obra específica sobre o tema (Bem de Família: Voluntário e Legal, São Paulo: Editora Saraiva, 2003), rotula as exceções em três espécies diferentes: de ordem pessoal – crédito trabalhista (esta recentemente deixou de existir, com a revogação do inciso I, do artigo 3º, da Lei n.º 8.009/1990 pela LC n.º 150/2015), crédito alimentar, fiador locatício –; de ordem econômica – crédito tributário, crédito condominial, financiamento para construção ou aquisição do imóvel –; de ordem penal – aquisição criminosa, execução de sentença penal condenatória. Trata-se de opção técnica que, se por um lado privilegia as nuances do texto legal, por outro, acabaria por comprometer o foco do presente trabalho, razão pela qual decidiu-se pela adoção de critério menos formal, mais condizente com os objetivos deste artigo. Não se nega, contudo, a exatidão acadêmica daquela proposta de classificação.

falar em impenhorabilidade, vez que o oferecimento – voluntário, presume-se – específico do bem se deu por iniciativa do próprio devedor; outrossim, caso tenha se disposto a figurar enquanto fiador de relação locatícia.

Nesta mesma linha, a cobrança de tributos devidos em função do próprio imóvel não encontra óbice na impenhorabilidade discutida, pois a obrigação tributária emana da propriedade do bem, vinculando-se essencialmente a ele. Também se afasta a garantia prevista no *caput* do dispositivo, se o imóvel tiver sido adquirido com produto de crime, ou nos casos de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

De fato, como dito, o que pretendeu o legislador, por meio das previsões em epígrafe, foi impedir que o devedor, valendo-se do instituto da impenhorabilidade do bem de família, distorcesse-o a fim de fraudar ou prejudicar terceiros – contraindo dívidas sem a intenção de pagá-las, por exemplo – ou mesmo o Estado e a coletividade, quando a aquisição do imóvel se dá de forma vinculada a práticas criminosas. Sobre os riscos de desvirtuamento da garantia em foco, tornando-a em instrumento de violação de direitos alheios, adverte Araken de Assis, em comentário a respeito da não aplicação das exceções listadas acima – tema específico a ser tratado mais adiante neste mesmo artigo:

> É preciso cuidado e atenção ao rejeitar a aplicação dessas exceções. Por exemplo, tornar a unidade autônoma impenhorável por dívidas contraídas pela necessidade de administrar o condomínio, apesar do disposto no art. 3º, IV, da Lei 8.009/1990, implicaria transformar os demais condôminos em arrimo da moradia do inadimplente.[42]

Outra hipótese também se assoma, enquanto fundamentadora das exceções em análise, qual seja, a natureza da obrigação, compreendida *per si* como apta a afastar a impenhorabilidade do bem, no intuito de viabilizar a sua satisfação. Forçosa a conclusão de que o caráter de tal obrigação há de se mostrar tão relevante, a ponto de sobrepujar os fundamentos constitucionais daquela garantia, que restará prejudicada, em favor do credor. Vale notar que, agora, não se está diante, necessariamente, de dívida contraída, de maneira direta ou indireta, voluntariamente pelo próprio devedor, como antes, razão pela qual o que se busca já não é mais impedir o desvirtuamento proposital do instituto. Ao revés, vislumbra-se uma obrigação, ainda que não assumida por vontade do devedor, cuja satisfação revela-se ainda mais necessária, juridicamente falando, do que a manutenção do direito fundamental à moradia do executado.

[42]ASSIS, Araken de. *Op. cit.,* p. 237;

Fala-se, por óbvio, das pensões alimentícias, previstas no inciso III do supramencionado dispositivo legal. Ora, diferente da assinatura de um contrato de financiamento, incluir-se na esfera passiva de uma relação obrigacional cujo objeto são pensões alimentícias não se mostra enquanto algo que determinado indivíduo, conscientemente e planejando de antemão, possa fazer a fim de se beneficiar em detrimento de terceiros ou do Estado; aliás, muito pelo contrário. Logo se imagina uma relação de parentesco, ou mesmo a imposição judicial em virtude de evento danoso, na esfera da responsabilidade civil.

Não se deve confundir, todavia, as pensões alimentícias com outros créditos que, embora de natureza alimentar, não dispõem do condão de afastar a impenhorabilidade. É o caso dos honorários advocatícios, ou mesmo daqueles créditos de origem trabalhista, que não foram incluídos pelo legislador no rol das exceções que ora se aborda. É que as pensões alimentícias possuem natureza jurídica diversa, ainda mais essencial; Silvio Rodrigues as define enquanto prestações por meio das quais o alimentando se vê capaz de atender às necessidades da vida, motivo pelo qual o termo "alimentos" se reveste de conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa apenas e tão somente o necessário para o sustento, ou no dizer de Pontes de Miranda, "o que serve à subsistência animal"[43]. Dentro da expressão jurídica em voga, o termo também abrange as necessidades pessoais com vestuário, assistência médica e mesmo habitação, compreendendo tudo o que for preciso à garantia de uma vida digna[44].

Diante de tais considerações, as motivações que culminaram na opção do legislador em estabelecer a obrigação referente a pensões alimentícias como exceção à impenhorabilidade do bem de família restam evidentes: enquanto a garantia esculpida no *caput* do artigo 3º busca tutelar a dignidade da pessoa humana por meio da preservação de sua moradia, a exceção do inciso III se debruça sobre a mesma dignidade, mas de forma muito mais ampla, compreendendo não apenas a moradia, mas como visto, todas as outras necessidades materiais que se mostram imprescindíveis à manutenção de uma vida digna.

Em retorno às investigações ao redor do mínio vital, já definido em momento anterior, o que se tem é que a impenhorabilidade do bem de família visa garantir um dos elementos que o integram, enquanto que a pensão alimentícia se presta a conferir todos os aspectos do instituto, em uma relação de quase equivalência. Não seria equivocado dizer, portanto, que a impenhorabilidade do bem de família se presta à garantia de uma vida digna, ao viabilizar

[43] PONTES DE MIRANDA, F. C. Tratado de Direito Privado, Volume IX, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, p. 207;
[44] A este respeito, cf. RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família, Volume VI, 28ª edição revista e atualizada por Francisco José Cahali, São Paulo: Editora Saraiva, 2004;

moradia, enquanto que os alimentos – compreendidos em sua acepção jurídica, já explicitada – garantem uma vida digna, garantindo uma vida digna, com o perdão da redundância.

Se a garantia patrimonial em questão se opunha ao direito de propriedade puro e simples, obstando a penhora em favor da moradia, agora é a moradia quem se vê obstada, em favor de um arcabouço ainda mais amplo de direitos e garantias, sempre sob o pálio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento constitucional.Nesse sentido, já se posicionou de maneira pacífica o Superior Tribunal de Justiça, pelo entendimento de que o rol de exceções previsto pela Lei n.º 8.009/1990 se dispõe a evitar que, em determinadas situações, o devedor, sob o manto da lei, possa se esquivar do adimplemento e deixar insatisfeita certa obrigação cujo caráter seria de relevância ainda maior[45].

Para aquele tribunal, pouco importa, inclusive, a origem da obrigação alimentar – se decorrente de vínculo familiar ou do dever de reparação de danos, pois o dispositivo legal não faz qualquer distinção quanto à causa dos alimentos[46]. A doutrina, no entanto, destoa. Autores há que defendam a necessidade de um tratamento jurídico distinto para as pensões alimentícias, a depender das diferentes causas que lhes tenham dado ensejo[47]. Outros creem que tal interpretação conduziria a injustiças, preferindo acompanhar o entendimento jurisprudencial em evidência[48].

Divergências doutrinárias a parte, fato é que a exceção admite, realmente, exceções.

3. INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL: A EXCEÇÃO DA EXCEÇÃO DA EXCEÇÃO

Luis Roberto Barroso, sobre o neoconstitucionalismo, reconhece que "uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma

[45] Recurso Especial n.º 1.186.225 – RS, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 02 de setembro de 2012, publicado em 13 de setembro de 2012; disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1175620&num_registro=201000509275&data=20120913&formato=PDF; acesso em 12 de novembro de 2015;

[46] *Ibid*.;

[47] A esse propósito, Yussef Said Cahali, em obra específica sobre o tema (Dos Alimentos, 8ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22), assevera que "tem-se pretendido que distintas as causas geradoras do direito de alimentos, igualmente seriam diversificadas as obrigações de distintas causas, seja na sua estrutura interna ou seja na sua disciplina jurídica, impossibilitando desse modo uma regulamentação unitária para todas; e se repelindo, assim, a parificação dos princípios aplicáveis às modalidades ora consideradas, regulando-se cada uma delas segundo normas específicas";

[48] Marcione Pereira dos Santos, op. cit., sobre a posição de Cahali, adverte que "tal interpretação, entretanto, pode render ensejo a situações sumamente injustas, mormente nos casos de prestação alimentar devida por homicídio, onde a perda do arrimo de família pode acarretar perigo à própria sobrevivência do grupo familiar órfão" (p. 233);

constitucional do *status* de norma jurídica.[49]" Superava-se, assim, o modelo que vigorava até então, no qual a Constituição representava um documento essencialmente político, um convite à atuação do Estado. Na conjuntura de outrora, a concretização das promessas constitucionais estava condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, sem que o Judiciário pudesse desempenhar qualquer papel de relevância na realização de seu conteúdo[50]. A concepção sociológica da Constituição, sustentada por Ferdinand Lassalle, abria espaço para a ótica jurídico-normativa apregoada por Konrad Hesse[51].

A partir deste cenário, confirma-se a ideia de que todo o ordenamento jurídico posto em vigência necessariamente deve se harmonizar ao texto constitucional, inclusive diante do princípio da supremacia da Constituição. Ganha ainda mais força e impulso o controle de constitucionalidade, tanto em sua via difusa quanto concentrada. Gilmar Ferreira Mendes, à luz das lições de J. J. Gomes Canotilho[52] – que por sua vez bebera da fonte dos ensinamentos do mesmo Konrad Hesse – estabelece princípios de interpretação constitucional, cuja raiz última é a força normativa da Constituição. Dentre eles, destaca o princípio da máxima efetividade, a respeito do qual, citando o constitucionalista português, estabelece que "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê"[53].

Além disso, também as disposições constitucionais – sobretudo aquelas que não se apresentam na forma de regras específicas, mas de princípios – passam a ser encaradas como enunciados normativos, normas em potência, capazes de eficácia tanto jurídica quanto social. Este novo prisma se mostrou fundamental ao controle judicial de inconstitucionalidades por omissão, por exemplo, por mora do Legislativo em atender a determinados ditames constitucionais – teoria indefensável no modelo anterior, que enxergava as disposições constitucionais de cunho programático como meros conselhos não vinculantes[54].

A valorização do texto constitucional, a partir deste novo paradigma – interpretação conforme à Constituição, aliada à força normativa das disposições constitucionais – cambiou profundamente e de maneira indelével a aplicação da lei, nas instâncias judiciais.A leitura de

[49] BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 07;
[50]Ibid. Loc. cit.;
[51] A esse respeito, vale conferir a obra mais importante de Konrad Hesse, "A Força Normativa da Constituição", traduzida para o português por Gilmar Ferreira Mendes; embora extremamente sintético, o texto constitui a pedra angular do neoconstitucionalismo contemporâneo;
[52] A esse respeito, conferir CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Editora Almedina;
[53] MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 95-96;
[54] Sobre a classificação das normas constitucionais, recomenda-se a leitura da obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", de José Afonso da Silva;

todo e qualquer dispositivo legal necessariamente deve ser feita de modo a se harmonizar e a conferir o máximo de efetividade possível às diretrizes estabelecidas pela Constituição; outrossim, casos há em que determinada regra infraconstitucional deve ceder espaço à aplicação de princípios constitucionais.

O direito, que caminhara separado da moral por certo período, dela se reaproxima, especialmente no contexto do pós-guerra, diante das atrocidades praticadas pelo regime nazista em todo continente europeu. O positivismo jurídico proposto por Hans Kelsen, em sua obra "Teoria Pura do Direito", sucumbe diante das contundentes críticas a ele dirigidas, em virtude de sua incapacidade de rechaçar mesmo aquelas condutas mais desprezíveis a qualquer ser humano, mas que lograssem êxito em se ocultar por detrás do véu da legalidade, ainda que vazia de qualquer conteúdo ético[55].

Desde então, todo e qualquer enunciado normativo infraconstitucional, antes de que possa ser convertido em norma por meio do exercício da jurisdição, se vê fadado a passar pelo crivo interpretativo que tem no sistema constitucional o seu filtro, a sua lente, por meio da qual enxerga todo o restante do ordenamento jurídico, partindo de seus fundamentos e objetivos essenciais.

Retornando ao objeto principal deste estudo, não é diferente no que se refere à leitura, interpretação e aplicação dos enunciados constantes da Lei n.º 8.009/1990; tanto a garantia prevista no *caput* do artigo 3º, quanto as exceções gravadas nos incisos daquele mesmo dispositivo devem ser compreendidas tendo como ponto de partida e de chegada o ethos eleito pela Constituição. Sobre a impenhorabilidade enquanto exceção ao direito de satisfação do credor – desdobramento direto de seu direito à defesa e manutenção de sua propriedade – já vimos que, realmente, o que a fundamenta é a proteção à moradia, também fundamental e um dos alicerces da própria dignidade da pessoa humana, todos estes, valores esculpidos no corpo da carta constitucional.

[55] Não que se esteja a insinuar que a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen objetivasse as barbáries do nazismo, tampouco que o autor austríaco as aprovasse, mas é fato que as mais ferrenhas críticas dirigidas à proposta de desvinculação total entre direito e moral se enraízam na tentativa nazista de justificar suas práticas, sob o argumento de que todas as medidas implementadas antes e durante a Segunda Guerra Mundial pelo partido se deram estritamente conforme as leis que vigiam à época; Gustav Radbruch, jurista alemão, em 1945 – no ocaso da guerra –publicou uma circular dirigida aos estudantes da Universidade de Heidelberg entitulada "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", por meio da qual, em defesa de um retorno ao jus naturalismo e do abandono ao positivismo, afirmou que "esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro";

Quanto às exceções à impenhorabilidade, também vimos que, afora as hipóteses que vedam a distorção proposital do instituto em função da torpeza dolosa do devedor, o que se busca tutelar – nos casos de execução de pensões alimentícias, em especial – são os elementos que compõem o mínimo vital, já definido enquanto o arcabouço irreduzível de condições materiais que viabilizem uma vida digna. A constitucionalidade presente também é mais do que evidente, *in casu*. Haverá, no entanto, circunstâncias que autorizem o afastamento de tal exceção? Seria possível, em outras palavras, excepcionar a exceção da exceção? O Judiciário já entendeu que sim, como veremos adiante.

Vale sublinhar o que já foi dito, no sentido de que a razão pela qual a obrigação decorrente de pensões alimentícias eclipsa a impenhorabilidade do bem de família se lastreia no fato de que tal crédito visaria à satisfação daquelas necessidades mais basilares do alimentando. Contudo, por vezes, a depender das circunstâncias que permeiam a lide, nota-se a desvinculação entre a obrigação e a sua finalidade pressuposta, ou ao menos a mitigação de tal vínculo teleológico. Situações há em que a análise pormenorizada das peculiaridades do caso concreto revela um esvaziamento do caráter "alimentar" da pensão alimentícia.

Um bom exemplo reside naqueles casos em que o que se exige judicialmente é o crédito resultante do acúmulo de anos e anos de pensões não pagas, a convergir em montante geralmente expressivo, que por vezes ultrapassa o valor do próprio imóvel a servir de bem de família ao devedor executado. Em demandas deste calibre, fala-se na desnaturação jurídica do instituto da pensão alimentícia, em virtude do fator temporal, pois a cobrança retroativa adquire caráter meramente indenizatório – seria ilógico sustentar a natureza alimentar essencial daquelas parcelas já vencidas há muito tempo, pois parece óbvio que as necessidades basilares de anos antes já foram supridas de algum modo, e que o que pretende o credor exequente, na realidade, é a reparação pelas despesas contraídas. Não que se negue o direito à satisfação do crédito legítimo, no entanto o que lhe conferia potência suficiente a afastar a impenhorabilidade do bem de família – sua essência vital – não se faz presente.

Também se cinge de controvérsia a aplicabilidade da exceção em questão, quando a capacidade financeira do alimentando é comprovadamente suficiente ao atendimento de suas necessidades, de maneira confortável[56]. Novamente, não se fala em óbice à cobrança e

[56] Yussef Said Cahali, *op. cit*., diz que se consideram alimentos aquelas prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si (p. 15), deixando claro que a situação financeira do credor alimentando deve ser levada em consideração;

satisfação do crédito, mas tão somente na discussão quanto à natureza fundamental da obrigação – se efetivamente alimentar, ou reparatória.

Vale a pena suscitar, como paradigma, recente decisão proferida pelo MM. Juízo da 9ª Vara Cível da comarca de Londrina – PR, eis que didática e elucidativa. O caso concreto tem origem em um acidente de trânsito causado por um menor de idade, que culminou na morte de um motociclista. Ocorre que o falecido deixou uma viúva e um filho recém-nascido. Judicializada a questão, os pais – responsáveis pelo menor causador do evento lesivo – foram condenados a indenizar os danos morais decorrentes da morte, e ao pagamento de uma pensão alimentícia em favor do filho do falecido, em valor correspondente ao salário então auferido pelo pai que morrera. Deflagrada a fase executiva, o processo acabou sendo suspenso, ante a ausência de bens dos devedores.

Anos se passaram, e o órfão exequente, agora maior e capaz, decidiu empreender novos esforços em busca da satisfação de seu crédito – que se acumulara ao longo dos anos, vez que contra os incapazes, não corre a prescrição[57]. Nesse sentido, diligenciou e constatou que os devedores executados eram proprietários de um bem imóvel, a saber, a casa onde residiam. Valendo-se da exceção prevista pelo artigo 3º, inciso III, da Lei n.º 8.009, prontamente requereu a penhora do bem, diante da natureza privilegiada de seu crédito, pugnando não ser aplicável a impenhorabilidade do bem de família, no caso em tela.

Convencido, a princípio, o D. Magistrado deferiu o pedido, determinando a penhora do bem, e intimando os executados a respeito da constrição judicial. Devidamente intimados, os devedores se manifestaram nos autos, em defesa da tese de que as circunstâncias que se faziam presentes naqueles autos apontavam para a necessidade de manutenção da impenhorabilidade do bem em questão, e não o inverso. Para tanto, listaram uma série de argumentos, os quais restam elencados abaixo, em breve síntese.

A princípio, suscitaram o fato de que as pensões acumuladas ao longo dos anos haviam perdido seu caráter alimentar, revestindo-se de natureza meramente indenizatória, na esteira do que já se expôs em epígrafe; a título de reforço, também apontaram para o fato de que o credor exequente, durante o lapso temporal havido entre o acidente que vitimara seu genitor e aquele momento presente, havia ascendido socioeconomicamente, sendo incontroverso que desfrutava de situação financeira razoável, que lhe permitia suprir todas as suas necessidades materiais

[57] A redação do artigo 198, inciso I, do Código Civil, é clara e expressa ao determinar que não corre a prescrição contra os incapazes de que trata o artigo 3º do mesmo diploma legal, dentre os quais listam-se os menores de dezesseis anos de idade;

mais básicas, independentemente do recebimento daqueles valores pleiteados. Finalmente, invocaram ainda o artigo 230 da Constituição Federal[58], porquanto ambos eram pessoas idosas, sendo merecedoras do amparo do Estado e da sociedade, além de passarem por aridez financeira que lhes inviabilizava o próprio sustento – mantido apenas graças à ajuda de filhos e familiares próximos.

Em suma, os devedores executados – embora não negassem a dívida em si – buscavam demonstrar que a aplicação do dispositivo legal supostamente capaz de afastar a impenhorabilidade do bem de família, naquele caso específico, longe de se harmonizar com a Constituição Federal, a violaria, diante das peculiaridades do caso.O MM. Juízo, em louvável demonstração de sobriedade e comprometimento com suas funções, diante de tais considerações, voltou atrás, desconstituindo a penhora e deixando de aplicar a exceção infraconstitucional, a fim de privilegiar o próprio texto constitucional.

No início de sua decisão, reconheceu que "Numa análise feita com base na Lei n.º 8.009/90, verifica-se que não é cabível a arguição de bem de família pelos executados pelo fato de o imóvel ser o único de sua propriedade, além de lhes servir de moradia"[59], porquanto, de fato, "grande parte dos créditos executados é oriunda de pensão alimentícia (art. 3º, III)"[60], concluindo que "sob o prisma do bem de família à luz unicamente da Lei n.º 8.009/90, a tese de impenhorabilidade deve ser rechaçada"[61].

No entanto, prosseguiu a fim de "enfrentar a questão sob o aspecto do fundamento estatal da dignidade da pessoa humana"[62] se lembrando ainda do dever por parte do Estado de "amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem estar (art. 230, CF)"[63]. E aqui, imperioso transcrever trecho um pouco mais longo da decisão, eis que já sintética e capaz de ilustrar com maestria as considerações tecidas até agora.

> O Estatuto do Idoso resguarda o direito a uma moradia digna (arts. 37 e 38), acompanhado ou não de seus familiares. Em face desses preceitos, deve sempre ser observado o fim social das normas e do direito de propriedade, garantindo o mínimo existencial. Os executados são pessoas idosas, comprovaram que não possuem outro imóvel além daquele objeto da execução, bem como que recebem o benefício denominado 'amparo social ao idoso'.

[58] Diz o artigo 230 da Constituição Federal de 1988 que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, esta compreendida como uma vida digna, sem dúvidas, à luz do fundamento da dignidade da pessoa humana, a respeito do qual muito já se versou até aqui;
[59] Autos n.º 0001179-19.1994.8.16.0014, 9ª Vara Cível da comarca de Londrina – PR, juiz prolator Aurênio José Arantes de Moura, decisão proferida em 11 de fevereiro de 2015;
[60]Ibid.;
[61]Ibid.;
[62]Ibid.;
[63]Ibid.;

> Importante ressaltar que o benefício de amparo social é concedido com base na Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n.º 8.742/93) ao idoso que não possua condição de se manter por seus próprios meios ou pelo auxílio de seus familiares, sendo estabelecidos rígidos critérios para tanto. Assim, os idosos utilizam o único imóvel para sua moradia, vivem de benefícios assistenciais e, pela própria idade, não possuem condições de buscar novamente o mercado de trabalho para recompor seu patrimônio. Caso alienado o imóvel em que residem, terão de buscar uma moradia de aluguel, a despeito de seus reduzidos rendimentos, ou o favor de alguém que lhes acolha, sendo necessário reconhecer que a manutenção de sua dignidade está diretamente ligada à manutenção da propriedade do imóvel. Por outro lado, os exequentes, ainda que privados do auxílio do marido/genitor vitimado pelo acidente que gerou a demanda, conseguiram se recompor, tendo a autora (...) casado novamente, e o autor (...) conseguido obter boa formação profissional, inclusive constituindo algum patrimônio. Destarte, no presente caso a Lei n.º 8.009/90 deve ter sua interpretação realizada à luz da Constituição Federal e do Estatuto do Idoso, devendo ser excepcionada a própria exceção que permite a penhora do imóvel bem de família em caso de dívida oriunda de pensão quando esta resultará na perda do mínimo existencial dos executados idosos, enquanto os exequentes não mais dependem da execução desse único bem para lhes garantir o mesmo mínimo. Pelo exposto, acolho a alegação de impenhorabilidade do imóvel.[64]

Referida decisão foi, inclusive, confirmada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em sede de agravo de instrumento, transitando em julgado, recentemente. No acórdão, a 8ª Câmara daquele tribunal firmou-se pelo seguinte entendimento:

> Ademais, verifica-se a necessidade de manutenção da decisão exarada em primeiro grau, seja pelo fato do imóvel poder ser considerado como bem de família (...), seja pelo fato de que os executados são idosos e merecem moradia digna nos termos do artigo 37 do Estatuto do Idoso e artigos 6º e 230 da CF."[65]

O órgão julgador de segunda instância, em sua fundamentação, ainda invocou precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

> Processo civil. Direito civil. Execução. Lei 8.009/90. Penhora de bem de família. Devedor não residente em virtude de usufruto vitalício do imóvel em benefício de sua genitora. Direito à moradia como direito fundamental. Dignidade da pessoa humana. Estatuto do idoso. Impenhorabilidade do imóvel.
> 1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumento de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínio existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental.
> 2. A Carta Política, no Capítulo VII (do Título VIII), intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os

[64]Ibid.;
[65] Agravo de Instrumento n.º 1355251-9, 8ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, rel. Dr. Osvaldo Nallim Duarte, votação unânime, julgado em 27 de agosto de 2015, publicado em 16 de setembro de 2015;

> direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família.
> 3. (...) Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990."[66]

O que se busca ilustrar é que a visão do Judiciário sobre o tema, em todas as instâncias, tem sido marcada pelo paradigma neoconstitucional de primazia da Constituição Federal, sobre outras normas infraconstitucionais. Estas sempre devem se harmonizar àquela, ou em não sendo isto possível, dar-lhe lugar, afastando-se, se necessário.

Como dito, se a impenhorabilidade do bem de família constitui exceção às ferramentas disponibilizadas ao credor, em defesa de seu patrimônio, a fim de resguardar o direito fundamental à moradia; e se referido instituto pode ser, por sua vez excepcionado, caso a obrigação em questão vise suprir necessidades ainda mais essenciais à preservação da dignidade humana; então nada mais justo que mesmo tais exceções estejam sujeitas, elas próprias, a outras exceções, sempre no intuito de conferir máxima efetividade ao texto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional,** 17ª edição, São Paulo: EditoraVerbatim, 2013;

ASSIS, Araken de. Manual da Execução, 11ª ed. Ver. ampl. e atual. com a **Reforma Processual** – 2006/2007 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015;

BRASIL**.** Lei n.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973**.Institui o Código de Processo Civil,** Brasília: Congresso Nacional, 2015;

BRASIL. Lei n.º 8.009 de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem**

[66] Recurso Especial n.º 950663/SC, Quarta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Luis Felipe Salomão, votação unânime, julgado em 10 de abril de 2012, publicado em 23 de abril de 2012, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1135810&num_registro=200701063239&data=20120423&formato=PDF; acesso em 17 de novembro de 2015;

de família, Brasília: Congresso Nacional, 2015;

BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil,** Brasília: Congresso Nacional, 2015;

BRASIL. **Recurso Especial n.º 950.663/SC**, Quarta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Luis Felipe Salomão, votação unânime, julgado em 10 de abril de 2012, publicado em 23 de abril de 2012;

BRASIL. **Recurso Especial n.º 1.186.225** – RS, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 02 de setembro de 2012, publicado em 13 de setembro de 2012;

BRASIL. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.216.187/SC**, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, votação unânime, julgado em 14 de maio de 2014, publicado em 30 de maio de 2014;

BRASIL. **Autos n.º 0001179-19.1994.8.16.0014,** 9ª Vara Cível da comarca de Londrina – PR, juiz prolator Aurênio José Arantes de Moura, decisão proferida em 11 de fevereiro de 2015;

BRASIL. **Agravo de Instrumento n.º 1355251-9,** 8ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, rel. Dr. Osvaldo Nallim Duarte, votação unânime, julgado em 27 de agosto de 2015, publicado em 16 de setembro de 2015;

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito:** O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil;

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**, 8ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2004;

CASTRO, Américo Mendes de Oliveira e. **Repertório Enciclopédico do DireitoBrasileiro**, Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1947, Volume V;

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, tradução para o português por Gilmar Ferreira Mendes;

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2015;

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC** – Inovações, Alterações e Supressões Comentadas, 2ª edição, São Paulo: Editora Método, 2015;

NUNES Jr., Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**, São Paulo: Editora Verbatim, 2009;

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**, Volume IX, 4ª edição, São

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974;

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, tradução de L. Cabral de Moncada, Coimbra: Editora Antonio Amado, 1979;

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**, Volume VI, 28ª edição revista e atualizada por Francisco José Cahali, São Paulo: Editora Saraiva, 2004;

SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de Família:** Voluntário e Legal, São Paulo: Editora Saraiva, 2003;

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 5ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2001;

CAPÍTULO VI

A DIVISÃO FUNCIONAL DE PODERES COMO INTRUMENTO GARANTIDOR DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS COM FULCRO NA OBRA A REVOLUÇÃO DOS BICHOS.

Diego Nassif da SILVA[67]
Miguel Carvalho da Silva DIAS[68]

RESUMO: Trata-se de resumo expandido de estudo jurídico-científico, histórico, filosófico político e literário que, baseado na obra 'A Revolução dos Bichos', de George Orwell, objetiva tratar de problemas advindos de um governo totalitário, tais como: abuso de poder, supressão de liberdades individuais, tirania etc. Para tanto, busca delinear a separação de poderes como instrumento preventivo e remediador de tais vícios. Para empreender a pesquisa são utilizados, além da obra supramencionada de George Orwell, material bibliográfico de grandes autores do direito constitucional, da ciência política bem como de destacados filósofos e historiadores. Conclui, preliminarmente, que apesar da separação de poderes não estar pautada sobre um método cientifico, para a obtenção de uma sociedade mais igualitária e justa tem ela inegavelmente papel indispensável na sua consecução.

PALAVRAS-CHAVES: revolução dos bichos; totalitarismo; tirania; separação de poderes.

INTRODUÇÃO

Em 17 de agosto de 1945 George Orwell realizou a publicação da obra 'A Revolução dos Bichos'. A obra é uma fábula-satírica da Revolução Russa, com intuito de denunciar o mito soviético e os vícios decorrentes de um governo totalitário. Esta sua vinculação histórica, contudo, não evita que seja considerada uma referência a análise de várias facetas e experiências

[67] Doutorando, mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor de Direito na Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI). Analista judiciário no TRF-4ª Região.
[68] Graduando em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI). Estagiário do Fórum, Comarca de Ibaiti-PR.

relativas ao abuso de poder, supressão de liberdades individuais, prática da tirania, enfim, diversos dos vícios relacionados a um governo com poderes ilimitados.

A fábula de Orwell, baseada na revolução promovida pelos animais de uma propriedade rural contra os humanos, opressores segundo os princípios da ideologia do Animalismo, apresenta como personagem principal o líder Napoleão, um porco que, presenteado com o antropomorfismo que Orwell atribui a todos os animais de sua fábula, reúne todas as características tipicamente atribuídas a um grande ditador.

Nas palavras de Montesquieu, *"a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele"* e que tudo estaria perdido se um mesmo homem, ou corpo de príncipes, nobres ou de populares exercesse os poderes de criar as leis, de executar as resoluções públicas e o de julgar crimes e querelas particulares (2002, passim). É partindo deste princípio que se procura dar seguimento ao presente trabalho.

DESENVOLVIMENTO

De início, buscar-se-á apresentar alguns trechos da obra 'A Revolução dos Bichos', que evidenciem o caráter de um governo totalitário, fazendo analogia com regimes totalitários reais. Mostrar-se-á, de igual modo, os problemas que decorrem destes tais governos.

Feito esse apanhado histórico, acerca do tema central, a separação de poderes, o estudo buscará explicar a sua origem, suas limitações, o seu valor bem como a classificação de tipos de governo historicamente utilizando como base. A este propósito, cite-se:

> Mesmo que Montesquieu seja o nome mais lembrado em relação à noção de separação de poderes, teria sido Políbio, na sua leitura sobre o governo de Licurgo, o primeiro a relatar a ideia de equilíbrio tensional entre diferentes facções institucionais unidas sob uma mesma matriz governamental. Contudo, foram os iluministas que cuidaram de enriquecer as metáforas do discurso político-filosófico da antiguidade com o raciocínio mecanicista vigente em meio aos séculos XVII e XVIII, criando uma nova linguagem política,pela qual se permitiu avançar para a dinâmica das relações de poder: – não só como a degeneração cíclica das formas puras tal como referido por autores da antiguidade, mas internamente, nas formas mistas, elaboradas para se evitar tais degenerações e instituir um governo perpétuo.
> Na sua origem suposta, com Licurgo, o governo misto previa apenas um contrapeso entre diferentes instâncias de decisão, um rei, um senado e uma assembleia, criando uma situação tensional cuja solução só seria obtida por meio do consenso. Políbio se utiliza da figura da galé com remadores em ambos os lados, criando um equilíbrio tensional que impulsiona a embarcação para frente – e não em círculos. (CAMBI; SILVA, 2012)

Ato contínuo, será apresentado o seu enraizamento em diversas constituições, vinculando-o aos valores de igualdade e liberdade, demonstrando a razão da separação de

poderes favorecer tais valores e os respectivos direitos geralmente a ele vinculados. Longe de abarcar os diversos fatores, como: educação, cultura, acesso a meios de comunicação e informação, certo grau de riqueza e participação ativa do povo, também basilares para uma democracia saudável, empreenderemos esforço em explicar o caráter garantidor de liberdades, decorrentes da divisão funcional de poderes.

Desenvolve-se a pesquisa, tendo em mente a ideia de trazer um instituto de Direito Constitucional que tenha a função de resguardar os direitos individuais e o próprio Estado. Destarte, a pesquisa consubstancia-se em estudo bibliográfica que se veicula através de pesquisa, leitura e análise de documentação doutrinária especializada, bem como, monografias, dissertações, teses, e artigos.Espera-se ao final poder esclarecer, como a separação de poderes pode interferir de maneira positiva, na busca por uma sociedade mais justa, com maior liberdade e igualdade.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusões preliminares, foi possível observar da pesquisa até o momento empreendida que muitos são os fatores condicionantes a um estado democrático, sendo a separação dos poderes um deles.

Como informado, cuidam-se de conclusões preliminares e que carecem do maior aprofundamento conforme pesquisa em curso. Em qualquer caso, desde logo tem-se inequívoco que a divisão funcional de poderes tem importância capital na conquista dos direitos individuais, e também forte influência para que independente do governo, este seja moderado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2016.

CAMBI, Eduardo; SILVA, Diego Nassif da. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. In: **Revista dos Tribunais**, v. 916. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.249-263.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalvez. **Curso de Direito Constitucional.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRIEDE, Reis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**/ Reis Friede. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JUNIOR, João Bosco Araujo Fontes. **Liberdades Fundamentais e Segurança Pública**, Do Direito à imagem ao Direito à Intimidade: A Garantia Constitucional do Efetivo Estado de Inocência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis.** Jean Melville (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2002.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos.** Heitor Aquino Ferreira (Trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

CAPÍTULO VII

A GUARDA COMPARTILHADA COMO MELHOR ALTERNATIVA AOS INTERESSES DO MENOR

LUANA CUSTÓDIO LOPES RAIMUNDO[69]
MARCOS PAULO DOS SANTOS BAHIGMERHEB[70]

RESUMO: Essa pesquisa tem como objetivo esclarecer, desenvolver, demonstrar com nitidez a recente modalidade de guarda enquadrada em nosso ordenamento jurídico, a Guarda Compartilhada, procurando demonstrar os benefícios que tal modalidade oferece tanto na vida dos genitores e especialmente na vida do menor, visando a exposição e comparação de como ocorria antes e atualmente quando se trata de tutela de filhos. Buscará nesta pesquisa o entendimento dos tribunais e doutrinas acerca dos benefícios da guarda compartilhada. Abordar-se á uma breve evolução histórica da guarda no Brasil, os conceitos relevantes para o desenvolvimento da pesquisa. Ressaltando que o trabalho não possui o fito de esgotar toda a matéria, serve de ferramenta para futuras pesquisa a estudantes de direito e aqueles que visam conhecer o assunto sem necessidade de especialização.

PALAVRAS-CHAVE: Genitores, Filhos, Guarda Compartilhada, Evolução, Guarda no Brasil.

INTRODUÇÃO

O corrente trabalho busca esclarecer acerca da guarda compartilhada, discorrendo sobre as mudanças que seu advento acarreta na vida dos envolvidos (genitores e filhos menores), de modo a analisar o enfrentamento desse tema pela doutrina e jurisprudência. Busca-se demonstrar o conceito das modalidades de guarda presentes em nosso ordenamento jurídico e

[69]Aluna do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei de Cornélio Procópio-PR, e-mail: custodio_lc@hotmail.com.
[70] Professor do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei de Cornélio Procópio-PR, e-mail: marcosmerheb@hotmail.com

diferencia-las, descobrindo seus prós e contras na vida do menor envolvido na separação de seus pais.

A tese em questão foi escolhida em virtude do grande número de separações conjugais que vem ocorrendo, e uma grande porcentagem dessas separações envolvem filhos menores, que por muitas vezes ficam apenas com um dos pais, afastando assim da vida familiar, social e afetiva com o outro que não teve sua guarda. Nada obstante, transitar-se á, de forma sucinta, o histórico de modalidades de guarda no Brasil, com intuito de comparar os benefícios das guardas existentes, e o reflexo delas. Neste trabalho, principalmente abordaremos mais a fundo a guarda compartilhada na vida dos filhos.

Utilizando-se sempre do modo comparativo de como era antes do compartilhamento da guarda e como é hoje com a inclusão da guarda compartilhada. Longínquo de desenvolver uma inovação jurídica acerca do tema, com o propósito claro e objetivo apenas de contrastar as diversas modalidades de guarda existentes. Nesta direção, brota a seguinte indagação: o que a guarda compartilhada trouxe de privilegio para a vida do filho menor, quando se trata de separação conjugal? Interessado em aclarar essa incerteza, socorrer-se-á em doutrina e jurisprudência sobre o tema. O método utilizado foi o dedutivo, que parte do geral para o particular e o tipo de pesquisa é a bibliográfica. Como referencial teórico utilizou-se das obras de grandes mestres como Waldir Filho Grisard, Maria Antonieta Pisano Motta, Ana Maria Milano Silva, Jorge Trindade, dentre outros.

Esse artigo está organizado do seguinte modo: introdução; no capítulo dois discorreu-se, de forma sucinta a história da guarda no Brasil; no tópico três, conceituou-se as modalidade de guarda existentes no Brasil, realizando um breve paralelo entre elas, discorrendo ainda sobre a guarda alternativa que excepcionalmente ocorre em nosso ordenamento jurídico; no capítulo quatro, discorremos sobre a guarda compartilhada, as mudanças e seus benefícios; no item cinco, fizemos uma breve explanação sobre alimentos e visitas no que se refere a guarda compartilhada; no tópico seis, buscou-se demonstrar o entendimento dos Tribunais no que diz respeito a guarda compartilhada, por fim desenvolveu-se as considerações finais da presente pesquisa.

1. BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA GUARDA

Silva (2015, p.78), diz que a primeira regra que regulou o destino dos filhos de pais separados foi o Decreto 181, de 1890, que em seu artigo 90 estipulava: "a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará cota que o culpado deverá concorrer para a educação deles...". Segundo a autora o menor deveria ficar com o conjugue que não teve culpa na separação, devendo o outro ajudar na educação de forma onerosa, neste sentido não se dava guarda preferencialmente ao pai, ou a mãe e sim de forma aleatória dependendo sempre do caso em apreço.

Em tempos anteriores o matrimonio era considerado um instituto "sagrado", respeitado pela sociedade, existia um valor moral e social sobre o casamento. Tempos estes onde o cônjuge varão era conhecido como a autoridade máxima, e tinha como incumbência o sustento de sua linhagem. Porem com advento da lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio – objetivava tornar legal a separação de fato, que já estava acontecendo na sociedade. Assim na separação era comum que os filhos ficassem com a mãe e o pai incumbia o sustento, dando início o instituto da guarda. Neste momento a guarda dos filhos começa então ter preferência quando se trata de divórcio, antes era de forma aleatória, de modo que dependia do caso para saber se o filho ficaria com a mãe ou com pai, aqui mãe terá preferência sobre a guarda do filho.

No que tange a origem da guarda compartilhada salienta Leite (1997, p.260) que, a primeira manifestação dessa possibilidade de guarda foi realizada por um Tribunal Inglês, que ocorreu em 1964, no caso Clissol. Salienta ainda que em 1972, a Court d' Appel da Inglaterra, na decisão Jussa X Jussa, reconheceu o valor de guarda conjunta quando os pais estão dispostos a cooperar. Já no direito brasileiro, como consequência da falência de modelo patriarcal e acompanhando toda evolução do direito familiar, e as decisões judiciais que já apontavam para a possibilidade de guarda compartilhada, o artigo 1583, §1º, do Código Civil, com redação dada pela Lei nº 11.698/2008 prevê tal instituto de forma expressa, conceituando-o como "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns que seria".

A evolução social da família vem modificando costumes e valores. Com isso, propiciou o surgimento da guarda compartilhada com a árdua tarefa de reequilibrar os papéis dos pais, uma vez que a sociedade contemporânea reclama um novo modelo de guarda, que atenda aos princípios constitucionais com respeito ao melhor interesse da criança e do adolescente,

atenuando os efeitos negativos da ruptura da sociedade conjugal sobre a formação dos filhos. Sendo então este o objetivo deste trabalho, demonstrar o equilíbrio familiar, social, afetivo, entre os filhos e seus pais separados, quando é possível a guarda compartilhada na separação conjugal, demonstrar a importância para a criança de ter o contato de maneira igualitária tanto com a mãe quanto com o pai.

2. TIPO DE GUARDA EXISTENTES NO BRASIL E UM BREVE PARALELO ENTRE AS MODALIDADES

2.1 GUARDA UNILATERAL

Temos no Brasil a Guarda Unilateral, conforme dispõe o artigo 1583, parágrafo 1º, do Código Civil, com redação dada pela lei 11.698 de 2008, compreende-se por guarda unilateral à atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º). O parágrafo 5º dispõe o seguinte sobre a guarda unilateral:

> A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legitima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.(BRASIL, LEI 10.406,2002)

Guarda unilateral pode ser fixada por consenso ou litígio, Silva (2015, p.127) ressalta que no Brasil, antes da aprovação da lei sobre Guarda Compartilhada predominava a guarda Única, de um só dos progenitores, o qual detém a "guarda física", sempre preponderou a guarda instituída à mãe, Silva alega que a guarda paterna vinha se avolumando, num processo lento. Nesta modalidade de guarda o convívio daquele que não deter a guarda deve ser regulamentado no judiciário para garantir a convivência e organizar a rotina familiar, evitando-se conflitos. Devemos destacar que de forma desigual uma vez que a guarda unilateral não divide o tempo dos filhos com seus pais de forma equilibrada, nesta modalidade de guarda a criança tem mais contato com apenas um dos pais.

Ainda no que tange a guarda unilateral cabe ressaltar que quando o filho é reconhecido somente por um dos genitores, este então ficará com a guarda do menor registrado em seu nome, passa ele a exercer a guarda unilateral, constituindo assim uma família monoparental. Nesta

modalidade de guarda o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não detém a guarda.

A visitação do genitor que não for o guardião por meio regime de visitação judicial o pai ou a mãe que não deter a guarda pode garantir a habitualidade no contato com os filhos. O regime de visitação é utilizado quando a guarda é unilateral e pode ser fixado consensualmente ou em processo litigioso, e neste último caso, requerido inclusive em caráter liminar, a fim de que o contato desde logo seja estabelecido e efetivado, sem precisar aguardar os trâmites normais da ação judicial.

2.2 GUARDA COMPARTILHADA

Outro instituto de guarda é o que se faz tema do atual trabalho, a guarda compartilhada, instituída em 2008, esta surgiu para trazer muitos benefícios aos pais e filhos, atendendo as necessidades que nasceram com as mudanças sociais. Conforme artigo 1583 do Código Civil, as modalidades de guarda são, "a guarda será unilateral ou compartilhada", em seu parágrafo 2º dispõem que: "a guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos" (grifo nosso), este parágrafo enfatiza exatamente a importância do contato dos filhos com ambos os pais. Os pais são igualmente prestigiados na criação de seus filhos, pois a responsabilização conjunta e o convívio equilibrado são os pontos fortes deste tipo de guarda, sendo exatamente este o ponto que pretende-se defender no atual trabalho.

Ainda no parágrafo 3º do mesmo artigo, dispõe sobre outro assunto muito discutido, quando se fala em guarda compartilhada. Este parágrafo esclarece o seguinte, que "a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos", relevante se faz explanar sobre tal assunto uma vez que muitos acreditam que o infante na guarda compartilhada ficará sem uma residência fixa, podendo causar-lhe sofrimentos psicológicos, e não é isso que ocorre, uma vez que tal parágrafo deixa claro o assunto abrangido.

A guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, para com os filhos em comum.

Na guarda compartilhada o que deve prevalecer é o bom senso e a compreensão, inclusive no ajuste do período de convivência. Vale ressaltar que a guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou ainda em medida cautelar de separação de corpo,

durante o curso de uma dessas ações ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, uma vez que a formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui.

Sendo muito relevante nesta modalidade de guarda o tempo de convívio dos filhos tanto com a mãe e com o pai, não sendo nenhum dos genitores lesado, e o mais importante a criança não sairá afetada emocionalmente, uma vez que terá o contato afetivo de modo igual para com ambos genitores. Discorreremos com mais afinco sobre esta modalidade no tópico especifico.

2.3 BREVE PARALELO ENTRE GUARDA UNILATERAL E GUARDA COMPARTILHADA

A interrupção conjugal elabora a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a dificuldade e se aglutina em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário como: visita, alimentos, fiscalização. Sendo assim um dos genitores encarrega-se da guarda no âmbito do desempenho prático, no cuidado diário e outro conserva as faculdades potenciais de atuação. A incumbência de assegurar a cada criança a chance de se desenvolver como membro de uma família, que embora modificada continue sendo um ponto de acolhimento e proteção, torna-se de delicada execução se a guarda é o objeto de disputa entre os pais e sujeita a interesses conflitantes e concorrentes desses adultos.

Cabe ressaltar neste momento a posição de alguns autores sobre uma modalidade de guarda e outra. Vejamos, Waldir Grisard Filho (2000, p.146), defende a seguinte posição, “os pais devem tentar manter constantes o maior número possível de fatores da vida dos filhos após a ruptura”. Grisard (2000, p. 146) é forte opositor da guarda dividida, descreve que é o sistema de visitas que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, o autor defende que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual, até que desapareça.

Ainda no que refere-se a opinião de guarda unilateral Motta (1996, p.7) afirma que a pratica tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Apenas com algumas citações sobre a guarda unilateral já podemos notar o desprezo dos autores sobre tal tutela, que indicam as consequências negativas na vida do infante que tem contato ampliado apenas com um dos pais.

É incontestável que a guarda compartilhada é a melhor opção para vida dos filhos e dos seus genitores, não se pode negar que em alguns casos é sim difícil ou até mesmo impossível de ter a guarda compartilhada, as vezes os pais não tem bom relacionamento podendo até trazer frustrações, repulsa para os filhos. Porem a maioria dos casos o casal separado tem condições psicológicas de aprovar a guarda compartilhada, visando o bem de seus filhos.

Na prática é transparente a dificuldade que o pai ou a mãe não guardião do filho tem, uma vez que a guarda unilateral enseja a facilidade de influenciar na vida da criança, de forma negativa, como exemplo a alienação parental que ocorre com muita facilidade e em grande proporção quando tem-se a guarda unilateral, uma vez que a criança fica a maior parte do tempo com apenas um dos pais, restando ao outro apenas algumas horas de contato, dificultando a afetividade, o relacionamento familiar solido. A guarda compartilhada tende a dificultar atitudes como estas, e até conflitos entre os pais, não permitindo ainda que apenas um dos genitores se sobrecarreguem com a responsabilidade sobre os filhos.

2.4 GUARDA ALTERNADA

Tal modalidade de guarda não foi positivada em nossa legislação civil, conforme pode-se confirmar no artigo 1583 do Código Civil, porem devemos cita-la haja vista que é moderadamente adotada, frequentemente confundida com a guarda compartilhada. Segundo Grisard Filho, a guarda alternada é caracterizada pela possibilidade de cada um dos pais ter aguarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes que integram o poder paternal. No termo do período os papeis invertem-se.

Sendo algo variável não se considerando o bem estar da criança, deixando irrelevante o melhor interesse do infante. Assim não se considera esta a modalidade de guarda compartilhada, uma vez que apenas um deles, em determinado tempo detêm a guarda total e unilateral do filho que se encontra sob seu poder.

Vale ressaltar que apesar de aplicável em casos concretos específicos, a doutrina tem se mostrado vigorosamente contra o uso desta modalidade, entendendo versar de um egoísmo dos pais, que tratam os filhos como se objetos fossem, passiveis de divisão de tempo e espaço, afrontando o melhor interesse da criança, apenas preocupando com o melhor interesse, tempo

e oportunidade dos pais, não dando privilegio algum para o menor. Diferente da guarda compartilhada que busca o bem-estar do menor sempre.

3. GUARDA COMPARTILHADA, MUDANÇAS E BENEFÍCIOS

Como já mencionamos acima sobre o que vem a ser a guarda compartilhada, apenas reafirmaremos alguns pontos específicos desta. O principal ponto deste trabalho é demonstrar como a guarda compartilhada busca atenuar o impacto negativo do rompimento conjugal, enquanto conservam os dois pais envolvidos na criação dos filhos, permitindo o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto. Assim, os filhos seguem unidos com os pais, de modo que a família não seja destruída por inteiro, minimizando um possível impacto psicológico, emocional, social e afetivo na vida da criança.

A Guarda compartilhada reserva aos pais o direito de participar das decisões importantes que se referem aos filhos. Nesta modalidade de guarda os filhos podem ser assistidos por ambos os pais, tendo estes, efetiva e equivalente autoridade sobre seus filhos, ponto este que diferencia da guarda unilateral, onde apenas um dos pais tem o direito de participar das decisões que envolvam os filhos e apenas um deles permanecem com a autoridade sobre os filhos.

Vale ressaltar que a guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial, como já havíamos explanado anteriormente. Cabe destacar que mesmo quem tenha definido a guarda unilateral antes do advento da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, pode pleitear a alteração. Importante frisar que cabe ao juiz informar o significado e a importância da guarda compartilhada aos pais, sempre dando preferência a esta modalidade de guarda. O artigo 1584 em seu parágrafo 2º afirma que:

> Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto a guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.(BRASIL, LEI 10.406,2002).

Sendo assim fica claro que quando os pais não opinarem sobre a guarda a preferência será a guarda compartilhada, neste momento cabe relevar que esta é a mudança que a lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 trouxe para o ordenamento jurídico, antes do advento desta lei o guarda que era mais utilizada nos casos de separação de forma preferencial era a unilateral,

porem a guarda compartilhada passou a ter favoritismo. Tendo em vista os benefícios que esta modalidade de guarda acarreta para vida da criança e também dos genitores.

Neste sentido colacionam-se os ensinamentos da ex-desembargadora e advogada Maria Berenice Dias,

> (...) a regra passou a ser a guarda compartilhada. Sua adoção não mais fica a mercê de acordos firmados entre os pais, e sim contemplados expressamente na norma legal, sob pena de se transformar em instituto destituído de efetividade. A tendência ainda é não acreditar que o compartilhamento da guarda gere efeitos positivos se decorrer de determinação judicial, sob a justificativa de que é necessário o consenso entre as partes. Porém, a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser sim a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo filhos. Na verdade, a guarda única apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos. (DIAS)

Silva (2015, p.66) explana que a noção da guarda compartilhada surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse para privilegiar a criança, nomeio de uma sociedade que agora mostra tendência igualitária. A guarda compartilhada é um dos meios de exercício da autoridade parental, é uma convocação dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental. Busca restaurar o equilíbrio dos direitos familiares. Principal motivo para que se eleve e priorize tal modalidade de guarda.

Um dos benefícios alcançados através da guarda é o incentivo que ambos os genitores obtém através desta para participarem de forma igualitária da convivência, da educação e da responsabilidade pela prole. Grisard Filho (2000,p. 148) apresenta na guarda compartilhada as vantagens não somente aos filhos, mas também aos pais, além de trazer melhoras no convívio dos pais com filhos, o autor destaca que a guarda compartilhada oferece aos ex-cônjuges a possibilidade de reconstrução de suas vidas pessoais, profissionais, sociais e psicológicas. Segundo o autor apenas 25% das mães que frui da guarda unilateral constitui novas famílias, enquanto 45% das mães que goza da guarda compartilhada formam nova família.

O psicanalista Evandro Luís Silva, manifesta-se no sentido de que, mesmo em litígio, a guarda compartilhada ainda se apresenta como solução mais adequada aos filhos. É o que sustenta em artigo publicado, vejamos:

> Os filhos precisam conhecer individualmente cada um dos progenitores, independentemente da ideia que um progenitor faça do outro, ou seja, que a criança forme sua própria verdade na relação com seus pais. Os problemas que os litígios causariam, não modificariam com o tipo de guarda. E, para que as crianças conheçam intimamente seus pais, não bastam algumas

> horas de visita, mas sim um contato íntimo, como passar a noite, ser levada aos compromissos, fazer as tarefas de aulas.

Silva (2015, p. 121), descreve que a lei define guarda compartilhada como um sistema de corresponsabilização do dever familiar entre os pais, em caso de ruptura conjugal ou da convivência, em que os pais participam igualmente da guarda material dos filhos, bem como os direitos e deveres emergentes do poder familiar. Segundo Silva (2015, p. 122), a guarda compartilhada, concede aos pais a possibilidade de continuarem agindo enquanto na constância do casamento, dividindo as responsabilidades nas decisões importantes a respeito dos filhos.

Como se pode notar é grande o entendimento dos autores em favor da guarda compartilhada, vários são os pareceres de que os benefícios da guarda compartilhada na vida da criança são inúmeros, garantindo sempre os direitos das crianças e também dos pais, de forma que condiciona aos pais o prestigio igualitário de estar presente na vida, formação e criação dos filhos. Outro ponto de grande valia é que a guarda compartilhada poderá ser requerida por parentes, conforme decisão do STJ, parentes os quais vivam com a criança ou adolescente.

Vejamos o que nos diz o parágrafo 5º do artigo 1584 do Código Civil, "se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferira a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade". Como já demonstrado no decorrer desta pesquisa, a guarda compartilhada tem o diferencial uma vez que é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livre a ambos, a separação conjugal não pode ser sinônimo de separação de pais e filhos, a guarda compartilhada tem o intuito de preservar relacionamento dos filhos com ambos os pais.

O que não acontece na guarda unilateral como discorremos em outro tópico, a guarda unilateral tira da criança o direito de convivência, contato, carinho, afeto, união com um dos pais do mesmo modo que mantém com o guardião. A guarda compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, assim, o genitor que não detém a guarda material não se limitará a supervisionar a educação dos filhos, mas ambos os pais terão efetiva e equivalente autoridade parental para tomarem decisões importantes ao bem estar de seus filhos. Esta é a principal questão que devemos frisar desta modalidade de guarda, a importância de dar aos pais proporcional oportunidade de estar com seus filhos, e aos filhos o direito de proporcional convívio com ambos os pais.

4. PENSÃO ALIMENTÍCIA NA GUARDA COMPARTILHADA E VISITA

Devemos discorrer neste tópico um assunto tanto quanto confuso para muitos, uma vez que pouco se sabe sobre a guarda compartilhada, muitos acham que o fato de adotar a guarda compartilhada faz com que o genitor possa se eximir do compromisso de alimentos. A obrigação alimentar dos pais para com os filhos esta prevista no artigo 1566, inciso IV do Código Civil, englobando sustento, guarda e educação, o artigo 1696 do mesmo código diz que os alimentos são recíprocos entre pais e filhos e extensivos a todos ascendentes.

A Lei do Divórcio traz um único e genérico dispositivo sobre alimentos, artigo 20, dispondo que para manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos. Segunda Silva (2015, p. 131) se na família, enquanto unida, ambos os genitores concorriam, na proporção de seus recursos, para a necessidade de todos, incluindo-se aí o sustento e educação da prole, na família decomposta o mesmo proceder é de ser exigido.

A ideia de que durante a guarda compartilhada não se faz necessário perdurar a pensão alimentícia é incorreta, muito embora as decisões a respeito dos filhos sejam em conjunto, a guarda fica com apenas um dos pais, assim o que não ficou com a guarda cabe a obrigação de auxiliar financeiramente. Silva (2015, p.135) afirma que reside uma vantagem na guarda compartilhada no aspecto dos alimentos, por meio de manter os estreitos laços afetivos entre pais e filhos, estimula o genitor não guardião ao cumprimento do dever de alimentos que lhe cabe, pois, com efeito, quanto mais o pai se afasta do filho, menos lhe parece evidente sua obrigação quanto ao pagamento da pensão.

Podemos destacar aqui outro ponto privilegiado de se adotar a guarda compartilhada, o genitor não será levado aos tribunais frequentemente para ser cobrado, em processos dolorosos aos filhos, acarretando-lhes sequelas negativas ao desenvolvimento psicológico e emocional, uma vez que a criança tem a noção de que o genitor pode ser preso por culpa da genitora que o levou a justiça, a guarda compartilhada conforme Silva dispõe permite aos pais o maior contato fazendo com que o genitor não guardião cumpra seu dever financeiro com dedicação.

No entanto a divisão dos gastos na criação dos filhos é proporcional, conforme as condições financeiras de cada um dos pais, tendo se em consideração o que foi anteriormente acordado. Dessa maneira além de dividirem os cuidados e as principais decisões sobre os filhos, os pais também devem dividir as despesas. Importante ressaltar que as consequências para aquele que descumprir o acordado, são as mesmas da guarda unilateral, podendo sofrer

execução até com a possibilidade de ver sua prisão decretada, ainda tendo seu nome no cadastro de devedores de pensão alimentícia.

Destarte, ainda que um dos genitores faça o pedido de guarda compartilhada ao juiz, o pagamento da pensão alimentícia subsistirá. Não confundindo o real benefício da guarda compartilhada, que é alcançar o bem estar da criança e do adolescente e não a desobrigação financeira do genitor.

4.1 VISITAS

Uma breve explanação sobre o processo de visitas na guarda compartilhada, embora seja algo comum e não inovador, mister se faz ressaltar afim de que cubra as possíveis dúvidas acerca do tema, Leite (1997, p. 260) entende que, quanto maior o entendimento entre os ex cônjuges, melhor a solução a ser encontrada em matéria de alimentos, Silva (2015) utiliza deste pensamento de Leite para elucidar que o mesmo pode dizer a respeito das visitas, seguindo idêntica linha de raciocínio. Prevalecendo o concreto entendimento entre os genitores.

Assim dispõe o artigo 1589 do Código Civil, "o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação."

Segundo Silva (2015, p. 123), os pais possuem o direito de visitar os filhos na medida do acordado ou decidido pelo juiz. Essa providencia assegura a permanência dos laços afetivos entre pais e filhos, fragilizados pela separação. Devemos frisar que somente o interesse do menor autoriza a vedação ao direito de visita. Neste entendimento veremos o artigo 13 da Lei de Divórcio,

> Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

Ainda sobre o mesmo tema podemos citar o artigo 1586 do Código Civil que dispõe em igual teor ao artigo supra. Eduardo de Oliveira Leite (1997, p. 265) exprime que:

> O direito de visita não é um "direito" dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõe aquele genitor que se vê privado da presença continua do filho.

Diante do exposto necessário se faz inserir o entendimento de Silvio Neves Batista (2000, p.283), "a principal diferença entre o direito subjetivo e o poder-dever é que enquanto o direito subjetivo destina-se a realização de um interesse do próprio titular, o poder–dever é sempre exercido no interesse alheio". Sendo assim deve-se entender que o poder-dever nos casos de guarda deve sempre prevalecer, o interesse dos filhos é o que existe de mais importante em qualquer situação, principalmente em uma situação de separação conjugal, onde os laços afetivos enfraquecem e muitas vezes as crianças envolvidas se sentem como se não houvesse um "porto seguro", para protegê-las, acolhê-las, amá-las, fazendo com que necessitem muito mais de alguém ao seu lado.

Sempre que versar sobre assuntos que envolvam filhos, separações, devemos colocar no ápice o maior interessado, os filhos, buscando sempre anteder da melhor maneira possível suas necessidades.

5. JURISPRUDÊNCIA SOBRE GUARDA COMPARTILHADA

No que diz respeito às jurisprudências, nota-se que é exatamente o diálogo entre os genitores que possibilitará o pleno exercício da guarda compartilhada. Sendo considerado para o consentimento da guarda compartilhada o bom relacionamento entre os pais.

Geralmente as partes concordam com a audiência de tentativa de conciliação, que, quando resultam frutíferas, estatui clausulas a guarda materna, visitas quinzenais para o pai e sua obrigação alimentar. Merece destaque jurisprudências como as abaixo destacadas, dando o devido reconhecimento e valor a guarda compartilhada na vida da criança e do adolescente1. Vejamos:

> Civil e processual civil. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver

> consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.
>
> (STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014)

Podemos notar a importância da guarda compartilhada sendo considerada até pelos tribunais, sendo considerada como ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados. Vejamos ainda outra jurisprudência no mesmo sentido,

> Apelação cível. Guarda compartilhada. Regra. Ampliação do convívio. A convivência do pai com a filha é direito desta mostrando-se adequado que ambos os pais compartilhem as decisões relativas à menina. Nos termos do art. 1.584, § 2º, CC, mesmo quando não houver acordo entre os genitores quanto à guarda da filha, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada. Diante da disponibilidade da parte, amplia-se o convívio familiar. Apelo provido (Apelação Cível Nº 70066453358, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 12/11/2015).
> (TJ-RS - AC: 70066453358 RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Data de Julgamento: 12/11/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/11/2015)

Esta jurisprudência ressalta o direito de ambos os pais compartilharem decisões relativas aos filhos, não considerando o acordo entre os genitores, destacando o maior interesse do menor. A jurisprudência citada a seguir refere-se também aos alimentos, ponto esse de grande valia no que tange a guarda compartilhada, vejamos o entendimento do tribunal quanto aos alimentos uma vez que existe a guarda compartilhada,

> Família. Alimentos. Redução. Cabimento. Guarda compartilhada. Requisitos. Procedência. - Reduz-se os alimentos fixados na sentença, sobretudo porque estão presentes os requisitos para a guarda compartilhada do menor, o que implicará maiores gastos por parte do genitor. - Não existindo animosidade entre os pais e se a criança, desde tenra idade, permaneceu de forma consensual e por períodos distintos com ambos, que residem próximo um do outro, é cabível a guarda compartilhada.(TJ-MG - AC: 10231120075495001 MG, Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 22/10/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data d e Publicação: 31/10/2013)

Através desta breve analise de jurisprudências, podemos afirmar que a lei da guarda compartilhada está sendo, lentamente, observada em nossos Tribunais, alicerçando ao princípio do melhor interesse da criança, segundo seus benefícios.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar os benefícios da guarda compartilhada na vida das crianças em casos de separação dos pais. Tendo como base comparações entre a guarda unilateral e a guarda compartilhada, sempre considerando o bem estar da criança e do adolescente, que em separações são os pontos mais frágeis, sofrendo com a distância de um dos genitores, sendo afastado afetivamente, socialmente, de um dos pais.

Procurando constatar a importância do contato de modo igual entre os pais, não fragilizando um dos genitores com a distância e com o pouco relacionamento com filho. A guarda compartilhada é apenas uma das mudanças no ordenamento jurídico que busca se adaptar à evolução da sociedade nas relações familiares, com intuito de atender as necessidades sociais atuais.

Possível perceber através desta pesquisa que a guarda compartilhada busca a igualdade entre o homem e mulher, não deixando apenas a mãe como única responsável pelo filho e ao pai o simples direito-dever de visitas e obrigações financeiras que muitas vezes não são cumpridas, como é na guarda unilateral, esta modalidade de guarda alcança a igualdade de zelo, afeto, carinho, responsabilidade, cuidados com os filhos pelos pais.

A guarda compartilhada estimula a cooperação entre os pais, o que acaba por beneficiar os filhos já que tende a diminuir, ao longo do tempo, os conflitos, ao mesmo tempo em que traz grande satisfação ao pai por se sentir participante da vida dos filhos. A guarda compartilhada tende a facilitar a comunicação entre todos os membros da família, o que, por sua vez coloca os pais menos sujeitos aos desejos de manipulação dos filhos, como também evita que os pais usem-nos como meio de pressão sobre o ex cônjuge.

Quando estudamos a fundo sobre esse tema de guarda compartilhada também notamos o auxílio positivo no que se trata da alienação parental, uma vez que a guarda compartilhada distancia a possibilidade de um dos cônjuges, pelo privilégio de ter um maior tempo com a prole, como é na guarda unilateral, convencer a criança de que o pai ou mãe (o não guardião) não está se importando com ela, de que não gosta da criança, fazendo injustas acusações e prejudicando o psicológico do infante, o que reflete grandiosamente na vida social, afetiva do menor, lesando os estudos, o desenvolvimento para fase adulta, acarretando sérios riscos daquela criança se tornar um adulto com doenças psicológicas e mentais.

O compartilhamento de todas as responsabilidades sobre os filhos e não só financeira evita sentimento de injustiça e revolta por parte dos genitores, bem como não sobrecarrega apenas um deles. Um dos pontos que devemos destacar aqui é a diferença da guarda

compartilhada e a alternada como trabalhamos anteriormente. A residência é única, junto ao genitor guardião o qual detém a guarda física. Diferenciando pelas atribuições conjuntas de ambos os genitores para a tomada de decisões a respeito da criança. Optou-se por mostrar as vantagens da guarda compartilhada a cada parte deste trabalho e por isso seria redundante, estender em considerações repetitivas sobre os pontos que tornam eficiente a aplicação desta modalidade de guarda.

Como conclusão desta pesquisa é de grande valia citarmos Ana Maria Milano Silva, em sua obra A lei sobre Guarda Compartilhada (2015, p.203), que diz o seguinte, "é essencial, como remate a tudo que procuramos transmitir, lembrar que, se após o rompimento da família não há mais marido e a mulher, devem persistir, ao menos, pai e mãe".

O presente estudo não possui a pretensão de esgotar o tema, muito menos promover inovação doutrinária, visa apenas demonstrar os benefícios da guarda compartilhada, na vida do infante, e também dos genitores, buscando-se sempre o bem social, afetivo e familiar para a prole, que com a separação dos pais não deixou de existir entre estes, e precisa muito de tê-los de modo igualitário no decorrer de suas vidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Silvio Neves. **Guarda e Direito de Visita**. São Paulo, 2000.

BRASIL, **Lei 6.515, de 26 de Dezembro de 1977**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26 dez. 1977.

BRASIL, **Lei 11.698, de 13 de junho de 2008**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. DF, 13 jun. 2008.

BRASIL, **Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. DF, 22 dez 2014.

BRASIL, **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. DF, 10 jan. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada uma novidade bem-vinda**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_603)1__guarda_compartilhada_uma_novidade_bemvinda.pdf. Acesso em: 02 jun. 2016.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª Ed. rev. Atual e amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

JURISPRUDENCIAS. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso aos 22 de junho de 2016.06.22.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada: uma solução possível**. Revista Literária do direito, São Paulo, ano 2, n. 9, jan./fev. 1996.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997, p. 366

SILVA, Ana Milando. **A Lei sobre guarda compartilhada**. 4ªed. Editora Jhmizuno. 2015.

SILVA, Evandro Luis**. Guarda compartilhada a importância de ambos os pais na vida dos filhos**. Disponível em: http://www.apase.org.br/91004-gc-aimportancia.htm. Acesso em: 02 jun. 2016.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

CAPÍTULO VIII

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RELACIONADA AO DIREITO À ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

MAR COS PAULO S. B. MERHEB[71]
RICARDO HADDAD[72]
SILVIA MACHADO DE AGUIAR[73]

RESUMO: O presente artigo trata dos direitos da pessoa com deficiência, especificadamente do direito a acessibilidade. O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi instituído pela Lei nº 13.146/2015 e entrou em vigor em 2016 para assegurar ainda mais a inclusão das pessoas com deficiência à sociedade, porém, muito antes esse assunto já era tratado. Ao entrar em vigor, a mesma fez alterações na Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92. O nosso estudo é voltado ao acréscimo do inciso IX ao artigo 11 da Lei mencionada, que configura ato de improbidade administrativa aos agentes públicos que não observarem as exigências quanto à acessibilidade, constantes do Estatuto da Pessoa com Deficiência. De tal importância esse quesito que alterou a Lei de Improbidade Administrativa. Ver-se-á no presente artigo, o papel do administrador público e sua responsabilidade perante as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, bem como a improbidade administrativa que poderá caracterizar pelo não cumprimento aos requisitos relacionados à acessibilidade previstos em Lei.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com Deficiência; Estatuto; Acessibilidade; Agentes públicos; Improbidade Administrativa;

INTRODUÇÃO

O direito à acessibilidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida deve ser encarado como um direito fundamental inerente à pessoa humana, e que a partir de 2015 passou a ter previsão legal.

[71] Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei – FACCREI, e-mail marcosmerheb@hotmail.com
[72] Professor do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei - FACCREI, e-mail richaddad@hotmail.com
[73] Aluna do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei – FACCREI, e-mailsilvinhaaguiar@hotmail.com

Pessoas com deficiências físicas são sujeitos que possuem comprometimento com a locomoção devido à gravidade da lesão. Muitos foram os avanços ocorridos para que os mesmos fossem incluídos de acordo com sua realidade. Anteriormente a Lei brasileira, a Organização das Nações Unidas por meio da Assembleia Geral no ano 1948 proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos na qual dizia que todo ser humano é igual em direitos e deveres, além do uso de termos tais como a dignidade humana, educação e liberdade. O intuito, desde aquela época, já era o de inclusão das pessoas com deficiência.

No Brasil, o Estatuto da pessoa com deficiência foi instituído pela Lei nº 13.146/2015 e com ela a inclusão dessas pessoas na sociedade. Incluir na sociedade significa que a mesma deve estar preparada para acolhê-las, bem como criar condições para que a pessoa com deficiência possa se locomover de forma acessível, independente e exercer os direitos de cidadania e participação social.

A Administração Pública possui responsabilidade em aplicar a nova Lei, garantindo a inclusão social do deficiente físico, bem como o dever de zelar pelo bem estar e acessibilidade do mesmo, devendo o agente público se ater as normas e requisitos descritos na Lei, tais como a obrigatoriedade em construir prédios públicos ou reformar os antigos com condições que dão acesso às pessoas com deficiência ou aqueles que possuem mobilidade reduzida, sob pena de descumprir a Lei sobre a inclusão da pessoa com deficiência.

O não cumprimento da Lei gera improbidade administrativa, ou seja, infração política/administrativa praticada por agente público e/ou político no exercício da função da Administração Pública. A Lei de Improbidade Administrativa prevê vários atos relacionados à improbidade administrativa e foi alterada com a sanção do Estatuto, já mencionado. O artigo 11 da Lei nº 8.429/92, que trata da improbidade administrativa referente aos princípios da Administração Pública, foi acrescido pelo inciso IX, no qual configura ato de improbidade administrativa a questão de "deixar de cumprir os requisitos de acessibilidade". Sendo comprovada a prática de um ato de improbidade administrativa, pelo não cumprimento ao inciso mencionado, o aplicador da pena deverá analisar o dolo da prática do ato.

Os escritos demonstram que a realidade é explícita. Aqueles que praticam atos de improbidade contra os Princípios da Administração Pública, especialmente referente ao não cumprimento aos requisitos de acessibilidade, deverão ser penalizados. Tal pesquisa possui caráter bibliográfico onde, autores como Carvalho Filho (2014), Marcelo Harger (2015) e Mirian Célia Catellain Guebert (2007),descrevem o tema e nos ajudam a entender que o Estatuto da Pessoa com Deficiência é um avanço para que os direitos dessas pessoas sejam

assegurados. No decorrer do estudo serão utilizados outros autores, de acordo com a necessidade e amplitude do tema. O estudo é voltado especialmente à análise do inciso IX, inserido ao artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Norteará os estudantes de direito em sua prática no mundo jurídico, aos agentes públicos para que os mesmos tenham conhecimento da importância da implementação das exigências da Lei nº 13.146/2015 e à sociedade de tal forma que a mesma se adeque as circunstâncias da inclusão da acessibilidade.

1. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O pressuposto de partida está em descrever e apresentar pessoas com deficiência. Quando descrevemos tais pessoas, precisamos entender que em determinado momento de suas vidas aconteceu algo que os levaram a serem ou tornarem-se deficientes, seja pela má formação genética ou acidental. Os seres humanos merecem ser incluídos na sociedade, mas historicamente e socialmente muitas foram as lutas para a inclusão das pessoas com deficiência.

Legalmente, as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, estão inclusas na sociedade, agindo para ampliarem seu status e papel social. "O termo 'pessoas deficientes' refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais". (Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 09 de dezembro de 1975, apud Ribas, 1985, p. 03 e 04).

Neste contexto entendemos que uma pessoa deficiente apresenta problemas em seu estilo de locomover-se. Compreende-se que o desenvolvimento cognitivo, dependendo da gravidade da lesão, não é afetado.

Dutra, (2006, p. 11) diz:

> A deficiência física refere-se ao comprometimento do aparelho locomotor que compreende o sistema osteo articular, o sistema muscular e o sistema nervos. As doenças ou lesões que afetam quaisquer desses sistemas, isoladamente ou em conjunto, podem produzir quadros de limitações físicas de grau e gravidade variáveis.

Muitas pessoas que são afetadas pela deficiência física apresentam “leve cambalear no andar, necessidades de muleta, ou de cadeira de rodas, incluído o uso das cadeiras motorizadas.” (Dutra 2006, p. 13). Então essas pessoas com deficiência, fazem parte da sociedade,

trabalhando, atuando para transformá-la. A OMS (Organização Mundial de Saúde) diz que "apenas 2% deles recebem atendimento especializado, público ou privado" (Dutra, 2006, p. 12). Agindo economicamente, estão inseridas na sociedade. Muitos acreditam que seja difícil incluir pessoas com deficiência no mercado de trabalho, no mercado social e no mercado público.

1.1 HISTÓRICO

Devido aos avanços sociais, políticos, jurídicos, legais, as pessoas deficientes estão inseridas atualmente no mercado de trabalho. Mas, historicamente, muitos foram os processos que aconteceram para que ocorresse tal inclusão. Tudo começou na Grécia antiga, onde os deficientes físicos estavam "atrelados a sobrevivência". (Mandalozzo et. al., 2015, p. 11). Já quando Aristóteles e Platão consideravam "homem virtuoso, no período clássico"(Idem, 2015, p. 11), os deficientes não estavam incluídos nesta concepção social. Na Idade Média a deficiência "liga-se a elementos espirituais" e embora estes fossem "acolhidos pelas instituições religiosas, sua existência ficava ainda à margem não sendo-lhes reconhecida uma igualdade de direitos" (Mandalozzo et. al. 2015, p. 11).

Chegamos ao período da segunda guerra mundial, onde "discutia-se as possibilidades de eliminação dos incapacitados com vistas a economia e a purificação racial" (Mandalozzo et. al, 2015, p. 11), portanto os deficientes não estavam incluídos neste contexto. Com o advento da Idade Moderna e a revolução industrial a concepção de que deficiência não tem lugar no mundo do trabalho, pois, representa o equipamento falho ou com peças faltantes (Mandalozzo et. al, 2015, p. 11). Foi no século XX que houve uma ênfase na proteção dos direitos humanos, onde faz-se necessário uma descrição detalhada em nossos escritos sobre a Organização das Nações Unidas, e esta será seguidamente, mas neste processo histórico aconteceu uma "nova percepção da deficiência determinando o surgimento de medidas ante- discriminatórias" (Mandalozzo et. al. 2015, p. 12).

Em âmbito internacional no ano de 1948, foi realizada a Assembleia Geral das Nações Unidas, proclamando assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual reconhece que:

> Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos...(Art. 1)...sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, , de opinião política, ou outra, de origem nacional, ou social...(Art. 2). Em seu artigo 7... proclama que

> "todos são iguais perante a lei e, sem distinção, tem direito a igual proteção da lei". (Dutra, 2006, p. 14).

Em território brasileiro, a Constituição Federal de 1988, "os municípios foram contemplados com autonomia política para tomar as decisões e implantar recursos e processos necessários para garantir a melhor qualidade de vida para os cidadãos que neles residem" (Dutra, 2006, p. 18). Avanços pequenos, mas tornando-se significativos para as pessoas com deficiência, e todos os cidadãos.

Seguindo, chegamos ao ano de 1994, onde na cidade de Salamanca (Espanha), no mês de Junho, foi realizada pela UNESCO, a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais: Acesso e Qualidade. Nesta conferência o objetivo maior foi discutir sobre os alunos com necessidades educativas especiais. Dentre muitas metas relacionadas a escola e aos alunos, ficou claro que a os governos iram "adotar, com força de lei ou como política o princípio da educação integrada, que permita a matrícula de todas as crianças em escolas comuns" (Dutra, 2006, p. 16). Sendo assim, no contexto educacional a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional Brasileira (LDBN/9.394/96), no ano de 1996 adentra com os seguintes dizeres na parte específica da educação especial:

> Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

Observamos que dentro da sociedade educacional a preocupação com as pessoas com deficiência torna-se cada dia mais relevante. Outros decretos e leis foram acrescentados durante os anos. Com o Decreto n° 3.298 do ano de 1999, a integração da pessoa portadora de deficiência, é entendido no inciso III, a respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade, por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos (Dutra, 2006, p. 20).

Adentra-se então o ano 2000 com mais amplitude e respeito pelas pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, por meio das leis, tais como, Lei n° 10.048/2000 e a Lei n°10.098/2000. A primeira aborda, "a prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências", essas pessoas são, "as pessoas com portadoras de deficiência" (ARNS, 2005, p. 41). A segunda, "estabelece normas gerias e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras

providências". (Idem, p. 45), sendo que o Decreto n°5. 296 de 02 de Dezembro de 2004, regulamenta as duas leis citadas acima.

Nosso país no ano de 2001, através do Decreto n° 3956, de 08 de Outubro, promulgou a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. O Brasil comprometeu-se à:

> Tomar medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade (...). (Dutra, 2006, p. 21 e 22).

Avanços históricos e legislativos foram necessários para que os seres humanos, deficientes físicos fossem reconhecidos e valorizados socialmente. Muitas foram as lutas advindas deste processo de inclusão social, onde governantes, políticos, e agentes públicos fizessem cumprir as leis relacionadas a portadores de deficiência. Neste, a Lei n° 13. 146 de 06 de Julho de 2015, onde "Institui a Lei Brasileira de Inclusão de Pessoa com Deficiência", para ampliarmos nossa capacidade social de aceitarmos tais pessoas em ambientes públicos e sociais.

Com os avanços legais, perante a sociedade, tais pessoas devem ser incluídas em todos os âmbitos. Nas palavras de Guebert (2007), entendemos que a inclusão é algo muito mais além do que temos conhecimento dos nossos valores socialmente construídos. A autora afirma, que:

> A inclusão não é apenas um processo destinado às pessoas com necessidades especiais, mas, sim, a quaisquer mecanismos que necessitem de adequações, sejam eles de ordem: curricular, física, metodológica e, até mesmo, afetiva para transformarem-se enquanto agentes sociais(p. 23).

Questionamentos que nos levam a refletir sobre como será a atuação e inserção dos mesmos na sociedade se estes possuem uma limitação. A inserção dessas pessoas deve acontecer, pois todos devem ser respeitados e valorizados, pois "esse processo (a inclusão) necessita de ações eficazes que garantam o desenvolvimento intelectual, social, afetivo e profissional da clientela a qual se destina" (Guebert, 2007, p. 21).

A análise da Lei n° 13. 146 de 06 de Julho de 2015 encontram-se como o foco primordial deste processo, onde será necessária uma amplitude de entendimento da mesma para aplicá-la socialmente, onde, as pessoas com deficiência estão amparadas legalmente.

1.2 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A ONU foi criada com intuito de estabelecer a harmonia estatal dos países que se incorporavam a esta organização, por isso, a mesma é uma organização intergovernamental. Diversos países fazem parte desta organização, incluindo o Brasil. A Organização das Nações Unidas "foi fundada oficialmente a 24 de Outubro de 1945, em São Francisco, Califórnia, por 51 países, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial"(Costa 2012, p. 979).

Anteriormente a ONU, havia a "Liga das Nações", onde seu objetivo era "promover a cooperação internacional e conseguir a paz e a segurança". (Idem, p. 979). Mas foi extinta, dando espaço para uma nova perspectiva internacional. Esta foi criada na época da Primeira Guerra Mundial em conformidade ao Tratado de Versalhes, no ano de 1919. Costa, 2012, nos diz que no ano de 2006, a ONU tem 192 estados membros, cada um dos países soberanos internacionalmente reconhecidos, exceto o Vaticano. (p. 979). Em nosso País, a representação acontece desde "o ano de 1950, quando o UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância e a OIT – Organização Internacional do Trabalho começaram seu trabalho"(Idem, p. 979).

No ano de 1948, o Brasil fez parte da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, contribuindo nas palavras de Dutra (2006), "na elaboração das políticas públicas internas"(p. 14). E foi nesse ano que aconteceu "um dos feitos mais destacáveis da ONU é a proclamação da Declaração Universal de Direitos Humanos". (Costa, 2012, p. 979). Entendemos que:

> A Declaração Universal de Direitos Humanos se distingue das tradicionais Cartas de direitos humanos que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais dos séculos XVIII e XIX e começo do século XX, na medida em que ela consagra apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação (Louis B. Shon e Thomas Buergenthal apud Piovesan, 2008, p. 22).

Nesta Declaração encontramos que "Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos" (Dutra, 2006, p. 14), tal declaração encontra-se em seu artigo 1°, onde se entende que todos são iguais, e todos têm direitos igualitários. Em seu artigo 2° diz, "sem distinção alguma nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna de nascimento ou de qualquer outra situação"(Idem, p. 14), então, entende-se que não importa a situação que a pessoa se encontra, a mesma é igual à todo ser humano.

Seguimos com o artigo 7°, que diz "todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei" (Dutra, 2006, p. 14). Neste, a igualdade é contemplada para todos, afirmando serem protegidos, por meio legal. A educação aparece explicita no artigo 26°,

onde no item I diz: "Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado"(Dutra, 2006, p. 14).

Ora, tal declaração inserida neste item, está assumindo um papel social primordial para o desenvolvimento do país, já que, a educação promoverá à humanidade uma liberdade de expressão e um senso crítico necessário para atuarem na sociedade, onde fazem parte. No item II do mesmo artigo, diz que a "educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância, a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais e religiosos"(Dutra, 2006, p. 14). Esclarecemos que o ato educacional, será o grande elo que promoverá uma união entre todos as pessoas pertencentes à um grupo social, sendo que toda diferenciação de ideais devem ser respeitadas.

Enfim, no artigo 27°, no seu item I, declara "que toda pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de usufruir as artes e de participar nos programas científicos e nos benefícios que deste resultam"(Dutra, 2006, p. 14-15). Entende-se então, que todo ser humano possui vida em comunidade e tem direito a ser acessível à cultura e a fazer usufruto destes bens culturais e sociais. Fazem parte nesta Declaração Universal dos Direitos Humanos, alguns outros artigos aqui não citados, foram necessários os que participam e incluem o assunto de nossos escritos. Neste contexto Dutra (2006), afirma:

> De maneira geral, esta declaração assegura às pessoas com deficiência os mesmos direitos à liberdade, a uma vida digna, à educação fundamental, ao desenvolvimento pessoal e social e à livre participação na vida da comunidade (p. 15).

Não entendemos esta declaração como finita, e sim como marco inicial de igualdade entre direitos e deveres dos seres humanos. Por meio desta, entendemos que cada cidadão deve ser respeitado, respeitar o outro, aplicar seus deveres e que possuem direitos. Este engloba as pessoas com deficiência, que merecem espaço na sociedade em que estão inseridos.

Sendo considerado um avanço na história de lutas dos deficientes físicos, a mesma, procura auxiliar tais pessoas a entenderem seu papel e valor social. Pessoas de valor, mas com a mobilidade reduzida, que querem atuar na sociedade, e nesta possuem direitos legalmente e socialmente construídos ao longo dos tempos. A Declaração age na vida daqueles que por si só, uma vez ou outra agem de forma preconceituosa, negando espaço e direitos à estas pessoas. Nesta ação, os preconceituosos terão a oportunidade de entender que as pessoas com

deficiência ou mobilidade reduzida, são seres humanos que possuem o desejo de atuarem na sociedade, auxiliando à a uma melhora significativa, uma melhora pessoal, social, jurídica e política, enfim, uma melhora globalizada.

2. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência nº 13.146/2015 entrou em vigor em 03 de janeiro de 2016. Publicada no D.O.U., em 07 de julho de 2015, o artigo 127 de referida Lei diz que após 180 (cento e oitenta) dias da publicação oficial, a mesma entraria em vigor, o que ocorreu. O artigo 2º da Lei nº 13.146/2015 possui a seguinte redação:

> Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Estatuto é destinado a assegurar e promover condições de igualdade às pessoas que possuem deficiência bem como o exercício de seus direitos perante a sociedade. A pessoa com deficiência deve estar inserida na sociedade, deve ter livre acesso aos lugares, bem como executar suas funções de maneira fácil e prática. Na realidade, o novo estatuto veio mostrar ainda mais que a necessidade das pessoas com deficiência é notória e também que são sujeitos de direito. A Lei possui mais de cem artigos e com eles, normas e regras a serem observadas e cumpridas.

A Lei nº 13.146/2015 trata de vários assuntos correspondentes a pessoas com deficiência, desde o comportamento igualitário por parte das pessoas e não discriminação até ao atendimento prioritário a elas. As pessoas com deficiência necessitam de cuidados e como já dito possuem seus direitos fundamentais, igual a qualquer pessoa que não tenha deficiência alguma. Está previsto em Lei a necessidade de reabilitação quando necessário e serviços do SUS, pois possuem o direito à Saúde.

É direito de qualquer cidadão ter acesso à Educação, Saúde, Esporte, Lazer e Cultura e as pessoas com deficiência não são diferentes, são também detentoras de todos esses direitos, pois somente se diferem por seu modo de locomoção, capacidade mental, entre outros. A pessoa com deficiência é um cidadão comum que tem direito ao trabalho. No Estatuto vem trazendo os direitos ao acesso ao trabalho da pessoa com deficiência, bem como o direito a moradia, a assistência social e previdência. Se a pessoa com deficiência é considerada apta ao trabalho, ela

deverá ser incluída sem discriminação. O contratante deverá também dar condições de acesso a essa pessoa. E por falar em acessibilidade a pessoa com deficiência terá direito também ao transporte e mobilidade. Os transportes públicos coletivos, por exemplo, deverão se ater as normas de acessibilidade para acesso às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

As pessoas com deficiência possuem também o direito relacionado à participação na vida política e pública, o acesso à informação, comunicação, arte, ciência e tecnologia. O acesso à Justiça é um direito da pessoa com deficiência e ainda o Estatuto traz previsão quanto a crimes e infrações administrativas cometidos contra essas pessoas. O Estatuto também fez alterações em várias Leis como, por exemplo, na CLT, Códigos Eleitoral, Consumidor e Civil, Estatuto das Cidades e Lei de Licitações. O objeto do nosso estudo está voltado para a alteração do artigo 11, da Lei nº 8.429/92 de Improbidade Administrativa,o qual foi incluído o inciso IX, pois configura-se ato de improbidade administrativa o não cumprimento aos requisitos de acessibilidade previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Improbidade Administrativa é toda conduta ímproba praticada contra a Administração Pública por agente público ou político no exercício de sua função. Entende-se por Administração Pública aquela que presta serviços aos cidadãos e que atue em favor dos mesmos. Como objeto do Direito Administrativo, a Administração Púbica, visa o bem comum da sociedade, seu desenvolvimento e bem estar. O interesse público é sua finalidade e conforme os ensinamentos de José Matias Pereira (2012, p. 249), "... Administração Pública é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito dos três níveis de governo (federal, estadual e municipal), segundo preceitos de Direito e da Moral, visando ao bem comum".

Os agentes públicos são funcionários da Administração Pública direta ou indireta e podem atuar em qualquer setor do Distrito Federal, Estados e Municípios do Território Nacional. É dever dos agentes públicos zelar pela moral da Administração. Aqueles que não procedem bem, que são desonestos e que podem denegrir a imagem de outros agentes são os que devem ser penalizados. Eles têm o dever de probidade, devem ser preocupados com a sociedade e seu desenvolvimento. Suas condutas devem ser honestas e íntegras, bem como seus atos de acordo com o descrito em Leis. Élcio D'Angelo, (2011, p.82), afirma que

> É lamentável vermos pessoas, que se dizem nossos representantes e, o que é pior, detentoras de prerrogativas e privilégios que o cidadão "comum" jamais teve e, certamente, jamais terá,

> despreocupadas com os resultados de suas atuações perante a nação e, ainda, não terem e não demonstrarem quaisquer princípios básicos, vale dizer, primários, como, por exemplo, o de boa-fé.

É o primeiro e o mais importante dever do agente público, o dever de probidade, porém, o mesmo pode não se ater a esses princípios basilares e praticar atos de improbidade administrativa que por sua vez estão elencados na Lei nº 8.429/92, nos artigos 9º (que importem enriquecimento ilícito), 10º (que causam prejuízo ao erário) e 11º (que atentam contra os princípios da Administração Pública). Os atos de improbidade administrativa também podem ser considerados, em tese, infrações político-administrativas e, portanto, configuradores de crimes de responsabilidade. A desonestidade do agente público configurará ato de improbidade administrativa, de acordo com o Marcelo Harger (2015, p.17), a saber:

> Ato de improbidade administrativa é o ato ilícito doloso, decorrente de desonestidade do agente, que cause prejuízo à Administração, acarrete enriquecimento ilícito a um cidadão ou pessoa jurídica ou esteja previsto em um dos incisos do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

A inobservância da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) gera responsabilização do agente público que por sua vez será penalizado por qualquer ato ímprobo elencado na mesma. A intenção da LIA é coibir atos praticados com intenção lesiva à Administração Pública, e não apenas atos, que embora ilegais, tenham sido praticados por administradores inábeis sem a comprovação de má fé.

Após a regulamentação trazida pela referida lei, passou-se a punir não somente as condutas do administrador público que causem lesão ao erário, como ocorre no enriquecimento ilícito, mas, também, aquelas que afrontem os princípios que regem sua atividade. Fala-se tanto em Administração Pública transparente, corrupção e atos de improbidade, e a realidade é uma só, o progresso da Administração, a competência e o bom desenvolvimento de seus atos regidos pelos agentes, sejam eles servidores públicos e/ou políticos.

3.1 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RELACIONADA À ACESSIBILIDADE

A pessoa com deficiência detém o direito à acessibilidade e o agente público o dever de zelar por esse direito. As pessoas com deficiência fazem parte de uma sociedade que deve estar preparada para acolhê-las e nada mais justo do que a Administração Pública que visa o bem da sociedade executar esse papel acolhedor. A acessibilidade deverá ser observada nos edifícios públicos, nos locais de uso público, nos ambientes privados de uso coletivo, entre outros. Temos

como exemplo os prédios públicos que funcionam escolas, teatros e hospitais e os meios de transportes coletivos.

Ainda, as cidades devem desenvolver-se de forma que propicie a implementação da acessibilidade, de modo a incluir as pessoas com deficiência ou como mobilidade reduzida. É de responsabilidade do agente público, sendo ele representante do Poder Executivo ou mesmo detentor do cargo de chefia na Administração Pública, a observância aos requisitos de acessibilidade, visando à inclusão de todos. As construções públicas, as reformas, as restaurações, todas elas deverão se ater a acessibilidade. O arquiteto, os executores das obras,os funcionários que colaborarem com a contratação, mesmo que direta ou indiretamente, deverão também ser responsabilizados nos termos da Lei, caso não cumpram tais requisitos.

De acordo com o artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa. Compete, então, ao agente público observar notadamente quais as exigências que o Estatuto da Pessoa com Deficiência traz relacionadas à acessibilidade, uma vez que o não cumprimento das mesmas acarretará ato de improbidade administrativa, de acordo com o artigo 11, da Lei 8.429/92.

Demonstrada a prática de ato de improbidade administrativa pelo agente público – seja ele funcionário de carreira ou cargo comissionado ou mesmo agente político, devem ser aplicadas as penas previstas legalmente na LIA. Os requisitos sobre acessibilidade são, entre outros, condições para que a pessoa com deficiência garanta o direito de se locomover de forma independente, bem como de exercer seus direitos de cidadania e participação social. Se a pessoa com deficiência não tiver condições de acessibilidade, a mesma poderá procurar seus direitos, visto serem eles fundamentais e estar previsto em Lei tais condições. O agente público visando o princípio da igualdade estará zelando também, pela dignidade da pessoa humana.

O artigo 11, inciso IX da Lei nº 8.429/92, traz uma novidade relacionada aos atos de improbidade, uma vez que afirma que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente, e no inciso IX afirma claramente que deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação é um ato ímprobo. A Lei nº 13.146/2015 que trata do Estatuto da Pessoa com Deficiência traz em seu artigo 3º, inciso I, a definição de acessibilidade:

> Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:
> I – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

O Título III do Estatuto é inteiramente destinado à acessibilidade.Em seu artigo 103, encontra-se a determinação de que a Lei de Improbidade Administrativa passa a vigorar com o acréscimo do inciso IX ao artigo 11. A própria Lei de Improbidade Administrativa prevê a responsabilização do agente, assim como sua possível e adequada punição.

A improbidade administrativa prevista no artigo 11 é considerada conduta dolosa, pois deixar de cumprir os requisitos da Lei é elemento necessário para sua configuração. Segundo Marcelo Harger (2015, p. 46) "... somente admitir-se-ia a modalidade culposa para os ilícitos previstos no art. 10, mas jamais para os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 da lei de improbidade".

Encontra-se ai também a violação ao Princípio da Legalidade, um dos princípios da Administração Pública. No que diz respeito ao direito dos indivíduos o Princípio da Legalidade é muito importante, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 92) "Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática".

Ora, se o dever legal do administrador público é de cumprir o descrito em Leis, nada mais do que justo, estar de acordo com o princípio da legalidade, cumprindo os requisitos de acessibilidade. A comprovação de ato ímprobo por parte do agente público configura ato de improbidade administrativa e o mesmo sofrerá ainda as sanções previstas no artigo 12, inciso III da Lei 8.429/92 ou seja, perda da função pública, suspensão de direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa, entre outros são algumas das penalidades que o agente público sofrerá caso seja comprovado o ato ímprobo.

CONCLUSÃO

Consideramos finalmente que todas as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida são detentoras do direito à acessibilidade, pois se trata de um direito fundamental. Historicamente as pessoas com deficiência sofreram grande preconceito, não sendo incluídos na sociedade. Noutros tempos eram vistos como seres inúteis ou fora da realidade social. Com a declaração dos direitos humanos, as pessoas com deficiência passaram a serem detentoras de direitos e possuírem voz ativa na sociedade.

As pessoas com deficiência física são aquelas que possuem dificuldade em se locomover de um lugar para outro, causada por alguma lesão e utilizam cadeiras de roda ou motorizadas. Alguns ainda não possuem acesso a tratamento de saúde necessário para obterem qualidade de vida essencial.

Os prédios públicos devem ser construídos já com condições de acessibilidade para as pessoas que necessitam. Os prédios antigos devem ser reformados com as devidas modificações previstas em Lei. Com isso, as pessoas com deficiência física acentuada terão fácil acesso aos locais. Desta forma a inclusão à sociedade será exercida pela Administração Pública, uma vez que a mesma é detentora da execução das obras públicas. Neste contexto, a Administração Pública visa o bem comum e o seu papel será incluir a pessoa com deficiência na sociedade.

A inclusão da pessoa com deficiência na sociedade é um assunto que vem sendo discutido há muito tempo, sendo que com o advento de muitas leis, decretos e normas, conclui-se no Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015. A Lei citada aborda a inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, bem como os direitos a ela garantidos, inclusive com relação à acessibilidade, que a Administração Pública deve se ater aos requisitos nela mencionados.

Os agentes públicos, executores de função junto a Administração Pública, são os responsáveis por atos a serem praticados de acordo com o descrito em Lei. Uma vez não cumprindo o Estatuto da Pessoa com deficiência, inclusive com relação a condições de acessibilidade, os mesmos irão cometer atos de improbidade administrativa. Contratações, execuções de obras ou mesmo aquisições de materiais impróprios geram atos de improbidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92 traz em seus artigos as configurações de atos ímprobos. Pela Lei nº 13.146/2015 que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi inserido ao artigo 11 da LIA, o inciso IX, que configura ato de improbidade administrativa o não cumprimento dos requisitos de acessibilidade.

Os atos de improbidade administrativa estão previstos no artigo 9º - aqueles que importam enriquecimento ilícito, artigo 10º - aqueles que causam prejuízo ao erário e artigo 11º - aqueles que atentam contra os Princípios da Administração Pública. Nada mais justo do que estar inserido ao artigo 11, o inciso IX que trata da acessibilidade uma vez que a Administração Pública é responsável pelas condições necessárias aos locais públicos. A observância ao Princípio da Legalidade juntamente aos requisitos de acessibilidade é essencial a Administração Pública, pois está previsto em Lei e deve ser observado para que o agente público não cometa atos ímprobos.

O não cumprimento aos requisitos previstos em Lei acarretará atos de improbidade administrativa, como já descrito e os agentes públicos serão penalizados por tal prática. As sanções a serem aplicadas estão previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade e pode acarretar perda de função pública, suspensão de direitos políticos de três a cinco anos e pagamento de multa, entre outros.

É dever do agente público ou político zelar pela acessibilidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida criando condições necessárias para essas pessoas. Essas condições são importantes para a inclusão social e benéficas, pois assim, as pessoas poderão se locomover sozinhas, sem dependência de outrem, bem como usufruir das condições instaladas nos locais de difícil acesso.

A inserção do inciso IX ao artigo 11 da Lei de Improbidade pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência comprovou ainda mais a necessidade e dificuldade que a pessoa com deficiência possui. Contribuiu para a qualidade de vida dessas pessoas, garantiu seus direitos e instituiu deveres para a Administração Pública.

Destinados aos estudantes de Direito, os escritos demonstram a necessidade do estudo à novidade que a Lei nº 13.146/2015 trouxe à Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92. Aos agentes públicos, para que os mesmos tenham conhecimento da relevância da Lei que trata da acessibilidade e à sociedade para que assim entendam a realidade das pessoas com deficiência a serem incluídas socialmente.

Demonstramos com esta descrição que a necessidade de observância aos requisitos de acessibilidade previstas no Estatuto da Pessoa com Deficiência é necessária. O conhecimento desses requisitos é essencial para o bom desenvolvimento da Administração Pública. Com os mesmos, agentes públicos e pessoas com deficiência, não estarão restringidas ao senso comum. Poderão, ainda, exercer seus direitos e deveres, bem como ampliarem seu foco com relação à aplicabilidade da Lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNS, Flávio. **Acessibilidade. Senado Federal.** Brasília – DF, 2005, p. 51.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

COSTA, Tiago. **O Mundo da Qualidade.** Clube de Autores. 2ª Edição. 2012. www.clubedeautores.com.br> Acesso dia 18/07/2016.

D' ANGELO, Élcio. **Direito Administrativo Municipal e Política Administrativa**. 1ª ed. Leme: Anhanguera Editora, 2011.

DUTRA, Claudia Pereira. **Saberes e Práticas da Inclusão – Dificuldades de comunicação. Deficiência Física. Educação Infantil.** V. 4 - Secretaria da Educação Especial – MEC. Brasília/DF, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Fundamentos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

FIQUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUEBERT, Mírian Célia Castellian. **Inclusão: uma realidade em discussão.** Ed. Ibpex. 2° ed. Curitiba – PR, 2007.

HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92**. São Paulo: Atlas, 2015.

MANDALOZZO, Silvana, WOLOCHN, Regina. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região**. Curitiba, n. 46, p. 11-12, Ano V, 2015. www.trt9.jus.br acesso em

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, ELIAS ROSA, Márcio Fernando, FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos.** EOS - Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco. v. 2. n° I, Ano II. São Paulo, 2012. 33 p. Disponível em www.vestibuladombosco.com.br> Acesso dia 18/07/2016. RIBAS, João B. Cintra. **O que são pessoas deficientes.** Ed. Brasiliense. São Paulo. 1985. P. 103.

CAPÍTULO IX

A LUTA DE MARTIN LUTHER KING JR E O RACISMO NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA

THE STRUGGLE OF MARTIN LUTHER KING JR AND RACISM IN CONTEMPORANY BRAZIL

Sergio Leandro Carmo Dobarro[74]
Sílvia Helena Schimidt[75]

RESUMO: O presente artigo traça a história de Martin Luther King Jr. Ele tornou-se um dos mais meritórios líderes do movimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, e no resto do mundo, com uma jornada de não violência e amor ao próximo. Seu legado continua concreto na luta quanto à igualdade de raças. Adotado o método hipotético–dedutivo, empregando enquanto procedimentos técnicos e pesquisas bibliográficas, o presente artigo tem por princípio coadjuvar criticamente para a discussão em torno do racismo brasileiro, em prol de uma autêntica democracia, da igualdade de condições e chances para os cidadãos negros.

PALAVRAS-CHAVE: Martin Luther King Jr.; Movimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos; Educação; Racismo.

ABSTRACT:
The present article traces the history of Martin Luther King Jr. He became into one of the most honorable leaders of the black people's civil rights movements in the United States, and rest of the worldwide, with a nonviolent journey and loving its neighbor policy. His legacy is still concrete in the fight about races equality. Adopting the hypothetical deductive method, employing technical procedures and bibliographical research, the present article has as principle

[74]Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, possui graduação em Administração e Especialização em Administração de Marketing e Recursos Humanos; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais (Difuso) e Reflexões sobre Educação Jurídica Brasileira; Funcionário Público; autor do livro A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e o reflexo na pessoa física e jurídica; Email:sergioleandrocdt@gmail.com; Face book: https://www.facebook.com/ProfessorSergioLeandro.

[75]Bacharel em Direito pela Universidade de Ciências Sociais Aplicadas de Sinop - ÚNIC; Pós graduada em Direito de família e das Sucessões e Direito Imobiliário pela Universidade Anhanguera; Doutoranda em Direito pela Universidad Del Museo Argentino - UMSA. Tabeliã e Oficial a de Registros no Estado do Maranhão. E-mail: advsilvia1@hotmail.com.

to assist critically the discussion about Brazilian racism toward an authentic democracy, equality of conditions and chances to black citizens.

KEYWORDS: Martin Luther King Jr.; Black People's Civil Rights Movements in the United States; Education; Racism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo almeja desenvolver uma justaposição entre a luta de Martin Luther King Jr., de pastor protestante a ativista político estadunidense frente ao fato da discriminação racial no Brasil na atualidade. O trabalho começa delineando a trajetória de Martin Luther King Jr. nascido em 15 de janeiro de 1929 na Geórgia, filho de um pastor batista ativo em relação aos direitos civis, King pensou em cursar Direito, tendo como finalidade um alicerce intelectual no escopo de entender melhor a filosofia social. Entretanto seguiu vida religiosa. Ótimo aluno no seminário na Pensilvânia deparou-se com os trabalhos de Hegel e Kant, mas especialmente a doutrina de não violência de Gandhi, sendo seu norte por toda a vida e a luta contra a discriminação racial. Foi o indivíduo mais novo a ganhar o Prêmio Nobel da Paz em 1964, pouco antes de sua morte.

Presentemente, o racismo tão combatido por Martin Luther King Jr. no Brasil se mostra como uma das grandes dificuldades a serem suplantadas pelo povo negro, já que esta conjuntura, acastelada a distribuição injusta da riqueza e dos abundosos benefícios causados pela política econômica à classe dominante, principalmente “branca”, relega a larga maioria negra a condições muito complicadas de sobrevivência. Almeja-se que a batalha política pela igualdade entre negros e brancos não esteja desconexa da luta pelo fim de uma sociedade que pende a hierarquizar, homogeneizar culturas, e coisificar os ligames entre as pessoas que, em última instância, estão sentenciadas a serem amortecidas simultaneamente a consumidores e mercadorias.

Somente assim é plausível provera pesquisa, qual seja: qual o caminho para a atenuação, e consequentemente mesmo em longo prazo o fim do racismo, objetivando uma convivência harmoniosa entre todos os seres humanos, extinguido assim os rótulos que a sociedade firmemente costuma pôr?

Visando a solução do problema, adota-se o método hipotético-dedutivo, testando a hipótese, mediante o procedimento técnico documental e bibliográfico.

1. SOBRE MARTIN LUTHER KING JR.

Martin Luther King Jr., nasceu em 15 de Janeiro de 1929, em Atlanta, na Geórgia, Estados Unidos, seus pais eram Martin Luther King e Alberta Williams. O nome que foi registrado foi Michael King, seu pai logo após o modificou de Michael para Martin Luther, afirmou mais tarde que o nome de Michael foi registrado de forma errada. Seu avô materno e seu pai exerciam a função de pastores batistas.

No decorrer sua infância cantava com o coro da igreja em Atlanta ao qual fazia parte, contudo originalmente era cético em relação a muitas das reivindicações do cristianismo, como por exemplo, a sua negativa inicial da ressurreição corporal de Jesus durante a Escola Dominical com treze anos de idade. Foi neste ponto que afirmou: "as dúvidas começaram a brotar inexoravelmente" (PINTO, 2014, p. 01).

Martin Luther King Jr. estudava em colégios públicos onde tinha segregação racial. Foi um aluno excepcional: ele completou o colegial aos 15 anos e terminou a universidade aos 19. Em 1951, afirmou que a Bíblia "tem muitas verdades profundas que não se pode escapar" e com esta motivação diplomou-se em um Seminário Teológico. Quatro anos depois, concluiu seu doutorado em Teologia pela Universidade de Boston, local onde conheceu Coretta Scott, uma estudante de Música com quem contraiu matrimônio em 1953, da união nasceram quatro filhos (PINTO, 2014, p. 01).

No ano de 1954, King aceitou um emprego como pastor na Igreja Batista da Dexter Avenue em Montgomery, no estado do Alabama. Essa igreja era uma influente instituição negra e tinha públicos politicamente conscientes que já exibiam seu descontentamento contra a discriminação.

1.1 A BATALHA CONTRA A SEGREGAÇÃO RACIAL AMERICANA

O cenário e as condições pelas quais os negros do sul dos Estados Unidos enfrentavam era deploráveis. Sofriam consequentes e diárias discriminações raciais e eram proibidos de entrar em certos restaurantes, lanchonetes, ou seja, todo e qualquer lugar público. Filhos de pais negros eram impedidos de estudar nas mesmas escolas e faculdades que crianças e jovens brancos na região sul dos Estados Unidos. Existiam riscos de assassinatos no episódio de um homem negro olhar ou dialogar com uma mulher branca. E mesmo um homem negro diplomado

por uma universidade não tinha o direito de votar. As leis de segregação racial eram austeras ao ponto de coagir os passageiros negros a ter o direito apenas a ocupar os assentos no fundo dos ônibus, e caso estes estivessem lotados, eram obrigados a ceder seus lugares a passageiros brancos.

No ano de 1955, a costureira Rosa Parks ao negar-se ceder seu assento no ônibus da cidade a uma pessoa branca, ocasionou em um boicote liderado por Martin Luther King, que ocorreu por mais de 300 dias, conquistando sucesso com tal atitude, já que por determinação da Suprema Corte, foi decidido a dessegregação nos ônibus de Montgomery. Após este triunfo, estabeleceu a Conferência Sulista de Liderança Cristã, e começou a ser aludido como menção no esforço pela igualdade racial(PINTO, 2014, p. 01).

Contudo em 1961 não obtiveram êxito em dessegregar as instalações públicas de Albany, na Geórgia, fato que ocasionou em sua prisão, porém foi compensado com a marcha em 1963 por Birmingham. Birmingham era um dos locais mais segregacionistas dos Estados Unidos, Martin Luther King Jr. cuja uma das ideologias era a utilização da não violência, acabou sufocado com a selvageria das forças locais de segurança pública, assim foram presos 3.300 negros, compreendendo King(O REI..., 1968, p. 01).

Tal episódio infeliz das autoridades foi exposto em todo o mundo e cativou uma multidão de simpatizantes à demanda dos direitos civis. O ano de 1963 ainda proporcionou êxito para King na Marcha pelo Trabalho e pela Liberdade, em Washington, que acumulou mais de 250.000 admiradores a sua causa em frente ao Memorial Lincoln, ocasião na qual o líder pronunciou seu mais célebre discurso, "Eu Tenho Um Sonho". No decorrer de 1963, outra vitória para King, foi consagrada o Ato dos Direitos Civis, enunciado pelo presidente John Kennedy ao Congresso ainda em 1963, suprimindo a segregação e discriminação racial em escolas e locais públicos. O reconhecimento ao seu duro trabalho foi em 1964 com o Prêmio Nobel da Paz, que recebeu aos seus 35 anos de idade, tornando-se o mais jovem ganhador de tamanho reconhecimento (PINTO, 2014, p. 01).

1.2 O DISCURSO DE MARTIN LUTHER KING JR. “EU TENHO UM SONHO” (“I HAVE A DREAM”)

Em 28 de agosto de 1963, Martin Luther King Jr. discursou sobre o sonho de uma América e um mundo com igualdade entre negros e brancos. O discurso foi feito

em Washington, em uma marcha que reuniu por volta de 250 mil pessoas contra as políticas racistas e pelos direitos civis dos negros.

O discurso repercutiu em um contexto de divisão e segregação racial no país que se titulava como moderno e uma potência na liderança mundial. Ao passo que os norte-americanos possuíam as mais modernas tecnologias e armas, negros eram impedidos de partilhar ambientes com brancos, o matrimônio entre negros e brancos era proibido e jovens afrodescendentes tinham ingresso limitado à educação. Ao longo da Guerra Fria, os Estados Unidos realizavam anúncio de que aquele era o regime e o país onde todos as pessoas adorariam viver - fora os negros, que tinham de se restringir aos bancos reservados nos ônibus(PINTO, 2014, p. 01).

> Estou feliz em me unir a vocês hoje naquela que ficará para a história como a maior manifestação pela liberdade na história de nossa nação.
> Cem anos atrás um grande americano, em cuja sombra simbólica nos encontramos hoje, assinou a proclamação da emancipação [dos escravos]. Este decreto momentoso chegou como grande farol de esperança para milhões de escravos negros queimados nas chamas da injustiça abrasadora. Chegou como o raiar de um dia de alegria, pondo fim à longa noite de cativeiro.
> Mas, cem anos mais tarde, o negro ainda não está livre. Cem anos mais tarde, a vida do negro ainda é duramente tolhida pelas algemas da segregação e os grilhões da discriminação. Cem anos mais tarde, o negro habita uma ilha solitária de pobreza, em meio ao vasto oceano de prosperidade material. Cem anos mais tarde, o negro continua a mofar nos cantos da sociedade americana, como exilado em sua própria terra. Então viemos aqui hoje para dramatizar uma situação hedionda.
> Em certo sentido, viemos à capital de nossa nação para sacar um cheque. Quando os arquitetos de nossa república redigiram as magníficas palavras da Constituição e da Declaração de Independência, assinaram uma nota promissória de que todo americano seria herdeiro. Essa nota era a promessa de que todos os homens, negros ou brancos, teriam garantidos os direitos inalienáveis à vida, à liberdade e à busca pela felicidade.
> É evidente hoje que a América não pagou esta nota promissória no que diz respeito a seus cidadãos de cor. Em lugar de honrar essa obrigação sagrada, a América deu ao povo negro um cheque que voltou marcado "sem fundos".
> Mas nós nos recusamos a acreditar que o Banco da Justiça esteja falido. Nos recusamos a acreditar que não haja fundos suficientes nos grandes depósitos de oportunidade desta nação. Por isso voltamos aqui para cobrar este cheque --um cheque que nos garantirá, a pedido, as riquezas da liberdade e a segurança da justiça.
> Também viemos para este lugar santificado para lembrar à América da urgência ferrenha do agora. Não é hora de dar-se ao luxo de esfriar os ânimos ou tomar a droga tranquilizante do gradualismo. Agora é a hora de fazermos promessas reais de democracia. Agora é a hora de sairmos do vale escuro e desolado da segregação para o caminho ensolarado da justiça racial. É hora de arrancar nossa nação da areia movediça da injustiça racial e levá-la para a rocha sólida da fraternidade. Agora é a hora de fazer da justiça uma realidade para todos os filhos de Deus.
> Seria fatal para a nação passar por cima da urgência do momento e subestimar a determinação do negro. Este verão sufocante da insatisfação legítima do negro não passará enquanto não chegar um outono revigorante de liberdade e igualdade.Mil novecentos e sessenta e três não é um fim, mas um começo.
> Os que esperam que o negro precise apenas extravasar e agora ficará contente terão um despertar rude se a nação voltar à normalidade de sempre. Não haverá descanso nem tranquilidade na América até que o negro receba seus direitos de cidadania. Os turbilhões da revolta continuarão a abalar as fundações de nossa nação até raiar o dia iluminado da justiça.

Mas há algo que preciso dizer a meu povo posicionado no morno liminar que conduz ao palácio da justiça. No processo de conquistar nosso lugar de direito, não devemos ser culpados de atos errados. Não tentemos saciar nossa sede de liberdade bebendo do cálice da amargura e do ódio.

Temos de conduzir nossa luta para sempre no alto plano da dignidade e da disciplina. Não devemos deixar nosso protesto criativo degenerar em violência física. Precisamos nos erguer sempre e mais uma vez à altura majestosa de combater a força física com a força da alma.

A nova e maravilhosa militância que tomou conta da comunidade negra não deve nos levar a suspeitar de todas as pessoas brancas, pois muitos de nossos irmãos, conforme evidenciado por sua presença aqui hoje, acabaram por entender que seu destino está vinculado ao nosso destino e que a liberdade deles está vinculada indissociavelmente à nossa liberdade.

Não podemos caminhar sozinhos.

E, enquanto caminhamos, precisamos fazer a promessa de que caminharemos para frente. Não podemos retroceder. Há quem esteja perguntando aos devotos dos direitos civis 'quando vocês ficarão satisfeitos?'. Jamais estaremos satisfeitos enquanto o negro for vítima dos desprezíveis horrores da brutalidade policial.

Jamais estaremos satisfeitos enquanto nossos corpos, pesados da fadiga de viagem, não puderem hospedar-se nos hotéis de beira de estrada e nos hotéis das cidades. Não estaremos satisfeitos enquanto a mobilidade básica do negro for apenas de um gueto menor para um maior. Jamais estaremos satisfeitos enquanto nossas crianças tiverem suas individualidades e dignidades roubadas por cartazes que dizem 'exclusivo para brancos'.

Jamais estaremos satisfeitos enquanto um negro no Mississippi não puder votar e um negro em Nova York acreditar que não tem nada em que votar.

Não, não estamos satisfeitos e só ficaremos satisfeitos quando a justiça rolar como água e a retidão correr como um rio poderoso.

Sei que alguns de vocês aqui estão, vindos de grandes provações e atribulações. Alguns vieram diretamente de celas estreitas. Alguns vieram de áreas onde sua busca pela liberdade os deixou feridos pelas tempestades da perseguição e marcados pelos ventos da brutalidade policial. Vocês têm sido os veteranos do sofrimento criativo. Continuem a trabalhar com a fé de que o sofrimento imerecido é redentor.

Voltem ao Mississipi, voltem ao Alabama, voltem à Carolina do Sul, voltem à Geórgia, voltem a Louisiana, voltem aos guetos e favelas de nossas cidades do norte, cientes de que de alguma maneira a situação pode ser mudada e o será. Não nos deixemos atolar no vale do desespero.

Digo a vocês hoje, meus amigos, que, apesar das dificuldades de hoje e de amanhã, ainda tenho um sonho.

É um sonho profundamente enraizado no sonho americano.

Tenho um sonho de que um dia esta nação se erguerá e corresponderá em realidade o verdadeiro significado de seu credo: 'Consideramos essas verdades manifestas: que todos os homens são criados iguais'.

Tenho um sonho de que um dia, nas colinas vermelhas da Geórgia, os filhos de ex escravos e os filhos de ex donos de escravos poderão sentar-se juntos à mesa da irmandade.

Tenho um sonho de que um dia até o Estado do Mississippi, um Estado desértico que sufoca no calor da injustiça e da opressão, será transformado em um oásis de liberdade e de justiça.

Tenho um sonho de que meus quatro filhos viverão um dia em uma nação onde não serão julgados pela cor de sua pele, mas pelo teor de seu caráter.

Tenho um sonho hoje.

Tenho um sonho de que um dia o Estado do Alabama, cujo governador hoje tem os lábios pingando palavras de rejeição e anulação, será transformado numa situação em que meninos negros e meninas negras poderão dar as mãos a meninos brancos e meninas brancas e caminharem juntos, como irmãs e irmãos.

Tenho um sonho hoje.

Tenho um sonho de que um dia cada vale será elevado, cada colina e montanha será nivelada, os lugares acidentados serão aplainados, os lugares tortos serão endireitados, a glória do Senhor será revelada e todos os seres a enxergarão juntos.

Essa é nossa esperança. Essa é a fé com a qual retorno ao Sul. Com esta fé poderemos talhar da montanha do desespero uma pedra de esperança. Com esta fé poderemos transformar os acordes dissonantes de nossa nação numa bela sinfonia de fraternidade. Com esta fé podemos

> trabalhar juntos, orar juntos, lutar juntos, ir à cadeia juntos, defender a liberdade juntos, conscientes de que seremos livres um dia.
> Esse será o dia em que todos os filhos de Deus poderão cantar com novo significado: "Meu país, é de ti, doce terra da liberdade, é de ti que canto. Terra em que morreram meus pais, terra do orgulho do peregrino, que a liberdade ressoe de cada encosta de montanha".
> E, se quisermos que a América seja uma grande nação, isso precisa se tornar realidade.
> Então que a liberdade ressoe dos prodigiosos picos de New Hampshire.
> Que a liberdade ecoe das majestosas montanhas de Nova York!
> Que a liberdade ecoe dos elevados Alleghenies da Pensilvânia!
> Que a liberdade ecoe das nevadas Rochosas do Colorado!
> Que a liberdade ecoe das suaves encostas da Califórnia!
> Mas não só isso --que a liberdade ecoe da Montanha de Pedra da Geórgia!
> Que a liberdade ecoe da Montanha Sentinela do Tennessee!"
> Que a liberdade ecoe de cada monte e montículo do Mississippi. De cada encosta de montanha, que a liberdade ecoe.
> E quando isso acontecer, quando deixarmos a liberdade ecoar, quando a deixarmos ressoar em cada vila e vilarejo, em cada Estado e cada cidade, poderemos trazer para mais perto o dia que todos os filhos de Deus, negros e brancos, judeus e gentios, protestante e católicos, poderão se dar as mãos e cantar, nas palavras da velha canção negra, 'livres, enfim! Livres, enfim! Louvado seja Deus Todo-Poderoso. Estamos livres, enfim!' (PREVIDELLI, 2013, p. 01 - 02).

A partir do momento que Martin Luther King Jr. pronunciou seu discurso a 50 anos, várias leis segregacionistas foram derrubadas no país e muitos direitos foram garantidos aos negros. Ainda assim, os dizeres do homem que se transformou em símbolo do combate por meios não violentos ainda têm a mesma força e urgência das décadas do passado.

1.3 A REVOLUÇÃO DO AMOR. A REVOLUÇÃO DA IGUALDADE

Possuía Martin Luther King Jr., uma estima pelo diálogo acessível e pela luta pacífica, e o dom de inspirar as pessoas. Observemos abaixo, alguns dos discursos mais célebres do revolucionário da paz e do amor:

> Voltem para o Mississipi, voltem para o Alabama, voltem para a Geórgia, voltem para a Louisiana, voltem para as favelas e guetos de nossas cidades do norte sabendo que, de alguma forma, esta situação pode e vai ser mudada. Não nos arrastemos pelo vale do desespero. Digo hoje a vocês, meus amigos, que apesar das dificuldades e frustrações do momento, ainda tenho um sonho. É um sonho profundamente enraizado no sonho americano. Eu tenho um sonho de que um dia esta nação vai se levantar e viver o verdadeiro significado de sua crença: 'Consideramos essas verdades auto evidentes: que todos os homens são criados iguais'. Eu tenho um sonho de que um dia, nas montanhas da Geórgia, os filhos de antigos escravos e os filhos de antigos donos de escravos serão capazes de sentarem-se juntos à mesa da fraternidade. Eu tenho um sonho de que meus quatro filhos um dia viverão numa nação onde não serão julgados pela cor de sua pele, mas sim pelo conteúdo de seu caráter [...]. Quando permitirmos que a liberdade ecoe, quando permitirmos que ela ecoe em cada vila e cada aldeia, em cada estado e cada cidade, seremos capazes de avançar rumo ao dia em que todos os filhos de Deus, negros e brancos, judeus e gentios, protestantes e católicos, poderão dar as mãos e cantar as palavras da velha cantiga negra, 'Enfim livres! Enfim livres! Graças a Deus

Todo-Poderoso, enfim estamos livres!'. (Eu Tenho Um Sonho, Washington, 28 de agosto de 1963)(A VOZ ..., 1968, p. 01).

Que despertemos nesta noite com uma prontidão ainda maior. Ergamo-nos com uma determinação ainda maior. E que ataquemos de frente estes dias poderosos, estes dias marcados pelo desafio de transformar a América no que ela deve ser. Temos a oportunidade de fazer da América uma nação melhor. E quero agradecer a Deus, mais uma vez, por permitir que eu esteja aqui com vocês [...]. Bem, eu não sei o que virá agora. Teremos dias difíceis pela frente. Mas isso não importa para mim agora porque eu subi ao topo da montanha. Não me importo mais. Como qualquer pessoa, eu gostaria de ter uma vida longa. A longevidade é boa. Mas não estou mais preocupado com isso agora. Quero apenas cumprir a vontade de Deus. E Ele permitiu que eu subisse a montanha. E lá de cima eu enxerguei. Eu enxerguei a Terra Prometida. É provável que eu não entre lá com vocês. Mas quero que vocês saibam esta noite que nós, como um povo, chegaremos à Terra Prometida. Por isso estou feliz esta noite. Nada me preocupa. Não temo nenhum homem! Meus olhos viram a glória da vinda do Senhor!
(O Sermão do Topo da Montanha, Memphis, 3 de abril de 1968)(A VOZ ..., 1968, p. 01).

Há um grande dia adiante. O futuro está do nosso lado. Por enquanto estamos no deserto. Mas a Terra Prometida está adiante. Se não tivesse havido um Gandhi na Índia, com todos os seus nobres seguidores, a Índia jamais seria livre. Não fosse Nkrumah e seus seguidores em Gana, Gana ainda seria uma colônia britânica. Não fossem os abolicionistas nos EUA, tanto os negros como os brancos, estaríamos ainda hoje nas masmorras da escravidão. Em todos os períodos, sempre existem aquelas pessoas que não se importam em ter suas cabeças cortadas, que não se importam em serem perseguidas, discriminadas e agredidas, porque elas sabem que a liberdade jamais é entregue de graça; ela só vem através da persistente e contínua agitação por parte daqueles que estão presos no sistema. Isso nos lembra do fato de que uma nação ou povo pode se desvencilhar da opressão sem violência [...]. Deus, nosso gracioso Pai, ajude-nos a enxergar as visões desta nova nação. Ajude-nos a segui-lo e a seguir todas as suas obras neste mundo. De alguma forma descobriremos que fomos feitos para vivermos juntos, como irmãos. E isso virá ainda nesta geração: o dia em que todos os homens reconhecerem a paternidade de Deus e a irmandade dos homens.(O Nascimento de Uma Nova Nação, Montgomery, 7 de abril de 1957)
(A VOZ ..., 1968, p. 01).

Aceito o Prêmio Nobel da Paz num momento em que 22 milhões de negros nos Estados Unidos estão envolvidos numa batalha criativa para encerrar a longa noite da injustiça racial. Aceito este prêmio em nome de um movimento de direitos civis que está avançando com determinação e um majestoso desprezo pelos riscos e perigos de estabelecer um reino de liberdade e um sistema de justiça. Estou ciente de que uma pobreza debilitante e asfixiante aflige meu povo e o acorrenta ao degrau mais baixo da escada econômica. Portanto, devo perguntar por que este prêmio está sendo concedido a um movimento que é comprometido com uma luta incessante; a um movimento que não conquistou a própria paz e fraternidade que é a essência do Prêmio Nobel. Depois de pensar a respeito, concluí que este prêmio que recebo em nome desse movimento é um reconhecimento profundo de que a não violência é a resposta à questão moral e política crucial de nosso tempo: a necessidade do homem superar a opressão e a violência sem recorrer à violência e à opressão [...]. Ainda creio que superaremos tudo isso. Essa fé nos dá a coragem de enfrentar as incertezas do futuro. Dá forças aos nossos pés cansados enquanto continuamos nossa marcha rumo à cidade da liberdade. Quando nossos dias tornarem-se lúgubres e cobertos por nuvens e nossas noites tornarem-se mais escuras que mil meias-noites, saberemos que estamos vivendo no tumulto criativo de uma civilização genuína lutando para nascer (Cerimônia de entrega do Nobel da Paz, Oslo, 10 de dezembro de1964)(A VOZ ..., 1968, p. 01).

Infelizmente, a História transforma algumas pessoas em oprimidas e outras em opressoras. E há três formas pelas quais os indivíduos oprimidos podem lidar com a opressão. Uma delas é se levantar contra os opressores com violência física e ódio corrosivo. Mas este não é o caminho. Pois o perigo e a fragilidade deste método são sua futilidade. A violência cria mais problemas sociais do que soluções. Como disse várias vezes, se o negro sucumbir à tentação

> de usar a violência em sua batalha, as gerações que ainda não nasceram receberão uma longa e desoladora noite de amargura, e nosso principal legado ao futuro será um eterno reinado de caos sem sentido. A violência não é o caminho [...]. Então nesta manhã, enquanto olho em seus olhos e nos olhos de todos os meus irmãos do Alabama e de toda a América e do mundo, digo a vocês: 'Eu te amo. Prefiro morrer a odiá-lo'. Sou tolo o bastante para crer que, através do poder deste amor, até os homens mais inflexíveis serão transformados. E aí estaremos no reino de Deus. Poderemos nos matricular na universidade da vida eterna, pois teremos o poder de amar nossos inimigos, abençoar as pessoas que praguejaram contra nós, até decidirmos ser bons com as pessoas que nos odiavam, até rezarmos pelas pessoas que nos usaram.(Amar seus Inimigos, Montgomery, 17 de novembro de 1957) (A VOZ ..., 1968, p. 01).

Com os sermões, discursos e uma atuação com baseamento na não violência, Luther King movimentou toda uma geração nos Estados Unidos e no mundo a lutar por transformações sociais e uma vida mais digna, sem deixar de lado a paz, focado em lutar não só contra o racismo, mas qualquer fonte de injustiça contra o próximo.

1.4 SUAS ÚLTIMAS BATALHAS E OBSTÁCULOS ANTES DE SUA MORTE

Ao passar do tempo, Martin Luther King Jr. foi ampliando seus objetivos. Entretanto, ganhava mais opositores, tanto entre brancos segregacionistas como entre negros que julgavam que a tática de não violência não ocasionava implicações práticas. Auferiu inúmeras intimidações, teve sua casa parcialmente aniquilada, foi esfaqueado por uma mulher negra com distúrbios mentais. Colocou-se contra a guerra do Vietnã e principiou a proteger a garantia econômica e diminuição da miséria. Uma de suas últimas ações foi a "Campanha das Pessoas Pobres", seria introduzida, de forma elegante, com uma nova marcha em Washington. Todavia, com a morte de Martin Luther King, o movimento dos direitos civis e o próprio país não serão mais os mesmos. Ícone do esboço de uma nova América, mais aberta a grandes minorias que contemporaneamente se encontra a margem da sociedade, King não estará vivo para observar o resultado de seu trabalho. O espólio do reverendo, entretanto, seguramente será lembrado pelos cidadãos dos Estados Unidos.

2. A LUTA PERMANECE: O RACISMO NO BRASIL

No Brasil, costuma-se considerar em uma comunhão racial equilibrada, acredita-se, até mesmo, que em nosso País não tem diferenciação de raças em razão da miscigenação. Entretanto, presentemente vê-se, sem observação a qualquer pesquisa ou informação estatística,

que o predomínio dos desfavorecidos são os negros. O autor Sales Augusto dos Santos disserta sobre a discriminação racial em nosso país:

> Discriminamos os negros mas resistimos a reconhecer a discriminação racial que praticamos contra esse grupo racial.(…)o racismo está no outro bairro, na outra empresa, na outra universidade, na outra cidade, no outro estado, em outro país, entre outros, menos em nós mesmos. Nós, por mais que os dados estatísticos oficiais e não oficiais nos indiquem abismais desigualdades entre negros e brancos, achamos que não temos nada a ver com isso, pois a maioria absoluta dos brasileiros só vê o racismo dos outros e nos outros, nunca neles mesmos (SANTOS, 2003, p.86).

Observa-se que no Brasil, o mais embaraçoso é reconhecer-se preconceituoso, mas ações inconscientes demonstram um racismo disfarçado, emitido em modestos comportamentos. Lilia Moritiz Schuwarcz aborda sobre a questão:

> [...] ninguém nega que exista racismo no Brasil, mas sua prática é sempre atribuída a 'outro'. Seja da parte que age de maneira preconceituosa, seja daquela de quem sofre com o preconceito, o difícil é admitir a discriminação e não o ato de discriminar. Além disso, o problema parece ser o de afirmar oficialmente o preconceito e não o de reconhecê-lo na intimidade. Tudo isso indica que estamos diante de um tipo particular de racismo, um racismo silencioso e sem cara que se esconde por trás de uma suposta garantia da universalidade e da igualdade das leis e que lança para o terreno privado o jogo da discriminação. Com efeito, em uma sociedade marcada historicamente pela desigualdade, pelo paternalismo das relações e pelo clientelismo, o racismo só se afirma na intimidade. E da ordem do privado, pois não se regula pela lei, não se afirma publicamente. No entanto, depende da esfera pública para sua explicitação, numa complicada demonstração de etiqueta que mistura raça com educação e com posição social e econômica. 'Preto rico no Brasil é branco, assim como branco pobre é preto', diz o dito popular. Não se 'preconceitua' um vereador negro, a menos que não se saiba que é um vereador; só se discrimina um estrangeiro igualmente negro enquanto sua condição estiver pouco especificada(SCHUWARCZ, 1998, p.181).

No Brasil o preconceito racial se faz presente em sua história, do passado escravista a uma abolição que insuficientemente alterou a condição dos negros no período, que se exprimi até os dias contemporâneos na continuação dos negros nos cargos subordinados. Assim, a abolição não estabelece a efetiva libertação dos negros, já que para sobreviverem, deveriam prosseguir a ser submissos. De uma maneira abrangente estipulada o conceito da "democracia racial", essa ideia se manifesta como uma lenda a partir da análise de que no Brasilhá um preconceito racial, inclusive, a supremacia da raça branca sobre a negra, a propagação desse raciocínio só contribui para a propagação do racismo encoberto, contemporâneo em nossa sociedade.

Numerosos autores não aderem com a conclamada democracia racial, tão difundida, divulgando uma igualdade pérfida e ilusória. Essa crença é um grande utensílio de predomínio ideológico irreal para a nação brasileira. Desta forma, Eduardo Oliveira, defende que o mito da

democracia racial é um empecilho para uma necessária discussão que verse a respeito de medidas que acabem com a discriminação racial:

> Como herança ideológica, o mito da democracia racial nos persegue até hoje. Ele continua sendo base da crença nacional na inexistência de mecanismos de discriminação e se coloca como um eterno obstáculo ao debate sobre as relações raciais e culturais no País. No ideário da democracia racial criou-se na figura do mestiço um tipo ideal, capaz de diluir as características específicas (culturais e biológicas) dos diferentes conjuntos identitários. Entretanto, não podemos deixar de lembrar que este tipo ideal foi pensado, acima de tudo, como resposta ao potencial conflito da oposição branco-negro, numa sociedade fundada sob o signo da desigualdade entre as duas raças através do escravismo. Se o ideário da miscigenação tira do branco seu teor de "pureza", ele retira do elemento negro odireito à existência - deve-se considerar a influência da tese do embranquecimento entre nós (OLIVEIRA, 1997).

Neste deslinde, a utopia da democracia racial é analisada como um entrave a uma discussão profunda e produtiva sobre a precisão da adoção de medidas concretas que acabem com a discriminação racial no Brasil.

2.1 A BATALHA PELA ESTRUTURA SOCIAL JUSTA

As características inerentes do sistema capitalista: a concentração e unificação do capital e, por conseguinte, a pobreza e o desemprego ligados por essa vinculação; a concorrência; o consumo descomedido que instigam as alterações nas composições das prioridades humanas; a bifurcação do trabalho e suas consequentes hierarquizações que balizam as escolhas dos indivíduos singulares, que independente de suas características, é forçado a concorrerem entre eles, no qual os próprios indivíduos estão sujeitos à venda como mercadorias. Apresentam Mello e Novais o que vem corroborar com o exposto:

> [...] O capitalismo cria a ilusão de que as oportunidades são iguais para todos, a ilusão de que triunfam os melhores, os mais trabalhadores, os mais diligentes, os mais "econômicos". Mas, com a mercantilização da sociedade, cada um vale o que o mercado diz que vale. Não há nenhuma consideração pelas virtudes, que não sejam as "virtudes" exigidas pela concorrência, a ambição pela riqueza e a capacidade de transformar tudo, homens e coisas, em objeto de cálculo em proveito próprio. No entanto, a situação de partida é sempre desigual, porque o próprio capitalismo, a própria concorrência, entre as empresas e os homens, recria permanentemente assimetrias entre os homens e as empresas [...] (MELLO; NOVAES, 1999, p.581-582).

Adentro desse campo de luta que é o capitalismo, a batalha contra o racismo é incessante, nas regiões metropolitanas a grande maioria é negra, cidades como Recife ou Salvador padecem com a mesma intensidade os que segregam ou discriminam socialmente. De

relevância salientar que os negros com análoga formação acadêmica aos brancos, em sua grande maioria não obtêm cargos de alta qualificação e confiabilidade e quando finalmente ultrapassam este bloqueio, não são pagos da mesma forma, recebendo rendimentos sucessivamente inferiores.

Contudo, que direção tomar para que a desigualdade seja extinta? Existem várias réplicas alcançadas que ainda estão muito além de deliberar este impasse, uma hipótese é que no sistema capitalista não há chances de todas as pessoas em particular gozarem de todos os benefícios e fortunas produzidas socialmente. É errada esta forma de aparelhamento social, entre aqueles que mantêm o poder político, militar e econômico, isto é, a classe dominante. E os dominados, aqueles que sobrevivem do seu ofício.

> [...] O desenvolvimento do capitalismo e a produção do espaço não podem ser compreendidos sem ligações com o Estado. Desde a acumulação primitiva (séculos XVI, XVII e XVIII), processo deflagrador da produção e da sociabilidade capitalista, que o Estado vem se expandindo e multiplicando suas funções [...] Além da proteção de um mercado "nacional" pela fixação de fronteiras e política alfandegária, a ação estatal em prol da economia capitalista foi intensa e essencial: estabelecimento de regras que governam as relações sociais de produção internas à sua jurisdição [...]; a repressão – e o disciplinamento por variados instrumentos (inclusive o sistema escolar) – da força de trabalho, buscando adequá-la a racionalidade da produção capitalista [...] (VESENTINI, 1990, p.16)

Já no início do século XIX, os desdobramentos subjetivos da ação colonizadora ocasionaram detrimentos irremediáveis à população negra em nível mundial. Presentemente, apesar da independência formal dos países, os negros e os índios, não conseguiram se desatar dessa herança histórica que os diminuem a um grupo humano inferior. Nas palavras de Sartre:

> [...] Quando domesticamos um membro de nossa espécie, diminuímos o seu rendimento e, por pouco que lhe demos, um homem reduzido a condição de animal domesticado acaba por custar mais do que produz. Por esse motivo os colonos veem-se obrigados a parar a domesticação no meio do caminho: o resultado, nem homem nem animal, é o indígena. Derrotado, subalimentado, doente, amedrontado, mas só até certo ponto, tem ele, seja amarelo, negro ou branco, sempre os mesmos traços de caráter: é um preguiçoso, sonso e ladrão, que vive de nada e só reconhece a força [...] (SARTRE, 1979, p.10).

Ao ser incomodado por algum certo grupo social formado, o Estado, mesmo que desarticulado tanto nacionalmente ou regionalmente como o movimento negro, proporciona concessões, mas não muda em definitivo a sua conjuntura, pois coisa alguma pode intervir negativamente nas ambições da classe influente e no seu plano de acumulação. O Estado concede aos negros certas concessões que consente, em último caso, uma parcela de conforto.

Tratando-se do racismo em nosso país, são utilizadas todas as formas de contextos que narram respeito à formação, capacidade intelectual, habilidade etc., para atestar a não inclusão do negro em funções qualificadas dentro do mercado de trabalho. É indiscutível a presença dos negros nos encargos de ocupação mais salientes e, logo, nas classes de plano econômico mais elevado, e a exposição destes esclarecimentos confere aos meios de comunicação social, a academia e ao governo a urgência moral, de conduzir alternativas que apontem em extenso prazo "o requerimento da igualdade" nacional. Entretanto, não deixam de serem atuações imediatamente a biscoitáveis, predileções aceitáveis no interior das limitadas opções socialmente concebidas. Valenzuela, socióloga e consultora da OIT (Organização Internacional do trabalho),salienta que:

> [...] As políticas educacionais e de formação para o trabalho podem entregar as mulheres e aos negros ferramentas necessárias para um melhor desempenho no mundo do trabalho. São importantes, também, as atividades de capacitação para o desenvolvimento de carreiras profissionais que permitam ascender a posições superiores hierarquicamente, como forma de enfrentar a segmentação do mercado de trabalho, permitindo seu acesso às ocupações de melhor nível de remuneração e prestígio [...] (VALENZUELA, 1999, p.173).

É notório que a população negras é que como a maior vítima do desemprego e dos trabalhos precários até mesmo tendo uma escolaridade similar à do branco. Acredita-se que a única forma de ocasionar a igualdade entre as pessoas, é de eliminar a visão genérica da inferioridade congênita da raça negra, é extinguindo a composição de organização social que basicamente precisa idealizar os seus "inferiores" para desculpar a adversidade provocada pelo sistema atual.

Vislumbra-se que o mercado é capitalista e sua composição é a competição e não a solidariedade. Há uma real necessidade de um debate nacional e mundial em favor de um original e novo plano de aparelhamento social, que privilegie o incremento das potencialidades humanas e de suas individualidades em detrimento do capital. Assevera Fanon, que só há um caminho plausível para a transformação dessa estrutura social:

> [...] Se ele se encontra submerso a esse ponto pelo desejo de ser branco, é que ele vive em uma sociedade que torna possível seu complexo de inferioridade, em uma sociedade cuja consistência depende da manutenção desse complexo, em uma sociedade que afirma a superioridade de uma raça, é na medida exata em que esta sociedade lhe causa dificuldades que ele é colocado em uma situação neurótica [...]o negro não deve ser mais colocado dentro desse dilema: tornar-se branco ou desaparecer, mas ele deve poder tomar consciência de uma possibilidade de existir, ou se a sociedade lhe causa dificuldades, devido a sua cor, se eu constato em seus sonhos a expressão de um desejo inconsciente de mudar de cor, meu objetivo não será dissuadi-lo, aconselhando-lhe a "manter suas distâncias"; meu objetivo, ao contrário será, uma vez as causas determinantes esclarecidas, torná-lo capaz de escolher a

> ação (ou a passividade) a respeito da verdadeira origem do conflito isto é, a respeito das estruturas sociais [...] (FANON, 1983, p.83-84)

Torna-se preciso compreender a realidade e batalhar sem abandonara raiz da questão a ser sanada. Sem um plano que viabilize dar fim à lógica dessa composição social e suas incoerências, nunca se poderá discorrer em igualdade e liberdade em suasignificação etimológica.

2.2 CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO RACISMO DENTRO DO AMBIENTE ESCOLAR

Após a Segunda Guerra Mundial, a nova Constituição Brasileira, na expectativa de transformações, proibiu a discriminação racial. Contudo, apesar de negado, o preconceito racial permanecia a fazer suas vítimas. No ano de 1951, foi idealizada por Gilberto Freire e Afonso Arinos uma lei que estipulava penalidades para ações de discriminação de raça e cor em lugares públicos, chamada Lei Afonso Arinos. Atualmente, os crimes de racismo são reprovados pela Constituição (artigo 5º), pelo Código Penal (artigo 2308) e pela lei 7716 (CARNEIRO, 1997, p.51).

Mesmo que a repressão das exteriorizações de racismo seja essencial, a mesma não é o bastante para transformar ideologias enraizadas no imaginário da população brasileira. Desta forma, inúmeros estudiosos têm considerado para a precisão de se dar maior cautela ao procedimento educativo que se expande em inúmeros âmbitos da convivência humana. Precisamente nesse procedimento que se consolida falsos princípios a consideração do negro, que são, também, internalizadas pelo próprio grupo étnico em questão, o que atrapalha a construção de uma identificação assertiva habilitada de pugnar os princípios negativos formados pelo grupo branco dirigente.

Desta forma, a escola, não municia artifício alguma que venham ajudar na concepção da identidade racial e, ainda, avigora de maneira negativa alguns estereótipos que danificam o procedimento socializador, não havendo indicação de que a mesma esteja aparelhada para atender todos estes pontos. Especialmente, não leva em conta a desvantagem econômica e social do aluno negro.

> As práticas pedagógicas continuarão punindo as crianças negras que o sistema de ensino não conseguiu ainda excluir, aplicando-lhes o seguinte castigo: reclusão, ritualização em

> procedimentos escolares de efeito impeditivo, cujo resultado imediato é o silêncio da criança negra, em curto prazo, e do cidadão, para o resto da vida (GONÇALVES, 1987, p. 29).

Observa-se que os resultados escolares dos fragmentos raciais brancos e negros são deveras diferenciados. Os indicadores de repetência e exclusão são maiores entre os estudantes negros, que prosseguem na escola e têm um andamento incontínuo, maior que a de estudantes brancos, e também, o atraso escolar é menor entre estes e tende a crescer à medida que majora a idade do aluno.

Ponderando a condição da educação do negro em nosso país, é preciso redirecionar os questionamentos das parcelas interessadas. É impossível relacionar mecanicamente o êxito escolar dos filhos à escolaridade dos pais, já que pais analfabetos têm estimulado seus filhos a terem progressos na escola. Porém, não se resume somente ao ponto familiar, é necessário fixar o olhar sobre a ampliação das políticas públicas educacionais.

Existe uma precisão imperativa de visão de ações afirmativas que possam reformar as desigualdades entre brancos e negros em nosso país. A concepção de cotas é uma das opções localizadas pelas entidades negras para atender as enormes diferenças socioeconômicas viventes entre brancos e afrodescendentes. No entanto, "exclusivamente a invenção de cotas não define a dificuldade. É indispensável uma política que assevere a preparação da comunidade negra, pois sem isso o estado desses discentes que vão entrar na universidade ou no mercado de trabalho pode ficar até mesmo pior" (CASTRO, 2002, A Tarde).

> As contribuições da escola e das instituições-chave serão manejadas pelo Poder Público nesta direção. O negro não é somente 'igual perante a Lei'. Ele ocupa uma situação desfavorabilíssima que precisa ser corrigida pela educação democrática, pelo convívio, como cidadãos da mesma sociedade civil e do mesmo Estado (FERNANDES, 1993, p. 238-240).

Prontamente, a escola tem múltiplos desafios para que possa trabalhar com a discriminação racial. Inicialmente é localizar composições de ação ao preconceito e discriminações raciais na família e na escola; o segundo elaborar sugestões curriculares e educacionais para o enfrentamento dos assuntos raciais a partir da pré-escola; o terceiro é a primordialidade de se elaborar novas proposituras e material didático para confrontar o tema e o quarto e último, ordenar a visão de uma identidade negra positiva que se institua na relação com o branco e no reconhecimento das diferenças.

CONCLUSÃO

Frisa-se que o princípio da igualdade é comprovado constitucionalmente, prontamente, deve ser considerado na sua totalidade para que se defira aos fundamentos do Estado Democrático de Direito com a finalidade de se idealizar uma fraterna coletividade. Ocorre no Brasil à utopia da democracia racial, o racismo ainda é prática concreta em nossa coletividade e faz jus a que várias forças se compilem para sua erradicação.

A discriminação é presente em todos os segmentos da sociedade, seja na educação, mercado de trabalho, e outras atitudes diárias que demonstram que, não obstante o segregacionismo brasileiro não ser tão manifesto como em países como África do Sul e Estados Unidos, ele conservar-se de forma acobertada e não menos desumano, por isso torna-se imperativo o seu reconhecimento para que se lute para o seu fim.

Imprescindível salientar que um dos passos a ser dado no combate ao racismo principie na escola, para que esta seja um espaço de discussão, onde o aluno não só escute como também seja escutado, onde os pais e responsáveis, educadores e demais profissionais da área posam ouvir e falar e juntos deliberar as novas direções quanto à questão da discriminação, só assim serão exibidos a aspiração de toda a comunidade escolar rumo à humanização.

A pós o falecimento de Martin Luther King, a exclamação que sempre distinguiu suas exposições orais dá espaço a uma grande interrogação. A única certeza é que, sem ele, a coordenação e o movimento dos direitos civis e o próprio país não serão mais os mesmos. Ícone do esboço de uma nova América, mais aberta as inúmeras pessoas que compõem as minorias que presentemente ficam a margem da sociedade, King não estará vivo para vislumbrar os efeitos de sua batalha. Contudo, seu legado seguramente será lembrado pelo resto do mundo, e não só pelos americanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A VOZ da alma. O sonho da liberdade, o topo da montanha, a terra prometida: nos emocionantes discursos de Martin Luther King, as imagens que inspiraram multidões a seguir o caminho do reverendo. Edição extra: os discursos. A morte de Martin Luther King. **Revista Veja – Veja na história**. Publicado em: abr. 1968. Disponível em: < http://veja.abril.com.br/historia/morte-martin-luther-king/discursos-eu-tenho-um-sonho-retorica-voz-alma.shtml>. Acesso em: 01 jun. 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovat, 2003.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **O racismo na história do Brasil – mito e realidade**. 5. ed. São Paulo: Editora Ática, 1997.

CASTRO, Ubiratan. In. CLAY, Vinicius. Comemorado pelo negro: afrodescendentes atestam que há novas formas de opressão. **Jornal A Tarde**. Salvador, 14 maio 2002.

FANON, Frantz. O falso complexo de dependência do colonizado. In: FANON, Frantz. **Pele negra máscaras brancas**. Rio de janeiro: Fator, 1983.

MELLO, João Manuel Cardoso de; NOVAIS, Fernando A. Capitalismo tardio e sociabilidade moderna. In: SCHUWARCZ, Lilia Moritiz (Coord.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras , 1999. v. 4.

OLIVEIRA, Eduardo Hp de. Além, do nada: Estado, raça e ação afirmativa. **O racismo no Brasil:** a democracia em questão. Caderno n. 23, nov. 1997.

O REI da nova América. Formação cristã, filosofia europeia e ensinamentos de Gandhi fizeram de King uma bandeira da transformação dos EUA e um líder universal, para quem não havia causa pequena demais. Edição extra: biografia. **Revista Veja – Veja na história**. Publicado em: abr. 1968. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/historia/morte-martin-luther-king/biografia-pastor-rei-nova america.shtml>. Acesso em: 01 jun. 2014.

PINTO, Tales dos Santos. **Martin Luther King e a luta pela igualdade**. Mundo Educação. Disponível em: <http://www.mundoeducacao.com/historiageral/martin-luther-king.htm>. Acesso em: 01 jun. 2014.

PREVIDELLI, Amanda. Veja na íntegra o histórico discurso de Martin Luther King. **Revista Exame**. Publicado em: 28 ago. 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/veja-na-integra-o-historico-discurso-de-martin-luther-king?page=2>. Acesso em: 01 jun. 2014.

SANTOS, Sales Augusto dos. Ação afirmativa e mérito individual. In: LOBATO, Fátima; SANTOS, Renato Emerson dos (Orgs.). **Ações afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SARTRE, Jean Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A, 1979.

SCHUWARCZ, Lilia Moritiz. Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na intimidade. In: SCHUWARCZ, Lilia Moritiz**. História da vida privada no Brasil**: contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

VALENZUELA, Maria Elena. Igualdade de oportunidades e discriminação de raça e gênero no mercado de trabalho no Brasil. In: **Abertura e ajuste do mercado de trabalho no Brasil**: políticas para conciliar os desafios de emprego e competitividade. Brasília: OIT e MTE. São Paulo: Ed. 34, 1999.

VESENTINI, José William. **Imperialismo e geopolítica global**: espaço e dominação na escala planetária. Campinas: Papirus, 1990.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais.** Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

CAPÍTULO X

A RELAÇÃO ENTRE O CONTEÚDO EXISTENCIAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

José Leite da Silva Neto
Mestre em Direito (Teoria do Direito e do Estado) pela UNIVEM (Marília); doutorando em Direito(Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela ITE-BAURU. Membro do Grupo de Pesquisa "A Efetividade Dos Direitos Fundamentais"; Grupo liderado por Vidal Serrano Nunes Júnior e Tatiana Stroppa. Professor da Faculdade REGES de Dracena.

RESUMO: O termo dignidade da pessoa humana, desde a primeira metade do Século XX, ganhou *status* de categoria jurídica em declarações internacionais como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Proclamação de Teerã. Nesta esteira, o Direito Constitucional Brasileiro o adotou como um dos fundamentos do ordenamento nacional. No entanto, parte da doutrina alega falta de substância e afirma que seu conceito é vago sendo, portanto, de pouca utilidade para o direito. A separação do conceito em duas acepções, uma ontológica e outra existencial, serve de orientação básica para que o direito seja instrumento para proporcionar condições digna de vida. A dignidade, enquanto natureza ontológica precede ao direito que não pode lhe alterar. Sem a preocupação de produzir tais condições, de fato, o conceito de dignidade se restringe à dimensão ética e filosófica de origem religiosa. Porém, a dignidade da pessoa humana, como princípio do direito, torna-se fio condutor para os direitos fundamentais sociais que se apresenta como instrumentos de efetivação da vida digna. A saúde, a educação, a alimentação, a assistência e a proteção nas situações limites objetivam a elementar garantia de qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa. Entre estes direitos e garantias se destaca o direito fundamental social à saúde enquanto estado completo de bem estar da pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais sociais. Mínimo existencial. Condição Humana. Vida digna.

SUMMARY: From the first half of the twentieth century the term human dignity has become a legal category in international declarations such as the Universal Declaration of Human Rights; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; and the Proclamation of Teheran. On this track, the Brazilian Constitutional Law adopted it as one of the basis of national law. However, some legal doctrine claims this concept lacks substance and asserts that it is vague and therefore of little use to the law. The separation of the concept in two meanings, ontological and existential, serves as a basic guideline for law being

instrument for dignified living conditions. The dignity as ontological nature precedes the law that can't change it. But, at the same time, it serves as a parameter in order to set the should be necessary for the person's welfare. Without the worry of having such conditions indeed the concept of dignity is limited to the ethical and philosophical dimension, in this case, with religious background. But the dignity of the human person, as principle of law, comes to be driving force for basics social rights and effective instruments of dignified life. That means, it is a mechanisms to provide the existential minimum. The health, education, food, assistance and protection in extremes situations are designed to ensure the quality of life according to human dignity. Among these rights and guarantees highlights the basic social right to health while complete welfare of the person.

KEYWORDS: Human dignity, Fundamental social rights, Existential minimum, Human Condition, Dignified life.

INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988, na esteira do movimento humanitário que assolou o direito após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial gerando Declarações em defesa dos direitos humanos, adotou a dignidade da pessoa humana como norte e fundamento do ordenamento nacional. Colocada no contexto dos fundamentos, a dignidade se torna referencial para o controle da normatização, inclusive constitucional, exigindo a efetivação e servindo de parâmetro para a interpretação de todas as normas e atos dos poderes republicanos constituídos. Também passa a servir como exigência na relação entre particulares. Não sendo este último tema preocupação do presente artigo.

O problema deste trabalho está na relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais sociais, especialmente na garantia do mínimo existencial representado pelo direito fundamental à saúde (FUHRMANN, 2014, p. 144 – 145). Trata-se da identificação do elemento existencial presente no conceito de dignidade da pessoa humana. Diante do questionamento sobre vagueza do conceito de dignidade humana, que inviabilizaria seu uso jurídico, responde-se com a afirmação da vida digna como materialidade existencial da pessoa humana protegida pelos direitos fundamentais sociais.

Contrapondo a suposta "grande vagueza" (BARROSO, 2015, p. 284) e a acusação de ausência de significado "específico e substantivo" (BARROSO, 2014, p.57) do termo dignidade humana, apresenta-se a acepção existencial do conceito suficientemente forte para dar sustento à exigência de direitos fundamentais sociais que assegurem o mínimo necessário para a vida estar de acordo com a essência humana. Assim, a dignidade corresponde tanto com a afirmação

da plenitude essencial da humanidade, quanto com as condições materiais de realização da pessoa humana.

O tema deste artigo está na relação entre o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e o papel dos direitos fundamentais sociais. O problema consiste em verificar os direitos fundamentais sociais como instrumentos para assegurar o mínimo existencial de dignidade sem o qual o conceito de pessoa humana se torna vago e sem substância. Desta forma, como conceito a dignidade deve corresponder ao equivalente objeto. Assim, ela se apresenta em duas dimensões distintas: de um lado a essência abstrata do ser humano e, de outro, as condições existenciais. É necessário solucionar este conflito conceitual para determinar o significado da dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento.

O método de trabalho é o bibliográfico baseados em fontes primárias e secundárias das quais se deduzirá a diferenciação entre o conceito ontológico e existencial de dignidade da pessoa humana. Além disto, a preocupação metodológica é conceitual. Apresenta-se a distinção e a aproximação entre o elemento ontológico e o existencial, isto é, a idealidade conceitual da essência humana presente no conceito de pessoa humana e as reais condições humanas apresentadas no mundo da vida. Em seguida, analisa-se a importância do conceito existencial de dignidade da pessoa humana para os direitos fundamentais sociais com breve destaque ao problema da saúde. Como ponto de partida teórico adota-se a postura de Hannah Arendt para quem a ideia de ser humano é quimérica quando não houver a correspondente condição de reconhecimento e efetivação da humanidade no cotidiano da vida.

1. A HUMANIDADE ONTOLÓGICA E A CONDIÇÃO EXISTENCIAL DA PESSOA HUMANA

A proposta da dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional traz a exigibilidade do mínimo existencial como manifestação elementar da condição humana nos termos propostos por Hannah Arendt. Ao introduzir seu A Condição Humana, ela ressalta que:

> O que estamos fazendo" é, na verdade, o tema central deste livro, que aborda somente as manifestações mais elementares da condição humana, aquelas atividades que tradicionalmente, e também segundo a opinião corrente, estão ao alcance de todo ser humano. Por esta e outras razões, a mais alta e talvez a mais pura atividade de que os homens são capazes – a atividade de pensar – não se inclui nas atuais considerações. (ARENDT, 2004, p. 13)

Neste sentido a dignidade corresponde à conservação de determinadas condições através das quais o ser humano pode gozar satisfatoriamente sua existência. Não basta possuir a transcendência, pois a humanidade abstratamente reconhecida demanda por meios materiais de realização, ou seja, exige a imanência. A ausência de determinadas condições não nega a essência humana, porém continua constantemente clamando por sua efetivação existencial. Para Hannah Arendt,

> (a) condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contado torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a vita activa[76] consiste em coisas produzidas pela atividade humana; mas, constantemente, as coisas que devem sua existência exclusivamente ao homem também condicionam os seus atores humanos. (ARENDT, 2004, p. 17)

A distinção Arendt Iana entre natureza e condição humana constitui importante ponto de partida para o conteúdo mínimo do conceito de dignidade da pessoa humana. Os homens são atores sociais inseridos em determinadas realidades. Assim,

> Para evitar erros de interpretação: a condição humana não é o mesmo que a natureza humana, e a soma total das atividades e capacidades humanas que correspondem à condição humana não constitui algo que se assemelhe à natureza humana. (ARENDT, 2004, pp. 17 - 18).

A vida política e, com ela, o direito não podem construir ou modificar a natureza humana. A realização plena da natureza com o desenvolvimento de todos os elementos de humanidade corresponde ao máximo ideal da dignidade. Esta última compreensão talvez possa ser discutida como conceito vago e pouco substancial. Contudo serve de referência para o mínimo real que justifique na existencialidade a grandeza propalada do ser humano.

> Por outro lado, as condições da existência humana (...) jamais podem "explicar" o que somos ou responder a pergunta sobre o que somos, pelas simples razão de que jamais nos condicionam de modo absoluto. (ARENDT, 2004, p. 19)

Vê-se, portanto, que enquanto natureza a dignidade não é uma criação constitucional. A natureza humana antecede a normatização e não pode ser alterada por esta. Neste caso a pessoa humana é um fim em si mesmo (SILVA, 1998, p. 90). Então, no sentido de realidade ideal, a

[76]"Com a expressão vita activa, pretendo designar três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação. Trata-se de atividades fundamentais porque a cada uma delas corresponde uma das condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na terra". (ARENDT, 2004, p. 13)

dignidade não é criação do direito; a humanidade transcende e antecede a sua formulação filosófica, política e jurídica. Como ensina José Afonso da Silva:

> (...) a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.
> Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. (SILVA, 1998, p. 91)

Deste ponto de vista, a dignidade humana se reveste de caráter teleológico. O tema antecede as declarações internacionais protetivas do ser humano. É o sentido teleológico e finalista do conceito de dignidade cuja fonte remonta à teleologia cristã bem formatada por Pico Della Mirandola, no último quarto do Século XV, em seu Discurso sobre a Dignidade Humana. O elemento dignitário do homem está em sua filiação divina e não depende de temporalidades. A dignidade é o que faz o homem ser de dois mundos: o celestial e o terrestre. Para ele o motivo pelo qual o homem é "o mais feliz de todos os seres animados e digno, por isso, de toda admiração" é o fato de ser uma criatura intermediária entre os seres celestiais e as bestas. Para Pico Della Mirandola, Deus concedeu ao homem a dignidade que está acima do arbítrio humano (PICO DELLA MIRANDOLA, 2001, pp. 53 – 56).

A acepção naturalista religiosa da condição humana acompanha o conceito ao logo do tempo. No começo dos anos 40 do século XX, Le Comte Du Nouy volta a reforçá-lo procurando mostrar o desenvolvimento da dignidade no contexto da evolução biológica unindo as escrituras e a teoria finalista da evolução. Segundo Le Comte Du Nouy:

> Chegada ao homem, o mais livre de todos os animais, a evolução prossegue no plano moral e espiritual, e o mesmo critério se aplica, na hipótese tele finalista e nas Escrituras; mas um ensaio no plano biológico, anatômico ou fisiológico transforma-se em prova no plano psicológico. (LE COMTE DU NOUY, 1955, p. 201)

Para ele, seja no plano moral e espiritual das escrituras, quanto no plano biológico e psicológico, a dignidade faz parte da natureza inviolável do homem. As condições concretas revelam apenas a irracionalidade da organização da sociedade humana e a situação ainda primitiva de seu desenvolvimento, mas em nada modifica a dignidade intrínseca à condição quase celestial presente na pessoa humana. Entre os dois autores encontra-se Kant com seu imperativo prático:

> O imperativo prático será pois o seguinte: Age 'de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. (KANT, 1989, p. 69)

Como consequência,

> (...) o homem não é uma coisa; não é portanto um objeto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. (KANT, 1989, p. 70)

Kant não nega a teleologia da dignidade proposta por Pico Della Mirandola e dissertado posteriormente por Le Comte Du Nouy. No entanto seu imperativo categórico traz o dever ser de agir segundo esta dignidade. Do ponto de vista finalístico o homem não é coisa e deve ser tratado como um fim em si mesmo. Note-se que *deve ser*, porém no trato cotidiano nem sempre *é* tratado. Como observa Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou, no ensinamento de Kant,

> A dignidade implica (...) que o homem não possui um valor relativo, sendo um fim em si mesmo, ou seja, toda pessoa é um fim em si mesma, não devendo ser transformada em um meio para a realização de metas coletivas. (SALAZAR E GROU, 2009, p. 35)

Nos autores citados a dignidade se apresenta como elemento ontológico que define a essência da pessoa humana. Porém, esta pessoa que tem um fim em si mesmo existe em determinadas condições materiais que podem revelar ou esconder sua finalidade teleológica. O dever ser ideal nem sempre acompanha a realidade. Quando não se "age de tal maneira" não se perde a essência do ser, contudo também ela não se revela em forma de vida digna. Então, a dignidade, para a boa compreensão jurídica, deve ser considerada na perspectiva ontológica, como propõe Héctor Gros Espiell, Ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem perder de vista a referência existencial. Segundo ele:

> A la dignidad ontológicamente considerada, a la dignidad como ser, ya que al contrário no puede haber un derecho, ni, paralelamente, la obligación, a tener una conducta digna, es decir a un enfoque axiológico de ladignidad, como conductaenla vida, que resulta del libre albedrío individual y que puede ser digno o indigno, sin que jamás se pierda, en cambio, ladignidadinherente al ser de la persona humana. (ESPIELL, 2003, p. 198)

O reconhecimento da dignidade humana como fundamento dos direitos humanos, assegurados em tratados internacionais, e refletida nos direitos fundamentais dos ordenamentos nacionais faz sentido na medida em que assegura a possibilidade da plena realização do ser

humano e afirma o direito à vida digna. O ser humano demanda por viver humanamente. Portanto, "limitar o suspender elderecho al reconocimiento de La dignidad significa negar El derecho a la vida" (ESPIELL, 2003, p. 219).

O tema da materialidade das condições dignas aparece no contexto contemporâneo com a Declaração de Filadélfia (1944) já enfatizando a ponte conceitual entre a ontologia e a existência humana. In verbis*:*

> A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social, afirma que:
> a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;
> b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional.(...) (OIT, Declaração de Filadélfia, 1944 - sem grifo no original)

Na citação acima, verifica-se a preocupação da Declaração com as condições e o bem-estar material que são responsáveis pelo efetivo exercício do Direito. Trata-se do reconhecimento da humanidade presente em cada indivíduo seguida da exigência de concretização. O que a norma propõe não é criar a dignidade, mas lhe proporcionar as condições concretas de desenvolvimento.

Incluída em Filadélfia entre os conceitos do Direito, aos poucos se transforma em referência para o constitucionalismo internacional. O princípio da dignidade se consolida a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e fortalece no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). A dignidade da pessoa humana se torna categoria e conceito jurídico. A legislação derivada desta compreensão objetiva que o direito possa servir de instrumento para transformar a humanidade ontológica em experiência existencial de condições reais de vida, isto é, transformar a essência do ser em realidade. A partir de então todas as conferências das Nações Unidas referenciam a dignidade humana.

O documento de Conferência que menos cita a dignidade é a Proclamação de Teerã (1968), contudo o faz para estabelecer o vínculo definitivo entre a ontologia humana e a efetivação das condições existenciais de vida adequadas para a realização da pessoa humana. Assim resume Héctor Gros Espiell:

> La proclamación de Teherán (1968) únicamenteincluye en su "exhortación final" (párrafo2), una remisión a La Declaración Universal de Derechos Humanos para que los Estados Partes redoblen "sus esfuerzos para ofrecer a todos los seres humanos una vida libre y digna". El

> interes de este texto radica en que por primera vez invoca no ladignidad humana ensímisma, sino la vida digna, es decir una existencia humana enla que se denlos elementos para que ellapueda ser digna. Sindudaello implica referirse a larealidad de condiciones materiales, económicas, sociales y culturalescapaces de sustentar una vida libre y que por estar carente de coacciones, intolerancias, carências y discriminaciones, asegurelaposibilidad de una vida realmente humana, es decir digna. (ESPIELL, 2003, pp. 206 – 207 – sem grifo no original)

A dignidade exige condições materiais, econômicas, sociais e culturais suficientes para a vida digna. Da mesma forma como Hannah Arendt foge do conceito de humanidade dando preferência ao de condição humana, a legislação internacional e nacional pós Teerã, sem perder de vista a ontologia da dignidade, coloca no horizonte do dever ser as condições existenciais da vida digna. Assim, o conceito perde a vagueza e ganha conteúdo substancial.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO INSTRUMENTO PARA A REALIZAÇÃO EXISTENCIAL DA PESSOA HUMANA

De certa forma a dignidade em sua dimensão existencial equivale à realização da condição humana e compreende a cidadania social com a consequente exigibilidade dos Direitos Sociais reconhecidos pela Constituição de 1988.Conforme propõe Vidal Serrano Nunes Junior em A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais(2009) o respeito aos direitos fundamentais é exigência da dimensão institucional e fundamento da ordem política.

O termo *direito fundamental* surge do encontro de dois conceitos multifacetados e plurissemântico. Como bem resumido por André Franco Montoro (1987, pp. 17 - 34), a estrutura polis semântica faz o Direito aparecer como faculdade, norma, justiça, ciência e fato social, entre outras classificações possíveis. Como o termo fundamental, agregado ao substantivo direito, também apresenta diversidade de significados, resta entender *Direitos Fundamentais* não só como direitos subjetivos, mas também em uma dimensão institucional indicando que o respeito e a observância dos mesmos constituem fundamento de nossa ordem política (art. 1º, III) e princípio que deve nortear o país em suas relações internacionais. (NUNES JUNIOR, 2009, pp. 12 - 13)

Portanto, os Direitos Fundamentais além de apresentar proteções aos indivíduos tomados particularmente, demarcam o modelo de organização política centrado na valorização da cidadania como perfil próprio do Estado Democrático de Direito. Desta forma, o conceito adotado considera que os direitos fundamentais cobrem diversas dimensões do ser humano, tais

como sua liberdade, através dos direitos e garantias individuais; suas necessidades, pelos direitos sociais, econômicos e culturais; e em relação "à sua preservação", por meio da solidariedade.

Com isto, os direitos fundamentais formam "um sistema aberto de princípios e regras" no qual há "relação de integração e complementariedade entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, econômicos e culturais" (NUNES JUNIOR, 2009, pp. 14 – 15), protegendo as diversas dimensões do ser humano (NUNES JUNIOR, 2009, p. 22) e possibilitando a transformação da humanidade ideal em condições humanitária de existência. Eles são fundamentais na medida em que servem de instrumento para possibilitar a vida digna.

Conceituado o direito fundamental convém demarcar a distinção com os direitos humanos. Tanto um quanto o outro têm o mesmo objeto, qual seja, a proteção sistêmica e total do ser humano. Mas enquanto os direitos humanos são voltados para as proteções asseguradas internacionalmente e "constantes das declarações e tratados internacionais", os direitos fundamentais designam aqueles "positivados em nível interno" (NUNES JUNIOR, 2009, PP. 23 – 24). Contudo, seja na esfera internacional ou nacional há identidade quanto ao objeto protegido: a dignidade da pessoa humana. Como resume Ana Paula de Barcellos,

> (...) a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (BARCELLOS, 2002, p. 245 – 246)

Aos poucos a "necessidade de garantia dos direitos fundamentais, com o intuito de assegurar a justiça social e a desigualdade da vida humana em patamares mínimo" (SERRANO, 2009, p. 18) transforma cada vez mais os direitos fundamentais em referência para o desenvolvimento das constituições e para a interpretação constitucional. Ao mesmo tempo, a Constituição ganha centralidade no ordenamento e determina direitos elementares que servem

para legitimar os demais dispositivos constitucionais bem como de toda a legislação, dos atos administrativos e das decisões judiciais. Em resumo,

> (…) a Constituição deve ser vista como um sistema aberto de normas, constituído de regras e princípios, sensível a mudanças históricas e sociais, e não mais estática, visando sempre uma evolução, na busca por maior efetividade do direito e consagração da dignidade da pessoa humana. (SERRANO, 2009, p. 23)

Tais direitos têm como escopo básico a proteção do ser humano garantindo-lhe direitos materiais e formais asseguradores da dignidade e produzindo regulamentação que favoreça condições materiais para o mínimo necessário na efetivação da vida digna. Como diz Vidal Serrano Nunes Junior, "os direitos fundamentais pretendem (...) a proteção da dignidade humana, entendida à luz de uma análise do indivíduo em si e na sua relação com o meio social" (NUNES JUNIOR, 2009, p. 33).

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL DIGNO E A PROTEÇÃO E DEFESA DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição de 1988 situou as garantias e os direitos sociais no conjunto reservado aos direitos fundamentais, com o propósito implícito de **"**assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades", bem como de garantir "a realização de condições que permitam o exercício de tal direito"(OIT, Declaração de Filadélfia, 1944). Com as emendas subsequentes, o artigo 6º da Constituição possui a seguinte redação:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Salta à vista a preocupação com o mínimo elementar para que a dignidade presente na natureza humana encontre as condições de possível realização. Reconhecer a essência digna do homem e não lhe garantir alimento, saúde, fonte de renda, condições para criar os filhos e prover a família é profundamente contraditório. Na técnica adotada pelo legislador constituinte, segundo o artigo 60, §4º, inciso IV, os direitos fundamentais incluem-se no rol das cláusulas pétreas tornando-se intangível à vontade dos legisladores e do corpo administrativo. Este cuidado decorre da exigência de dar efetividade e aplicabilidade aos direitos fundamentais.

Trata-se de normas programáticas que exigem políticas públicas bem definidas. O objetivo é, em meio à miséria e as condições desumanas em que tantos se encontram, enquanto país periférico, assegurar o mínimo necessário para a realização e conservação da dignidade da pessoa humana. A ponderação não pode suplantar o mínimo existencial, pois é certo que "as pessoas devem ter a garantia da defesa de um núcleo básico e irremissível de seus direitos sociais garantidos constitucionalmente" (SERRANO, 2009, p. 44), porque sem isto o norte central da própria constituição se perde. Como fundamento do ordenamento, a dignidade humana é o conceito que permite ao direito aproximar o ideal da humanidade da realidade material da pessoa humana.

Desdobra-se da acepção de dignidade da pessoa humana enfatizando as condições para a vida digna a exigência do reconhecimento do mínimo existencial. Isto é, de recursos e meios orçamentários, políticos e jurídicos que permitam boa qualidade de vida dos indivíduos. Não existe o dispositivo legal prevendo o mínimo suficiente para qualificar a existência, mas há padrões de bom senso que permitem identificar quando o estado de miséria consome a essência digna do homem. Como ensina Ricardo Lobo Torres:

> O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. (TORRES, 1989, p. 29).

O mesmo autor afirma ainda:

> O direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais. (TORRES, 1989, p. 32).

Na mesma linha, Ítalo Roberto Fuhrmann resume:

> o direito a um mínimo existencial compreende tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado à garantia de sobrevivência) quanto o mínimo sócio cultural, abrangendo além do direito à saúde, à educação, à moradia, à assistência e previdência sociais, também, aspectos nucleares do direito do trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços essenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica, bem como o direito a uma renda mínima garantida, assumindo a condição de uma cláusula aberta enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos, e que não podem ser tratados de forma insular apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante, considerando fatores climáticos, culturais e econômicos. (FUHRMANN, 2014, p. 145 – 146)

O reconhecimento da exigência de determinadas condições para a qualidade da existência humana e o disciplinamento constitucional de superação das situações de pobreza absoluta torna implícita a defesa do mínimo existencial. Desta forma os direitos fundamentais sociais passam a prevalecer sobre as demais despesas orçamentárias.

> O problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza. Aqui também há que se distinguir entre a pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias. (TORRES, 1989, p. 30)

A lógica textual constitucional deixa claro o projeto de combate à pobreza degradante ao estabelecer como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza (Art. 3º, III), entendida como absoluta no sentido de impeditiva para a realização humana e decorrente do uso inadequado dos recursos disponíveis.

A preocupação com a dignidade e o combate à pobreza decorre da distinção entre o ideal humano e as condições nas quais homens e mulheres de carne e osso se encontram. O reconhecimento e a afirmação da dignidade absoluta do ser humano reclamam por existência digna.

> De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. (SARLET E FIGUEIREDO, 2008)

Pelas próprias características dos elementos necessários para a vida digna, o mínimo existencial incidirá sobre aspectos básicos dos direitos fundamentais sociais. Por isto, mesmo os direitos sociais sendo amplos e multifacetados, apresentam um núcleo mínimo em vista de garantir a dignidade humana atribuindo obrigação ao Estado de assegurar incondicionalmente mecanismos para sua concretização.

O fato de, em seu conjunto, os Direitos Sociais não serem absolutos, mas relativizados pela necessidade de se resolver a colisão, não afasta a tese do mínimo vital, ao contrário "só reforçam o propósito do constituinte de consolidar no Brasil essa noção de um mínimo vital" (VIDAL, 2009, p. 72). Mesmo se o bem-estar social dependa de influências políticas,

econômicas, sociais e culturais de cada Estado, negar o piso mínimo para a dignidade acarretaria na perda do escopo dos direitos fundamentais.

A difícil tarefa de conceituar os direitos fundamentais encontra-se na vasta gama de direitos poli facetários voltados para assegurar a dignidade da pessoa humana (NUNES JUNIOR, 2009, pp. 64 -65). As múltiplas faces deste conjunto de direitos são interdependentes e voltadas a proteger a dignidade inerente à condição humana. Eles se apresentam no plano subjetivo, assegurando o direito ao cidadão, e no plano objetivo, criando obrigações ao Estado como moderador e equilibrador das relações sociais.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EXISTÊNCIA DIGNA

Dada a relevância do tema para a proteção à vida das pessoas, assim como para a plena realização humana, a saúde não poderia passar ao largo dos direitos fundamentais sociais. Desta forma, a Constituição de 1988 elevou a saúde a microssistema situando sua formulação no contexto das liberdades, garantias e direitos fundamentais. Este microssistema está expresso na Constituição, sua natureza encontra-se manifesta entre os direitos fundamentais com base nos artigos 2º, 3º, 5ºe 6º da Constituição Federal.

Enquanto microssistema constitucionalmente estabelecido, a saúde se situa dentro do contexto dos direitos sociais. Para ela foi reservada uma seção com cinco artigos, contendo parágrafos, incisos e alíneas voltados para a definição e organização do direito sanitário entre o artigo 196 e o 200. Com a Constituição de 1988, os direitos fundamentais passaram a ocupar lugar central na formação do texto constitucional e como mecanismo de interpretação da Constituição. A nova carta trouxe "um ordenamento jurídico afinado ao sentido humanístico", preocupado com as desigualdades sociais e humanas e a concepção de Estado prestacional que deve, através de políticas públicas, planejar a efetivação das normas constitucionalizadas (DALLARI E NUNES JUNIOR, 2010, pp. 61 - 61).

Neste contexto, sobressai a preocupação com o Direito Sanitário dentro do plano de seguridade social através de uma ordem constitucional da saúde, ao lado da assistência e da previdência social. A responsabilidade de implementar este sistema é do Estado através de políticas públicas adequadas que ofereça acesso universal e igualitário para a "promoção, proteção e recuperação da saúde" (DALLARI E NUNES JUNIOR, 2010, p. 72).Tais direitos são previstos com a finalidade de assegurar a dignidade humana.

A saúde é um bem jurídico, ao mesmo tempo, individual e coletivo voltado para o desenvolvimento da dignidade do homem do presente e do futuro. Para tratar a temática, a primeira iniciativa consiste na delimitação do conceito de saúde cuja acepção tradicionalmente indicava para a ausência de doença. No entanto, com o surgimento da Organização Mundial de Saúde, em 1948, sua Constituição redefiniu a saúde como "o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade" (NUNES JUNIOR, 2010, p. 8). O mesmo documento destacou a saúde como bem coletivo cuja "preservação do bem-estar de cada um depende de ampla cooperação de Estados e indivíduos" (DALLARI E NUNES JUNIOR, 2010, p. 9). Um dos campos essenciais do serviço público é o relacionado à saúde. A saúde ocupa espaço prioritário neste campo prestacional. Como bem resume a autora:

> O direito à saúde está, indubitavelmente, situado no marco dos direitos sociais, também denominados de direitos fundamentais de segunda geração, que são congênitos ao Estado de Bem-Estar Social, cuja ideação, emergente na primeira metade do século passado, teve como nota característica a negativa das premissas do individualismo Liberal. (SERRANO, 2009, p. 63)

O novo conceito de saúde envolve não só o tratamento de doentes, mas o oferecimento de qualidade de vida assegurando, no documento definidor das atividades da OMS que a "saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e outros agravos" (SERRANO, 2009, p. 64).

> Que a saúde constitui um bem essencial da e para a pessoa humana e por esta razão tem sido objeto de tutela tanto como direito humano, quanto como direito fundamental, seja na esfera do direito internacional, seja por parte do direito interno dos Estados, aqui vai assumido como pressuposto, assim como aqui já se parte da constatação de que, à semelhança dos demais direitos sociais, a saúde também é um direito fundamental no sistema constitucional brasileiro (artigos 6° e 196 e ss. da CF), comungando da já referida dupla fundamentalidade formal e material que justamente qualifica os direitos fundamentais como tais. (SARLET e FIGUEIREDO, 2008)

No Brasil este ideal se consolida com a Constituição de 1988 que reconheceu a saúde como direito fundamental e dispôs, no artigo 198, pela criação do Sistema único de Saúde (SUS). Com isto, a saúde encontra seu lugar como subsistema do sistema de Direitos Fundamentais Sociais cujos princípios fundamentais são a igualdade de todos e a universalidade do atendimento. Surge uma Agência Nacional de Saúde e regulamentações para garantir a efetividade do direito à saúde em todas as esferas da Federação.

Com a Constituição de 1988 trazendo a afirmação dos direitos sociais e os mecanismos para sua efetivação, a lei de diretrizes orçamentárias ganha papel de destaque para o planejamento dos serviços públicos efetivadores dos direitos fundamentais sociais e, com destaque, ao direito à saúde. O artigo 165 da Constituição dispõe sobre os mecanismos de efetivação do planejamento orçamentário. Assim, a saúde tem seu espaço no Plano Plurianual (PPA), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e nos orçamentos anuais, previstos na Lei de Orçamento Anual (LOA). O orçamento torna-se a ponte entre as políticas fiscais e a efetivação dos direitos sociais. Sendo que "o orçamento público deve buscar a harmonia entre a arrecadação de receitas, efetivação de gastos e a busca do bem-estar social" (SERRANO, 2009, p. 91).

Portanto o direito à saúde é prioritário. Não basta o argumento simplório de que não existem recursos para a execução de políticas públicas em vista de programar e efetivar os direitos sociais. É preciso demonstrar os esforços feitos para sua realização e a alocação de recursos de áreas menos prioritárias para salvaguardar o mínimo necessário de proteção à dignidade humana. Neste sentido, a autora exemplifica que a construção de um hospital deve prevalecer contra uma obra de embelezamento da cidade; ou que despesas com publicidade devem ser retraídas se houver necessidade de assegurar o mínimo vital. Trata-se de pôr em prática o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade orçamentária. O tema "é realmente uma questão de prioridade e escolha política, cuja atuação do Estado, na gestão pública, deve se pautar pela razoabilidade" (SERRANO, 2009, p. 112).

A não efetivação plena do direito social à saúde com a alegação de insuficiência de recursos tem proporcionado a jurisdicionalização do tema com a contínua manifestação do judiciário para assegurar o direito subjetivo do cidadão. A crítica de que estaria havendo intromissão entre os poderes em decorrência do impacto orçamentário das decisões parece pouco razoável. Contudo, "ignorando o conteúdo do direito à vida e à saúde e da dignidade da pessoa humana, anda-se para traz, 'coisifica-se' o homem, o que há muito tempo vem sendo repelido e combatido" (SALAZAR E GROU, 2009, p. 109).

A vida e a saúde devem ocupar sempre o primeiro plano em qualquer planejamento ou ação. Ao se manifestar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 45-9[77]),

[77] "Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das

que questionava o veto a dispositivo legal que assegurava investimento na saúde, o STF manifestou-se considerando a exigibilidade do "núcleo consubstanciador do mínimo existencial". Para o relator a "efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais" é prioridade. A ementa da decisão apresenta o seguinte texto:

> ADPF 45-9 – Distrito Federal relator: min. Celso de Melloementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do Arbítrio Estatal à Efetivação dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do Legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (sem grifo no original)

O judiciário não está criando novas regras, mas tão somente efetivando o direito assegurado constitucionalmente e indicando na linha de melhor planejamento orçamentário. O judiciário não está criando direito, ao contrário, diante das hipóteses concretas de não efetivação subjetiva, ele está subsumindo "ao tipo legal que proporciona ao cidadão direito subjetivo público à saúde, cuja norma garantidora tem aplicação imediata" (SERRANO, 2009, p. 123), como dispões a Constituição no artigo 5º, § 1º.

> Teoria dos direitos fundamentais sociais, atualmente, hospeda uma crescente discussão em torno do que se convencionou chamar mínimo vital (piso vital, limiar mínimo, etc.), assim entendido como o dever do Estado, caudatariamente ao princípio da dignidade humana, garantir a todos um standard social mínimo incondicional. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 70).

Como o objetivo é assegurar a dignidade humana, nota-se que o acesso ao sistema público de saúde e ao judiciário nos casos de não satisfação do direito ao atendimento de saúde dá-se "prioritariamente ao cidadão destituído de condições financeiras" (SERRANO, 2009, p. 124). Ressalte-se ainda que o "acesso ao Judiciário em tal seara provocou o aperfeiçoamento da atuação pública e o engrandecimento da cidadania" (SERRANO, 2009, p. 129) e o "aperfeiçoamento do estado democrático brasileiro" (SERRANO, 2009, p. 130).

despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde". (ADPF 45-9 – Distrito Federal RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO – Informativo Jurisprudencial – 345).

CONCLUSÃO

Como conclusão merece destaque o questionamento de Vidal Serrano Nunes Junior indicando a impossibilidade de separação entre a humanidade ontológica e a pessoa humana existencial.

> Assim, como dissociar a proteção constitucional da vida e da saúde? Como falar em vida digna sem privacidade ou acesso à educação? No mesmo sentido, a relação de integração e complementariedade entre os direitos e liberdades e os sociais, econômicos e culturais. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 15).

Não é possível dissociar a proteção da vida dos demais direitos fundamentais sociais. Estes correspondem ao mínimo necessário para se produzir as condições dignas para a realização da vida. O direito não cria e nem tem poder para modificar a natureza humana, mas a ele é conferido a autoridade de gerar o dever ser suficiente para assegurar a existência humanizada. Contudo, como falar em dignidade humana quando salta aos olhos a existência indigna? Ou ainda, de que vale assegurar a dignidade humana como fundamento constitucional sem criar os instrumentos para a efetivação da vida digna?

É na existência que o conceito vago e de pouco substância ganha seu conteúdo. O conceito constitucional de dignidade é parâmetro para mensurar as condições sociais, econômicas e culturais propiciadoras do mínimo existencial necessário para a real dignidade. Desta forma, os direitos fundamentais sociais destacam-se como mecanismos para regulamentar o dever ser kantiano de tratar o homem sempre como pessoa e não como coisa para que a essência ontológica possibilite a existência digna de cada pessoa humana.

O mais próximo e evidente direito fundamental social assegurador da qualidade de vida corresponde ao direito à saúde considerada em seu sentido amplo de vida saudável. Prevenir, conservar e restaurar a saúde do indivíduo é elementar na garantia do mínimo existencial. A importância da saúde transforma o direito sanitário em prioridade. Isto porque, caso se elabore círculos concêntricos para avaliar a ordem de importância do conjunto dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, no círculo central encontra-se a vida e no mais próximo deste está a saúde. Sem acesso ao bem fundamental da saúde, protegido constitucionalmente, o indivíduo vê sua grandeza humana descambar em condições indignas e, portanto, desumanizadoras.

A construção do conceito existencial de dignidade humana parece caminho adequado para dar conteúdo claro e substancial para um dos cinco fundamentos da República Federativa

do Brasil. Afinal, fundamento é sinônimo de alicerce; e alicerce frágil coloca em risco toda a construção. Sem a clareza do conceito existencial da dignidade humana a construção do ordenamento constitucional e infraconstitucional, e a efetivação dos direitos fundamentais sociais, ficam negativamente comprometidas. Os direitos fundamentais sociais são importantes instrumentos para transformar a humanidade ontológica em vida digna existencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de lós derechos fundamentales**. Madrid – Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** São José dos Campos: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** 3. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do Novo Modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CELAM. **Documento de Aparecida: texto conclusivo da V Conferência Geral do Episcopado Latino-Americano e do Caribe.** São Paulo: Paulinas e Paulus, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

ESPIELL, Héctor Gros. **La Dignidad Humana em los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos**. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. Instituto de Derechos Humanos. UniversidadComplutense de Madrid. 2003. pp. 194 – 223.

FUHRMANN, Ítalo Roberto. **"Judicialização" dos direitos sociais e o direito à saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro**. Brasília – DF: Consulex, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa / Portugal: Edições 70, 1986.

LE COMTE DE NOUY. **A dignidade humana.** 3 ed. Porto / Portugal: Editora Educação Nacional, 1955.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**, Vol. I, 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OIT. **Declaração de Filadélfia: Declaração realtiva aos fins e objetivo da organização internacional do Trabalho**. In: Documentos Fundamentais da OIT. Organizado Pelo Gabinete de Cooperação do Ministério do Trabalho e Solidariedade Social de Portugal. 2007. pp. 25 – 27. Disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf. Acesso em: 10/07/2016.
ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em:ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** 1966. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm; acesso em: 15/07/2016.

ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** 1966. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm; acesso em: 15/07/2016.

PICO DELLA MIRANDOLA. **Discurso sobre a dignidade humana.** Edição bilíngue. 6 ed. Lisboa / Portugal: Edições 70, 2001.

SALAZAR, Andrea Lazzarini e GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo.** São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: Revista Doutrina , TRF4, Ed. 24. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www. Revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html, Acesso em: 12/07/2016.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da.**A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 212: pp. 89-94, abr./jun. 1998. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/4563. Acesso em: 11/07/2016.

STF. **ADPF 45-9** – Distrito Federal RELATOR: MIN. CELSO DE MELO. Conforme texto do Informativo Jurisprudencial 345, de 2004: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo /documento/informativo345. Acesso em: 12/07/2016.

TORRES, Ricardo lobo. **O Mínimo existencial e os direitos fundamentais**. In: Revista de Direito Administrativo., Rio de Janeiro, n. 177 jul./set.1989. pp. 29 – 49. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/4427. Acesso em: 12/07/2016.

CAPÍTULO XI

ABUSO SEXUAL INFANTIL E A ATUAÇÃO DO PSICÓLOGO NO CONTEXTO JUDICIÁRIO

ARAÚJO, Kelita Ribeiro[78]

RESUMO:O tema abuso sexual infantil, trata-se de uma complexidade imensa por lidar diretamente com o sofrimento da vítima, e por fazer parte da realidade social, atingindo diversas classes e níveis sócio econômico. Infelizmente, frente a toda essa realidade de sofrimento, muitos casos de abuso sexual infantil permanecem silenciados por conta do medo e das ameaças recebidas do agressor. Este trabalho tem por objetivo identificar o papel do psicólogo frente aos casos de abuso sexual infantil. A pesquisa abordou tópicos referentes ao psicólogo no contexto judiciário, seguido de uma prévia sobre o psicólogo jurídico nos casos de abuso sexual infantil, e pôr fim a importância do psicólogo na escuta da criança vítima, o que é necessário na tentativa de amenizar e elaborar o choque provocado pelo abuso sexual, tanto para a criança quanto para a família.

PALAVRAS-CHAVE: Psicólogo no contexto judiciário; Psicólogos em casos de abuso sexual infantil; Escuta psicológica.

INTRODUÇÃO

O presente resumo expandido pretende discorrer sobre o impacto psicológico causado na criança e no adolescente vítima de abuso sexual infantil. Tem como objetivo geral identificar o papel do psicólogo frente aos casos de abuso sexual infantil, visando à proteção física e psíquica da criança e do adolescente.

Este resumo expandido tem como objetivo ponderar sobre o papel do psicólogo frente às questões do abuso sexual contra criança e adolescente. Como objetivo específico, procurou-se compreender as possibilidades de atuação do psicólogo a fim de garantir a proteção necessária à criança e ao adolescente.

[78] Psicóloga pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO.

A pesquisa estrutura-se na abordagem das possibilidades de atuação do psicólogo dentro da Vara da Infância e Juventude, frente aos casos de abuso sexual infantil, tendo em vista a proteção e o acompanhamento da vítima.

1. O PSICÓLOGO NO CONTEXTO JUDICIÁRIO

A inserção do Psicólogo no Poder Judiciário ainda é muito recente no Brasil, ocorrendo que o psicólogo apresentou sua participação em processos judiciais no início da década de 1980 no Tribunal de Justiça de São Paulo. (CESCA 2004).

Segundo Pelisoliet al. (2011), a psicologia jurídica é aplicada à prática do direito, tendo como objetivo de estudo o que é o homem e sua complexidade e conflitos, sendo esta relação possível de existir desarmonia quando se refere à maneira de olhar este objeto de estudo, pois enquanto a psicologia pertence ao mundo do "ser", o direito pertence ao mundo do "dever ser".

Eloy (2012) discorre sobre a importância do papel do psicólogo ao participar de procedimentos jurídicos, consistindo na contribuição para a construção de uma verdade sobre os acontecimentos ou ações, mesmo que não seja essa sua função. O psicólogo colabora com o Direito através de uma escuta diferenciada, produzindo documentos como laudos psicológicos, que torna um componente para fundamentar as decisões dos juízes.

Ainda seguindo a linha de raciocínio da autora, a função do psicólogo dentro do judiciário, incide em auxiliar o juiz, oferecendo-lhes uma leitura psicológica dos casos judiciais, acompanhando as demandas apresentadas em maior fluxo nas Varas da Infância e Juventude, e da Vara da Família, podendo ser atribuído outra atuação dentro do Poder Judiciário, conforme o surgimento de pendência processual. Tal avaliação psicológica acontece através de uma determinação judicial, sendo apresentadas através de laudos, continuamente tendo como base de construção os procedimentos técnicos e metodológicos da psicologia, procurando consecutivamente proporcionar a criança vítima condições que levem a fala sem constrangimento.

A atuação do psicólogo dentro do judiciário, segundo Eloy (2012), sempre está focada na problemática apresentada, não tomando como prática a mobilização de conteúdos psíquicos, e nem praticando intervenções terapêuticas, portanto, mesmo sua atuação não sendo intencionada ou direcionada a algum meio de intervenção, o fato de escutar e examinar a situação da criança acaba sendo uma maneira de extensão propiciadora de mudanças.

A atuação do psicólogo nas Varas da Infância e Juventude e nas Varas Cíveis está regulamentada pelo ECA, (Estatuto da Criança e Adolescente) e pelo CPC (Código de Processo Civil), portanto há a necessidade de habilitar profissionais para atuar em áreas como as Varas Criminais nos processos judiciais que envolvem crianças e adolescentes. Logo a atuação do psicólogo está tendo um avanço significativo, pois se faz necessário que o profissional psicólogo desenvolva um trabalho articulando os tribunais e as demais instituições responsáveis por crianças e adolescentes, a fim de garantir às crianças vítimas de abuso sexual a proteção e segurança adequada.

2. O PSICÓLOGO JURÍDICO NOS CASOS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL

Quando se trata de abuso sexual infantil, é de extrema importância o diálogo entre a Psicologia e o Direito, pois é a partir dessa união diferenciada de conhecimento científico, que a vítima vai ter seu direito de proteção garantido. O combate à violência sexual exige o envolvimento de várias áreas de conhecimento, não estando apenas no direito e psicologia, e sim necessitando sempre de um trabalho em rede e interdisciplinar, pois diante da alegação do abuso, a criança e o adolescente passam por várias etapas na investigação da suspeita. Existem medidas de proteção para a criança, podendo a psicologia também atuar nessas diferentes etapas com propostas diferenciadas (PELISOLI; DELL'AGLIO, 2013).

Ainda seguindo a linha de raciocínio das autoras, em situações de abuso sexual, a psicologia é chamada para a análise da vítima, a fim de avaliar os impactos ocorridos na criança ou no adolescente. O psicólogo precisa estar atualizado no conhecimento das terminologias, nos conhecimentos específicos e saber utilizar as técnicas de entrevista psicológica para que possa oferecer um laudo de boa qualidade ao Juiz. Os documentos elaborados pelo psicólogo em forma de laudos são considerados pelo Direito como provas e são importantes até mesmo em acusações criminais, quando a perícia foi realizada em casos que abarcam a violência.

Permanecendo junto ao raciocínio das autoras, a frequência que o psicólogo é chamado para atuar como perito tem crescido ao redor do mundo, pois a relevância que tem a participação do psicólogo como perito, em casos de abuso sexual, é grande. O conhecimento da psicologia é preciso, pois na maioria das vezes, por faltarem evidências físicas ou médicas que comprovem o fato, é necessário que os profissionais identifiquem e usem as melhores informações disponíveis quando formulam suas decisões sobre os acontecimentos ou não do abuso sexual, tendo em mente a situação das limitações de seus métodos.

Eloy (2012) defende que o psicólogo dentro do âmbito jurídico, atua como um intermediário e auxiliar no processo de construção da veracidade sobre a história de violência da vítima, longe de ser um julgador de verdades, ele traz a verdade do sujeito que está em avaliação. A perícia psicológica é realizada em um curto espaço de tempo, utilizando técnicas e cumprindo a determinação do Juiz. Em casos de abuso sexual infantil, essa determinação avaliativa da vítima é feita no fórum através de entrevistas individuais e com os pais ou responsáveis.

Segundo Florentino (2014), o profissional psicólogo que presta atendimento e acompanhamento a crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, mesmo estando fora do judiciário, deve ter a consciência de que está atuando em um campo complexo e queé necessário uma atenção e conhecimentos teóricos aprofundados, para que as questões complexas que envolvem o caso sejam compreendidas a partir de diferentes pontos de vista, sendo este sociológico, antropológico, clínico, político e jurídico, no qual o autor sempre critica a ideia de atuação limitada.

3. A ESCUTA PSICOLÓGICA

Com a implantação do ECA (Estatuto da Criança e Adolescente) em 1990, os casos de abuso sexual contra a criança e o adolescente ganhou mais importância, passando as vítimas a serem consideradas como sujeitos em condição de desenvolvimento e sujeitos de direito, com prioridade de atendimento. Frente à complexidade das particularidades que envolvem o abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar, a criança enfrenta dificuldades em expressar ou revelar a situação do abuso, pois no momento da revelação, a criança vai reviver os fatos que geram sentimento de culpa, vergonha, medo, além dos sentimentos de ambivalência referente ao agressor. (FRONER; RAMIRES, 2008).

Durante a tramitação jurídica necessária em casos de abuso sexual contra a criança e ao adolescente, segundo Froner e Ramires (2008), esse processo gera para a criança vítima um sofrimento e acúmulo de ansiedades, por ter que reviver o trauma sofrido ao descrever detalhes específicos do abuso, portanto o procedimento para a escuta da criança causa a ela um desconforto, trazendo-lhe o sentimento mais precário, que é a culpa indevida, gerando riscos tanto para o seu desenvolvimento como para a validade do testemunho, já que neste contexto de aferição de provas, a palavra da criança entra em confronto com a palavra do agressor.

A escuta da vítima de abuso sexual infantil, dentro do ambiente judiciário, é um direito da criança e do adolescente, sendo esse papel desenvolvido por psicólogos atuantes na Vara da Infância e Juventude, relembrando que cada escuta possui um peso diferenciado diante ao processo judicial em análise. Frente às denúncias sobre abuso sexual infantil, se instala a dificuldade de estabelecer um diagnóstico baseado em evidências físicas, sendo considerado o depoimento da vítima, no caso a criança, como prova da ocorrência do fato, sendo que os profissionais jurídicos e da saúde compreendem que com o fim do segredo, as crianças e adolescentes vítimas poderão receber assistências terapêuticas e familiares, aliviando o sofrimento gerado por tal experiência (SILVA et al., 2013).

Silva et al. (2013), também apontam que o ambiente de escuta dos casos de abuso sexual infantil, deve ser facilitador para que a criança revele o abuso sexual, sem que esteja envolvida pelo sentimento de culpa ou vergonha. O profissional psicólogo deve estar embasado por teorias e métodos que promovam a conversa da vítima no caso criança e adolescente, dispensando a ferramenta de pressionar o pequeno no momento do diálogo, estando sempre atento na fala da criança, para não considerar através do discurso, evidências que não tenham ocorrido. Quando ocorre uma negação do fato por parte da criança, o psicólogo deve aceitar a princípio, pois tais comportamentos são consequências das ansiedades e medos infantis.

Habizanget al. (2008) discorrem que quando a entrevista segue o intuito de diagnosticar algum abuso sexual, ela deve ser muito bem feita e elaborada, para não correr o risco de sujeitar a vítima a uma revitimização, pois neste contexto, o profissional deve respeitar o sofrimento da vítima, sendo necessário que ele esteja muito bem capacitado para desempenhar o papel de entrevista, pois neste contexto, abarca questões históricas, emocionais e sociais sobre o abuso.

Acompanhando o raciocínio das autoras, o momento que acontece o contato do psicólogo com a criança, pode influenciar na avaliação, fazendo-se necessário que o psicólogo tenha habilidade desenvolvida para perceber, lembrar, interpretar e comunicar, pois em casos de abuso sexual, o entrevistador deve respeitar às condições e características de desenvolvimento da criança, portanto é de praxe em casos de abuso sexual, que a criança mantenha um padrão específico sobre o ocorrido, conservando o caso do abuso sexual em segredo.

Benia (2015) defende a importância da ideia de que abuso sexual infantil, por natureza, é um crime silencioso e sem testemunhas, trazendo uma série de dificuldades aos profissionais no momento de investigação e diagnóstico do fato. A maioria dos casos, por falta de testemunhas e evidências físicas, a palavra da criança torna-se a principal evidência sobre o

abuso sexual, sendo a partir dela que poderá ser feita uma avaliação, portanto é uma tarefa difícil de ser realizada, pois mediante a inibição que a criança tem frente a um adulto, acaba ficando complexo obter a declaração da vítima.

O momento da escuta da criança vítima de abuso sexual, que na maioria das vezes acontece através de uma entrevista, pode ser considerado como um momento de recuperação da memória, sendo necessários procedimentos cautelosos, que não prejudiquem em nenhum momento a confiabilidade do testemunho infantil, tomando o devido cuidado na colocação das palavras, para que a criança não entenda como se ela estivesse sendo testada.

CONCLUSÃO

Partindo da revisão bibliográfica, observa-se que há muito tempo a violência sexual vem se intensificando, fazendo das crianças e adolescentes vítimas de tal problemática, acarretando consequências que, na maioria das vezes, são irreversíveis.

O abuso sexual infantil, não compromete apenas a integridade física da vítima, mas também a integridade psíquica e emocional, não importando como ele aconteça, podendo ocorrer de modo intrafamiliar ou extrafamiliar, o impacto gerado à vítima terá a mesma magnitude.

Quando a criança torna-se vítima de abuso sexual, ela tem o direito de ser ouvida, sendo este papel desenvolvido por psicólogos atuantes na Vara da Infância e Juventude, já que na maioria das vezes, a única testemunha do caso é a palavra da criança, necessitando que o ambiente seja facilitador para que a criança tenha a liberdade de revelar sobre o abuso sexual sofrido, sendo fundamental que o profissional que atua com crianças estejam capacitados para pensar sobre a proteção e prevenção do abuso sexual infantil.

A difícil questão sobre o abuso sexual infantil é um tema que nos faz pensar no sofrimento vivenciado pela criança ou adolescente no momento em que está sendo abusado, tornando-se necessário a denúncia e ação por parte da Lei para que mobilize os profissionais atuantes nesta área a se capacitarem para que possam enfrentar tais problemáticas com o intuito de proteção às vítimas. No entanto não se trata de concluir, e sim de iniciar uma reflexão sobre as diversas possibilidades de atendimento e escuta as vítimas e familiares envolvidos no sofrimento gerado pelo abuso sexual infantil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENIA, L. R. A entrevista de crianças com suspeita de abuso sexual. **Est. psicol.** Campinas. v. 32, n.1, p. 27-35, 2015. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v32n1/0103-166X-estpsi-32-01-00027.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

CESCA, T.B. O papel do psicológico jurídico na violência intrafamiliar: possíveis articulações. **Psicologia & Sociedade**; v.16 p. 41-46, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n3/a06v16n3>. Acesso em: 07 out. 2015.

ECA. **Estatuto da criança e do adolescente. Lei 8069/90.** (1990). Disponível em:<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=cap+2+art+15+do+Estatuto+da+Crian%C3%A7a+e+do+Adolescente>. Acesso em: 16 ago. 2015.

ELOY, C. B. A credibilidade do testemunho da criança vítima de abuso sexual no contexto judiciário. **Psic.: Ciências e Profissão.**v.32 n.1 p. 234-249, 2012. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/pcp/v32n1/v32n1a17.pdf>. Acesso em: 04 out. 2015.

FLORENTINO, B. R. B. Abuso sexual, crianças e adolescentes: reflexões para o psicólogo que trabalha no CREAS. **Fractal, Rev. Psicol**. [online]. v.26, n.1, p. 59-70, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/fractal/v26n1/v26n1a06.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

FRONER, J. P.; RAMIRES, V. R. R. Escuta de crianças vítimas de abuso sexual no âmbito jurídico: uma revisão crítica da literatura. **Paidéia.**v.18, n.40, p.267-278, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v18n40/05.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

HABIGZANG, L. F.; CORTE, F. D.; HATZENBERGER, R.; STROEHER, F.; KOLLER, S. H. Avaliação psicológica em casos de abuso sexual na infância e adolescência. **Psic. Refl. Critica. UFRS**. v. 21, n. 2, p. 338-344, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v21n2/a21v21n2.pdf>. Acesso em: 04 out. 2015.

PELISOLI, C.; GAVA, L. L.; DELL'AGLIO, D. D. Psicologia jurídica e tomada de decisão em situações envolvendo abuso sexual infantil. **Psico-USF**. [online]. v.16, n.3, p. 327-338, 2011. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/pusf/v16n3/a09v16n3.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

PELISOLI, C.; DELL'AGLIO, D. D. Psicologia jurídica em situações de abuso sexual: possibilidades e desafios. **Bol. Psicol.** [online]. v.63, n.139, p. 175-192, 2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/bolpsi/v63n139/v63n139a06.pdf>. Acesso em: 07 out 2015.

SILVA, L. M. P.; FERRIANI, M. G. C.; BESERRA, M. A.; ROQUE, E. M. S. T.;
CARLOS, D. M. A escuta de crianças e adolescentes nos processos de crimes sexuais. **Ciênc. saúde coletiva**. [online]. v.18, n.8, p. 2285-2294, 2013. Disponível em: <http://www.scielosp.org/pdf/csc/v18n8/12.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

CAPÍTULO XII

ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, OBSERVADA A INÉRCIA DOS PODERES: EXECUTIVO E LEGISLATIVO.

Filipe Antonio Faiano Luquez[79]

RESUMO: Encontram-se devidamente assegurados na Constituição Federal os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que deveriam ser efetivados por meio de políticas públicas. O que pode ser observado é que infelizmente não somos bem representados no poder legislativo, tal afirmativa é certa, uma vez que estão presentes no Congresso Nacional pessoas inaptas para interpretar as necessidades básicas da sociedade e resolvê-las de modo eficiente. Desta forma, tendo em vista a inaptidão de alguns representantes principalmente no poder legislativo, decorre a inércia no processo de edição, elaboração e execução dessas políticas, restando prejudicada a concretização da garantia dos direitos fundamentais. Por esta razão, as pessoas estão procurando cada vez mais o Poder Judiciário, pois este se mostra um mecanismo garantidor dos direitos fundamentais. A intervenção do Judiciário nos poderes Executivo e Legislativo, visando assegurar a garantia aos direitos fundamentais, exterioriza a figura do ativismo judicial. O presente artigo tem como principal objetivo apontar a figura do ativismo judicial e sua fundamentação teórica em relação à concessão de medicamentos que não são disponibilizados pela rede pública, considerando as particularidades como baixa renda, urgência/relevância do uso da medicação, observando, sobretudo, as ausências dos poderes legislativo e executivo.

PALAVRAS-CHAVES: Ativismo Judicial. Direitos fundamentais. Saúde. Medicamentos. Inércia dos Poderes Executivo e Legislativo.

ABSTRACT: They are properly guaranteed in the Constitution the rights and guarantees to citizens, with a view to effective public policies. What can be noted is that unfortunately we are not well represented in the legislature, such a statement is right, since they are present in the Congress people unfit to interpret the basic needs of the society and solve them with effective measures. Thus, in view of the inability of some representatives mainly in the legislature, due to inertia in the editing process, preparation and implementation of these policies, leaving hampered the implementation of the guarantee of fundamental rights. For this reason, people are increasingly looking to the judiciary, as this mechanism is shown a guarantor of

[79] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Araraquara – Uniara, Advogado, Conciliador e Mediador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.

fundamental rights. The intervention of the judiciary in the executive and legislative branches, in order to ensure the guarantee of fundamental rights, externalizes the figure of judicial activism. This article aims to point out the figure of judicial activism and its theoretical basis for the granting of drugs that are not available for the public, considering the particularities as low income, urgency / importance of the use of medication, noting, in particular, the absence of legislative and executive powers.

KEYWORDS: Judicial Activism. Fundamental Rights. Cheers. Medications. Inertia Powers of Executive and Legislative.

INTRODUÇÃO

Encontram-se devidamente elencados na Constituição Federal de 1988 os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, os quais deveriam ser assegurados pela efetivação das políticas públicas. No entanto, no que diz respeito à edição, elaboração e execução de políticas públicas, que possam assegurar os direitos fundamentais, o Brasil é deficiente, vez que muitos dos representantes da sociedade, que integram o Congresso Nacional, não estão devidamente preparados. De oportuno registrar que não só o Congresso Nacional, mas também as casa de leis municipais e estaduais, estão, infelizmente,repletas de representante despreparados, sem a capacidade necessária para transferir para as normas as necessidades básicas e fundamentais da população. Bem por isso, é necessária a intervenção do Judiciário, mesmo que somente nos casos em que provocado, para suprir as ausências dos demais poderes.

Nesta ordem de ideias, o presente trabalho visa dar um enfoque específico nas ações que buscam a concessão de medicamentos, tendo como premissa o crescente número de demandas judiciais neste sentido. Este tema, além de sua extrema relevância, atualmente ocupa não só as pautas de discussões jurídicas, como também passou a ser exaustivamente abordado pela saúde pública. A figura do ativismo judicial está associada a uma efetiva participação do Judiciário na concretização dos valores e preceitos constitucionais, com considerável interferência no âmbito de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Como já salientado, no caso específico da saúde pública, observa-se que o número de demandas judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos ou tratamentos terapêuticos vêm crescendo exponencialmente.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal defende que neste caso a judicialização se faz necessária ante a quantidade de ações judiciais, mas, deve ser aplicada com limites a fim de não comprometer os cofres públicos, vez que esses possuem outras obrigações orçamentárias. Importa salientar, neste ponto, que no ordenamento jurídico vigente no Brasil atualmente, temos

o princípio da separação dos poderes, no qual os poderes executivo, legislativo e judiciário possuem caráter independentes e harmônicos entre si, atuando de forma autônoma e soberana, evitando a intervenção de um sobre o outro.

Ocorre que "nem tudo são flores" quando se trata de responsabilidades, uma vez que o descaso, a negligência e a imprudência são diariamente constatados em qualquer um dos poderes acima citados. Entretanto, por ora, o foco principal está nas falhas existentes nos poderes executivos e legislativos, sem se levar em consideração o descaso para com os cidadãos da administração pública. Não obstante, cumpre ressaltar que o Poder Judiciário tem sido o meio pelo qual as pessoas vêm seus direitos assegurados, agindo, portanto, fora de sua área de atuação a fim de cumprir o que está previsto na Carta Magna. A esta atuação foi dado o título de Ativismo Judicial.

No mesmo sentido, os professores George Abboud[80] e Guilherme Lunelli[81], em recente artigo sobre ativismo judicial e instrumentalidade do processo, sustentam que no plano nacional a expressão é geralmente utilizada com uma acepção positiva, relacionando-se a: a) decisões jurisdicionais que buscam primordialmente assegurar direitos fundamentais, b) decisões jurisdicionais orientadas à garantia da Supremacia da Constituição; c) decisões jurisdicionais fundamentadas substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais.[82]

Com o devido e merecido respeito às visões e opiniões diferentes, como, por exemplo, a do Professor Rafael Tomaz de Oliveira[83], é de se ressaltar que o ativismo judicial tornou-se uma ferramenta extremamente importante no que se refere à garantia dos direitos fundamentais, especificamente do direito à saúde, garantia expressamente positivada no artigos 6º e 196 da Carta Maior.

O Poder Judiciário, assim como qualquer um dos demais pilares do Estado Democrático de Direito, pode apresentar falhas, quando, por exemplo, interfere em questões que não são de sua atribuição. Contudo, atua acertadamente, quando, de maneira eficaz, garante a quem precisa

[80] Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Fadisp. Advogado.
[81] Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Mestrando pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Cível do Centro Universitário FAE. Advogado.
[82] Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo, diálogos entre discricionariedade e democracia – Revista de Processo, vol. 242 2015, p. 21-47, abril 2015 DTR/2015/3679.
[83] A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: Percursos para uma necessária diferenciação – Rafael Tomaz de Oliveira e Outros – Artigo apresentado à ABD Const. como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011.

o direito à saúde. É certo que cabe ao Estado o dever de garantir, mediante políticas públicas, sociais e econômicas, acesso à saúde, todavia, não o faz.

Não se pode, por outro lado, deixar de atender cada caso de maneira específica, analisando suas particularidades e complexidades quando à concessão dos medicamentos e tratamentos pleiteados.

1.ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Após a promulgação da Constituição de 1988 a figura do ativismo judicial ganhou força de forma evolutiva, fazendo, inclusive, com que o judiciário sofresse alterações em sua formatação, assim como assevera Clarisse Tassinari[84]:

> "De mera função de aplicador das leis, este Poder passa a ter o compromisso de concretizar os direitos constitucionalmente previstos. Com isso, os juízes, que anteriormente tinham apenas a tarefa de controlar – através de parâmetros constitucionais – o processo legislativo, agora têm a responsabilidade de fazer cumprir – também materialmente – o pacto constitucional"[85]

Dessa forma, temos que a atuação jurisdicional está cada vez mais forte e independente, sendo, inclusive, recepcionado pela doutrina como a afirmação de um necessário protagonismo judicial sem limites, gerando a figura do ativismo judicial. A questão do ativismo judicial tem despertado grandes polêmicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional. Embora não seja o objeto central do presente artigo, importa destacar alguns pontos sobre a origem e a abrangência do ativismo judicial. Para o Luiz Roberto Barroso [86]o Ativismo Judicial surgiu com a Suprema Corte Americana quando da decisão de segregação racial.

No Brasil, tivemos então algumas atitudes puramente ativistas, conforme abaixo descritas.

a)caso da fidelidade partidária, houve a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, nesse caso o STF, em nome do princípio democrático, informou que a vaga no

[84] Expressão utilizada no artigo Revisitando o problema do Ativismo Judicial: Contributos da Experiência Norte-Americana.
[85] Idem.
[86]BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 p.07.

Congresso pertence ao partido político. Assim, criou uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar.

b) vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, através de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso. (Pode-se destacar, que a Corte fez tudo isso em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, dessa forma extraiu uma vedação que não estava explicitada em norma constitucional ou infraconstitucional.

c) distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial a categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

d) distribuição de benefícios assistenciais, mais conhecido como LOAS a pessoas cuja renda per capta ultrapassa ¼ , conforme estabelecido na Constituição Federal, entre outros.

No caso, focaremos para o item c, o qual dispõe sobre a distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial.

Nessa linha Luis Roberto Barroso, explica que:

> "A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior."[87].

Assim, o ativismo no Brasil é evidente e tenho que para determinados casos, como da concessão de medicamentos e terapias são fundamentais para a manutenção da ordem jurídica, política e social.

Como ativismo judicial designamos uma postura proativa do Poder Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. Não existe consenso entre os estudiosos do Direito quanto a definição do termo "ativismo judicial". As origens da postura ativista remontam à jurisprudência da Suprema Corte norte-americana que autocriou o controle judicial da constitucionalidade das leis federais. Até as primeiras décadas do século XX, o ativismo da Suprema Corte foi de natureza conservadora, pois setores reacionários encontraram amparo jurídico para a segregação racial e para a imposição de um modelo econômico liberal Sob a presidência de Warren (1953-1969) e durante os primeiros anos da Corte Burger (até 1973) a Instituição produziu uma série de jurisprudências

[87]BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 p.09.

progressistas no concernente a direitos fundamentais, em especial em questões envolvendo negros.

Hodiernamente é grande a confusão existente entre "ativismo judicial" e o fenômeno de "judicialização da política". Por mais parecidos que possam ser ao que Tolstói sabiamente denominou de "blue spectacles of convention", os conceitos divergem substancialmente. A distinção entre os institutos reside na origem da atuação judicial para aquém dos limites da interpretação: enquanto no ativismo o fenômeno deriva da vontade do intérprete proativo, na judicialização ele provém da vontade do legislador constituinte tal qual exercida em macrocondições jurídicas.

No Brasil, a "judicialização da política" - caracterizada pelo exercício por parte do Judiciário das funções típicas dos outros Poderes Estatais - tem suas raízes na própria Constituição Federal de 1988. Ademais, nosso Judiciário se vê na obrigação de interpretar o ordenamento jurídico infraconstitucional em conformidade com a Constituição. Tal atitude faz com que se encontre constantemente na iminência de judiciar por intermédio de princípios; o que termina por lhe imprimir postura ativa e deveras criadora.

2. JUDICIÁRIO ENQUANTO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTOS PELA INÉRCIA E INGERÊNCIA DOS PODERES EXECUTIVOS E LEGISLATIVOS.

O Poder Legislativo tem como principal característica a criação de leis. O poder legislativo brasileiro é exercido pelo Congresso Nacional, que, por sua vez, é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. As duas casas possuem poder equivalente, mas características distintas. A Câmara de Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos por voto proporcional, isto é, de acordo com a população de cada Estado. Santa Catarina, por exemplo, tem 16 deputados federais. Hoje temos 513 deputados e o mandato deles é de quatro anos[88].

Já o Poder Executivo tem como principal foco a execução das Leis. O poder executivo no Brasil é composto pela Presidente da República no âmbito federal (atualmente Dilma Rousseff), pelos governadores no âmbito estadual e pelos prefeitos no âmbito municipal. Esses representantes são eleitos por voto direto majoritário (mais de 50% da população). No caso dos prefeitos, cidades com mais de 200 mil habitantes têm segundo turno nas eleições[89].

[88]http://www.congressonacional.leg.br/portal/
[89] Idem.

Pois bem, nos deparamos atualmente, diga-se diariamente, com descaso por parte de ambos os poderes; não se está defendo de forma soberana o judiciário, mas é através deste que estão sendo concedidos os direitos que foram constitucionalmente garantidos. É certo afirmar que esse descaso por parte dos poderes executivo e legislativo causa impedimento para que os cidadãos vivam de forma digna (podemos dizer vários direitos e garantias que não são exercidos, mas nossa atenção será precisamente ao fornecimento de medicamentos).

Dessa forma, temos o legislativo que não se preocupa na criação e aprovação de leis que visam a concretização dos direitos fundamentais, como também um poder executivo deficitário, que diz não reunir recursos suficientes para gerar uma vida digna, uma vez que presenciamos os mais tristes casos de mortes e má qualidade de saúde devido à falta de hospitais, faltam de remédios, falta de estrutura, falta...falta....falta...).Com toda essa "falta", nada melhor que pedirmos socorro ao poder judiciário, o qual garante nossos direitos sociais. Lembrando que a saúde é dever fundamental, conforme previsão expressa no artigo 196 e outros da Constituição Federal. Nesse mesmo contexto Andreas J. Krell[90]salienta:

> "Constitui-se um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, (...) hoje, mais do que 75 milhões de pessoas não encontra um atendimento de mínima qualidade nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome".

Concordo com a doutrinadora e afirmo que mesmo com vários direitos e garantias tutelados, infelizmente carece de eficácia e efetivação. Tanto é que, estamos tão desgostosos dos poderes executivos e legislativos que quando precisamos ter nossos direitos garantidos pensamos no judiciário, ao invés de primeiro tentar solucionar o problema na esfera administrativa. Pensamos que nada resolve a não ser o Poder Judiciário. Nesse mesmo raciocínio, Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen[91] sustentam que:

> "Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que está se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no

[90]KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. P. 17.
[91]SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007. P. 52.

> Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito".

Ante os descasos cometidos pelos poderes acima citados, o judiciário, portanto não pode deixar de intervir, garantindo e assegurando os direitos constitucionais. Mais do que isso, garantindo a ordem constitucional, garantindo a ordem social. Assim, Luiz Werneck Viana *apud* Flávia Danielle Santiago Lima[92], menciona que: "Visa o STF efetivar os grandes princípios programáticos da Constituição e não criar uma instancia que discuta para solucionar pretensões das diferentes corporações sobre questões de Direito Administrativo".

Ademais, tenho que o Poder Judiciário é garantidor dos direitos fundamentais, especificamente quando administra a concessão de medicamentos que não são fornecidos pelo município, pelo Estado, nem, tampouco pela União. Defender ou ser contra a figura do ativismo judicial ao meu ver vai depender de que prisma o olhar se curva, vez que complexa e analítica a análise de cada caso concreto.

3. ATIVISMO JUDICIAL, ATUAÇÃO POSITIVA NAS AÇÕES DE CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS MÉDICOS

Ao tratar de ativismo judicial devemos, de início, acentuar que ao chegar diante da discussão sobre o tema, é porque, de fato, se faz necessária sua aplicação. Com efeito, se os pilares do Estado Democrático de Direito (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário) estivessem funcionando em perfeita consonância, não seria necessária a intervenção e/ou atuação de um poder no âmbito privativo de outro. No entanto, não é de hoje que o País passa por dificuldades em diferentes setores, seja na economia, na educação, na segurança, e, no setor mais importante, que é a saúde.

Visando sanar as dificuldades suportadas pela nossa sociedade, os poderes revezam entre si, quando o assunto é interferir no âmbito do outro para, em tese, defender os direitos que entendem estarem deficitários, desprotegidos ou desprovidos de leis. Por vezes se observa o Poder Executivo editar medidas provisórias, com o intuito de legislar e ordenar temas

[92]VIANNA, Luiz Werneck; Apud LIMA, Flávia Danielle Santiago. Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate; in: Estudantes Caderno Acadêmico. Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007. P. 230.

específicos até então não tratados pelas leis já existentes. Em alguns casos o legislativo, na sequência, elabora a lei necessária, que substitui a medida provisória criada pelo executivo. Mas também existem casos que o legislativo não se movimenta, a medida provisória perde sua eficácia, e o tema volta a ficar sem previsão legal.

Não diferente, é o que acontece com o que hoje tornou-se o tema do momento, o Ativismo Judicial; quando o Poder Judiciário, visando assegurar um direito tutelado pela Constituição Federal, mas até então não garantido ao cidadão, atua de maneira impositiva, fazendo as vezes de legislador, compelindo o poder público a conceder a benesse pretendida. Esses casos se repetem e muito quando se trata de medicamentos ou tratamentos médicos. São necessidades básicas nem sempre fornecidas pelo poder público, sob a justificativa de que não há capacidade orçamentária ou de que não há legislação que prevê a obrigatoriedade do fornecimento do medicamento ou do tratamento buscado.

Nesta hora, o cidadão, refém da burocracia que lhe é imposta pelo poder público, não vê outra saída que não seja buscar o Poder Judiciário para ver suas necessidades atendidas. Como se vê, o cidadão bate à porta da Justiça buscando um direito lhe é assegurado pela Carta Magna, mas que, por inércia do poder público, não lhe é oportunizado. Diante desta situação, que, a propósito, tornou-se uma das mais corriqueiras no Judiciário, os Magistrados, tanto de primeira quanto de segunda Instância, se viram na obrigação de dar ao cidadão uma resposta, por meio de decisões que apenas refletem o texto constitucional, ou seja, fornecer o direito à saúde.

É certo que não cabe ao Poder Judiciário, aplicador das leis, criar ou editar normas, sob pena de banalizar e desconsiderar os princípios em que se baseia o Estado Democrático de Direito, como bem pontua o mestre Montesquieu:

> "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos". [93]

Contudo, diante da necessidade de suprir as falhas dos demais poderes, o Judiciário se viu obrigado a atuar de forma legisladora, tendo em vista o grande número de demandas

[93]MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, v. 1, 1962. p. 181 apud MENDES, Gilmar Ferreira et al. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Jurídica, 2002. p. 94.

judiciais que buscavam e buscam direitos até então não tratados pela legislação atual, ou, se tratados, não respeitados devidamente pelo poder público.

Não se trata de invasão do Poder Judiciário no campo dos outros poderes, mas sim de atendimento às necessidades básicas de todo cidadão previstas na Constituição Federal.

De mais a mais, como já dito alhures, se todos os poderes atuassem de forma consonante, responsável e equilibrada, não haveria a necessidade da interferência dos poderes entre si. Todavia, não é este o quadro que se apresenta.

A cada dia se vê mais e mais os representantes atuar de maneira desordenada e desorganizada, criando leis sem eficácia, ou tirando a eficácia das leis que até então funcionavam.

Neste ponto, vale uma crítica, não se pode apenas cobrar dos representantes do povo, para que estes tenham uma postura livre de falhas, quando o próprio povo não escolhe bem seus representantes. Por outro lado, uma vez eleitos, os representantes têm o dever de atuar de forme diligente, buscando entender quais são as principais necessidades e nelas trabalhar.

Por fim, cumpre colocar que se existe o ativismo judiciário, é porque há uma lacuna, o que não pode existir, diante da necessidade do cidadão em receber uma prestação jurisdicional.

Seria, sem sombra de dúvidas, mais viável ao Poder Judiciário vendar os olhos e simplesmente aplicar as leis, e, no caso de não existir a lei, dizer não ao jurisdicionado e esperar que este pereça em busca de seus direitos. Entretanto, tal postura é contrária ao que preconiza a Constituição de 1988, que elevou em vários artigos o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Embora tenha abordado um tema de grande proporção, que demanda, por óbvio, maior debruçar para aprofundamento do estudo, o enfoque principal ficou adstrito aos comentários sobre o Ativismo Judicial, e sua eficácia frente às dificuldades enfrentadas nos dias atuais, no tocante a concessão de medicamentos ou tratamentos terapêuticos. Foram considerados específicos pareceres doutrinários, e, sobretudo, foi abordada a questão referente à inaplicabilidade da reserva do possível no direito pátrio e o papel do Judiciário na questão de garantir a efetividade dos direitos sociais.

Do todo o exposto, é possível concluir que, embora existam diversos apontamentos contrários ao Ativismo Judicial, não se pode ignorar o fato de que no Brasil há uma enorme

dificuldade de concretização dos direitos fundamentais sociais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Logo, se faz indispensável a intervenção do Poder Judiciário com o intuito de garantir pelo menos o mínimo existencial, ou seja, aquilo que está disposto na Constituição Federal de 1988. Há de se ressaltar, neste contexto, que a intervenção referida no parágrafo anterior não viola a independência e autonomia dos demais poderes, permanecendo ileso, desta forma, o que preceitua o princípio da separação dos poderes.

De mais a mais, o Colendo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, entende, de maneira bem fundamentada, que o Judiciário age acertadamente, vez que respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Outrossim, é dever constitucional do Poder Judiciário, quando provocado, garantir o cumprimento dos direitos fundamentais, como a saúde, educação, moradia, entre outros direitos. Trata-se de função típica do Judiciário a realização e defesa do ordenamento jurídico, diante das circunstâncias do caso concreto, o Judiciário deverá intervir e determinar ao Poder Público o cumprimento da obrigação.

Por fim, cumpre reiterar que só existe a discussão acerca do ativismo judicial em razão da necessidade do Poder Judiciário, que foi provocado, dar uma resposta ao cidadão. Ora, se não há movimentação dos poderes Legislativo e Executiva no sentido de oferecer à sociedade os meios necessários para se ter uma vida digna, nos termo da Carta Magna, cabe, então, ao Judiciário, intervir e garantir à população seus direitos; lembrando, sempre, que o Judiciário agiu por que foi provocado, ou seja, porque havia uma falha, que precisava ser corrigida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (dez) caminhos de um direito constitucional "comparado**". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, v. 1, 1962. p. 181 apud MENDES, Gilmar Ferreira **et al. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Jurídica, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. (org.) **A jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: Percursos para uma necessária diferenciação – artigo apresentado à ABD Const. como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011.**

PAGANELLI**, Celso Jefferson Messias; Ignacio Junior, José Antonio Gomes; Simões, Alexandre Gazetta. "Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais". 1. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. Pág. 132.**

PAGANELLI**, Celso Jefferson Messias; Ignacio Junior, José Antonio Gomes; Simões, Alexandre Gazetta. "Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais". 1. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. Pág. 133.**

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007.

STRECK, LenioLuis. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?**2 ed. Porto Alegre – Livraria do Advogado, 2010.

TASSINARI, Clarissa – **Artigo Revisitando o Problema do Ativismo Judicial: Contributos da Experiência Norte-Americana.**

VIANA, Luiz Verneck (org.) **A Democracia e os três Poderes no Brasil**. Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; Apud LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Da judicialização da Política no Brasil após a Constituição de 1988: Linhas gerais sobre o debate; in: Estudantes Caderno Acadêmico.** Edição comemorativa. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

CAPÍTULO XIII

ATIVISMO JUDICIAL: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fabiana Zacarias[94]

RESUMO: A partir da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, tem desenvolvido uma postura institucional proativa na criação do Direito, através de decisões que garantem a concretização de Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos. O fenômeno tem suscitado divergência quanto à sua aceitação no ordenamento jurídico, pois neste contexto exsurge discussões acerca da legitimidade das decisões, por uma suposta dissonância entre a atuação do judiciário e o Estado Democrático de Direito, principalmente no tange a separação dos poderes. Essa relação conflitiva decorre do fato de que juízes e tribunais passam a desempenhar a função do Poder Legislativo e sobrepor-se ao Poder Executivo – que são eleitos pelo voto popular. Apesar das críticas ao Poder Judiciário, a conduta institucional ativa tem contribuído para a efetivação/concretização de direitos fundamentais e exercício da cidadania, quando a inércia do poder Executivo e Legislativo. O presente estudo tem o intuito de fazer uma análise dos aspectos teóricos e práticos do Ativismo Judicial no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, através de pesquisas bibliográficas, jurisprudências, doutrinas e artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVES: ativismo judicial, judicialização, direitos fundamentais, jurisdição constitucional, poder judiciário.

SUMÁRIO: Introdução 1. A afirmação institucional do Poder Judiciário no Brasil 2. Judicialização *versus* Ativismo Judicial 3. Limites para a atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito 4. Críticas (e contraponto) à atuação do Poder Judiciário 5. Decisões do Supremo Tribunal Federal 6.1 Proteção de Animais 6.2 Direito de Greve do Servidor Público Civil 6.3 Aborto do Feto Anencefálico 6.4 Nepotismo 6.5 Aborto do Feto Anencefálico 6.6 União Homoafetiva 6.7 A fixação do prazo de 05 anos para cobrança de valores referentes ao FGTS. 6.7 Reformas em Presídios 6.8 Igualdade de licenças para gestante e adotante.

[94] Advogada, Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania na "Universidade de Ribeirão Preto" – UNAERP – Ribeirão Preto/SP; Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela "Fundação Armando Álvares Penteado" FAAP - Ribeirão Preto/SP, Pós Graduada Direito Penal e Processual Penal pela "Fundação Eurípedes Soares da Rocha" – Marília/SP, Graduada pela "Instituição Toledo de Ensino" - ITE de Presidente Prudente/SP.

INTRODUÇÃO

No presente artigo pretende-se discutir questões acerca do Ativismo Judicial, em especial do Supremo Tribunal Federal, que tem lugar a partir da Constituição Federal de 1988 em decorrência da inércia ou omissão da competência originária dos poderes políticos – Legislativo e Executivo – no que tange às suas funções típicas.

A análise do tema perpassa pela intersecção com o Direito Constitucional Contemporâneo: a Constituição Federal de 1988 consagra o Estado Democrático de Direito e, consequentemente, assegura uma série de Direitos Fundamentais que, em razão da realidade jurídica, social e política e outros limites fáticos, não são concretizados. Neste contexto insere-se a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

Primeiramente, discorre-se sobre as diferenciações entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial, para ao final verificar se o ativismo judicial é ou não prejudicial à democracia. Analisa, por conseguinte, a necessidade de fundamentação das decisões, como sendo o meio de possível efetivação de Direitos Fundamentais e uma alternativa para conter as arbitrariedades do Poder Judiciário em matérias de cunho político, isto é, aquelas típica e constitucionalmente pertencentes aos Poderes Executivo e Legislativo.

Ao final, considerando que o Ativismo Judicial é uma realidade diante da crise da democracia representativa e, considerando, ainda, que se faz vital para a efetivação de Direitos Fundamentais imprescindíveis à concretização da cidadania, ressalta-se a necessidade das decisões ativistas obedecerem aos valores e princípios do Estado Democrático de Direito.

A pesquisa, que traz decisões típicas de ativismo do Supremo Tribunal Federal, orientou-se pelo método analítico-dedutivo, tendo sido realizada a partir da leitura da bibliografia, artigos científicos, doutrina e jurisprudência.

1. A AFIRMAÇÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

O Poder Judiciário tem desempenhado papel ativo na vida institucional brasileira, assumindo a função do legislador e sobrepondo-se ao Poder Executivo. De fato, o direito constitucional brasileiro contemporâneo traz como uma de suas principais características a relevância atribuída ao Poder Judiciário.[95]

[95]. TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo – Uma

Neste particular, necessário a afirmação do Poder Judiciário no Brasil no que tange a judicialiação da política e, especialmente, ao Ativismo Judicial, ocorreu a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988 que consagra o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado instituído para promover a concretização dos direitos fundamentais sociais.[96] O legislador constituinte consagrou direitos e garantias fundamentais determinando, como meio de torná-los efetivos, a sua aplicação imediata. (Art. 5.º, § 1.º da CF/88). Segundo Daniel Sarmento:

> Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel - o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país. [97]

A Constituição de 1988, apesar dos seus limites, representou um passo significativo para a inclusão de novos sujeitos sociais na esfera da cidadania, bem como garantiu, ao menos no papel, direitos outrora reivindicados pelos movimentos sociais.[98] Assim, viabilizou a participação da pluralidade de classes sociais e ampliou as possibilidades do exercício da cidadania, em evidente expansão da democracia participativa.

Segundo Luís Roberto Barroso, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado.[99] Passa-se para um sistema em que a constituição assume força de norma jurídica, com vistas à concretização dos direitos fundamentais e à promoção da Dignidade Humana. Cada vez mais, questões que anteriormente eram demandas políticas

crítica ao Ativismo Judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012. p. 33.

[96]. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 276.

[97]. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113

[98]. PERLATTO, Fernando. A Constituição de 1988: um marco para a História da Nova República brasileira**.** Contemporâneos, **Revista de Artes e Humanidades,** n. 3, nov. abril 2009. Disponível em: <http://www.revistacontemporaneos.com.br/n3/pdf/constituicao.pdf > Acesso em: 21. jun. 2016.

[99] BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 365.

transformam-se em contendas judiciais, consolidando o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da Política.[100] É uma tendência contemporânea delegar às Cortes Constitucionais maior poder de decisão em matérias notadamente políticas.[101] Nesse sentido, Luís Roberto Barroso:

> Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. [...] Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.[102]

Nesse cenário de judicialização das relações sociais, exsurge o ativismo judicial. Há, portanto, no que se domina ativismo judicial, o exercício da função atípica do Poder Judiciário, decorrente do constitucionalismo do Estado Social, em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Exatamente em sentido contrário à definição de Montesquieu, de que os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor.[103]

A separação de poderes adquire uma assimetria, criando um novo paradigma no Estado Democrático, que Lenio Streck sintetiza da seguinte forma:

> [...] é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo, para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o judiciário, Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão, passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo, passam a ser supridas pelo

[100] TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012. p. 33.
[101] SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e Processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. p. 195-196.
[102] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 365.
[103] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 179.

> judiciário, justamente mediante utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito.[104]

O Estado Democrático de Direito representou um avanço. No entanto, o Poder Judiciário, quando acionado para a correção das distorções políticas, ganhou expressão à medida que os Poderes Legislativo e Executivo foram tornando-se menos eficazes. Ou seja, parece evidente que o dogma da separação dos Poderes fica abalado no Estado Democrático de Direito. A preocupação está no excesso de poder do Judiciário em sua atividade de interpretação das normas constitucionais. [105]

Quando da inércia ou omissão dos Poderes Políticos, faz-se necessário a atuação dos juízes e tribunais para dar cumprimento às normas constitucionais, até que a discrepância entre as garantias constitucionais e a realidade fática seja superada. Neste contexto conflitivo, duas principais situações jurídicas passaram a estar diretamente relacionadas à atividade jurisdicional: judicialização política e ativismo judicial que, tendo em vista o tema deste trabalho, é necessário diferenciá-las.

2. JUDICIALIZAÇÃO VERSUS ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição Federal de 1988 é uma constituição dirigente e a maior consequência disso é o aumento ou acúmulo das funções institucionais do Poder Judiciário. De acordo com o que ensina Rafael Thomaz de Oliveira e Clarissa Tassinari:

> [...] a Constituição brasileira de 1988 é tratada como uma constituição dirigente, porque traz consigo uma preocupação que vai muito além da manutenção do status quo ou da mera organização estatal. Muito acima disso, a nossa constituição vigente visa a ter, em si e por si mesma, uma capacidade de fomentar a transformação social, de modo que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, além de vincular o legislador ordinário à realização de políticas públicas que (não só, mas além de tudo) contribuam – direta ou indiretamente – para a redução gradativa das mazelas sociais presentes no Brasil contemporâneo. A principal consequência percebida nesse diapasão foi o aumento (ou acúmulo) das funções institucionais do Poder Judiciário. [106]

[104] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 52.
[105] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 45.
[106] OLIVEIRA, Rafael Thomaz de; TASSINARI, Clarissa. Judicialização da política e ativismo judicial: notas para uma necessária diferenciação. *In*: Antônio Pereira Gaio Júnior; Márcio Gil Tostes dos Santos. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988**: Reflexões em Comemoração ao seu 25.º Aniversário. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 81.

A judicialização da política e o ativismo judicial, por muitas vezes se confundem na teoria constitucional contemporânea do início do século XXI. No entanto, em regra, não são gerados pelas mesmas causas imediatas – o ativismo traduz a posição do Poder Judiciário de ir além dos limites constitucionais. Portanto, embora correlacionados, tratam-se de fenômenos diversos.[107]

A judicialização, na verdade, é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passou os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático.[108] Na definição de Luís Roberto Barroso, trata-se de uma transferência para o Poder Judiciário, das funções que tipicamente são do Poder Legislativo e Executivo:

> Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.[109]

Conforme afirma Clarissa Tassinari:

> [...] a judicialização da política deve ser compreendida como um fenômeno circunstancial, porque decorrente de um contexto de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e, ao mesmo tempo, contingencial, no sentido de que o Judiciário é chamado a intervir pela inércia de algum dos outros Poderes do Estado, apresentando-se, portanto, muito mais como fruto de uma conjuntura político-social. [110]

Em decorrência da judicialização, está o ativismo.[111] O ativismo judicial é um problema propriamente jurídico. Segundo Clarissa Tassinari, gestado exclusivamente pela sistemática jurídica, referindo-se a um problema propriamente do Direito, na medida

[107] SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. p. 201.
[108] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa, CURTOLO; Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: Percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional,** biênio 2010-2011. p. 282.
[109] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6. ed. são Paulo: Saraiva, 2014. p. 366.
[110] TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012. p. 40.
[111] FALCÃO, Maria Júlia Galvão. Judicialização da política e ativismo judicial: Análise jurídica do caso de cassação de Mandato do Deputado Natan Donadon. **Ciências humanas e sociais,** Recife, v. 1, n.3, p. 43-54, Julho 2014. p. 45.

em que se constitui em um comportamento judicial pautado por um ato de vontade, que muitas vezes está revestido de um critério político como fundamento.[112] Elival da Silva Ramos assim define:

> [...] ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).[113]

O ativismo judicial exige, conforme preleciona Luís Roberto Barroso, participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [114]

Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente, de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito. [115] Segundo Luís Roberto Barroso, a judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [116] A partir do que é colocado por Rafael Tomaz de Oliveira *et al*, sobre o tema:

> [...] enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante; a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e,

[112] TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012, p.40.
[113] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.
[114] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 371.
[115] TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012, p.40.
[116] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 372.

> principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional. [117]

A judicialização decorre do contexto sociopolítico decorrente do Constitucionalismo Contemporâneo que consagra o Estado Democrático de Direito - quando mantida em níveis aceitáveis pode até ser benéfica para a sobrevivência democrática das instituições e para a garantia efetiva do pacto constitucional. [118] Por sua vez, o ativismo judicial materializa-se quando o Poder Judiciário extrapola suas funções institucionais na busca da conexão entre o direito e a moral.

3. LIMITES PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A ideia do ativismo está diretamente relacionada a maior participação do Poder Judiciário na concretização de Direitos Fundamentais. Entretanto, essa atuação, quando da interferência dos demais poderes (Executivo e Legislativo), corrompe o sistema constitucional contemporâneo. Nesse sentido, o novo paradigma constitucional não pode ser reduzido ao domínio autoritário da subjetividade de quem tem a função pública de aplicar o direito.[119]

Montesquieu, antecipando a necessidade de evitar arbitrariedades na prestação jurisdicional e de manter a estabilidade das decisões judiciais, afirmava que: se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos**.**[120]

O Constitucionalismo Contemporâneo, conforme defende Danilo Ferreira Lima, não substitui a discricionariedade do legislador pela discricionariedade dos juízes, pois

[117] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: Percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional,** biênio 2010-2011. p. 271.
[118] *Idem,* p. 304.
[119] LIMA, Danilo Ferreira. **O poder judiciário e a autonomia do direito**: os entraves ao controle do poder político numa sociedade estamental. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2013. p. 50.
[120] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 174.

está ciente de que uma democracia não pode depender das preferências pessoais de alguém que se encontra no exercício de uma função judicial. [121]

O acesso à justiça e, portanto, o processo em si, são direitos fundamentais que garantem que o juiz julgará com respeito à coerência e à integridade do Direito, atendo-se ao que foi produzido conforme a tradição constitucional.[122] No Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que as decisões judiciais sejam discricionárias, por isso é necessário buscar meios para impedi-las.[123]

Assim, a prestação jurisdicional depende de fundamentação - os juízes e tribunais devem externar que sua decisão está de acordo com os parâmetros constitucionais:

> O Estado Democrático de Direito não propõe o retorno ao juiz boca da lei, do positivismo exegético, ou a abertura ao juiz que decide arbitrariamente a partir de valores. Na verdade, nos dias atuais o Poder Judiciário também está limitado pelo novo constitucionalismo, sendo que suas manifestações institucionais sempre devem ser pautadas por argumentos de princípio, preservando a autonomia que o direito conquistou no novo constitucionalismo.[124]

No mesmo sentido, Lenio Streck:

> Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão se constitui em um direito fundamental. O sentido da obrigação de fundamentar as decisões, previsto no art. 93, IX, da Constituição do Brasil, implica, necessariamente, a justificação dessas decisões.[125]

A concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário perpassa pela atividade intelectual de interpretação, com respeito à Supremacia Constitucional - enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa

[121] LIMA, Danilo Ferreira. **O poder judiciário e a autonomia do direito**: os entraves ao controle do poder político numa sociedade estamental. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2013. p. 50-51.
[122] SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. p. 203-204.
[123] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima, TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, biênio 2010-2011. p. 297.
[124] LIMA, Danilo Ferreira. **O poder judiciário e a autonomia do direito**: os entraves ao controle do poder político numa sociedade estamental. Dissertação (Mestrado) Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2013. p. 51.
[125] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 931.

a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.[126] Assim, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para: a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e, b) ao mesmo tempo, evitar decisionismos, arbitrariedades e discricionariedades (espécies do mesmo gênero, o positivismo) interpretativas. [127]

Há, portanto, imprescindibilidade da justificação discursiva das decisões políticas e jurídicas que, no Estado Democrático de Direito, expressa-se em argumentos de direitos. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa.[128]. Lenio Streck sintetiza a interpretação do direito, neste contexto, de maneira analógica a revolução copernicana:

> O conteúdo fortemente dirigente e compromissório dos textos constitucionais estabelece um novo modo de aferir a constitucionalidade das leis. Já não se trata de examinar a formalidade dos atos normativos. Trata-se, agora, de examinar a conformidade das leis a partir de sua materialidade. Esse relevante fenômeno deve ser examinado no contexto de uma alteração fundamental no papel do direito e do Estado. Na verdade, o que ocorreu foi uma revolução copernicana no campo do direito público. A própria Constituição será, agora, fonte de direito, prescindindo, por vezes, da interposição legislativa. O direito público – instrumentalizado a partir de uma Constituição principiológica – passa a atuar como capilarizador das relações jurídico-políticas da sociedade. Já não se pode mais contrapor o direito privado ao direito público, uma vez que as relações privadas ficam submetidas à horizontalidade dos direitos fundamentais-sociais e tudo o que isto representa no campo das diversas dimensões de direitos que atravessam os dois séculos de Estado de Direito. Essa sensível alteração do papel do direito caminha lado a lado à mudança da função do Estado.[129]

Em tempos da preponderância de valores constitucionais centrados na Dignidade Humana**,** as omissões dos Poderes Executivo e Legislador no que tange ao dever de dar efetividade à Constituição, não pode ser corroborada pela omissão do Poder Judiciário. No Brasil, particularmente, esse é um fator que interfere de modo decisivo para a atuação ativista dos Tribunais, se considerarmos que o Congresso Nacional passa por uma crise

[126] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos,** v. 8, n. 2, p.257-301, maio/ago. 2003. p. 292.
[127] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.
[128] ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. *In:* **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 163.
[129] STRECK, Lenio. **Constituição e bem jurídico**: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do Código Penal. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12965-12966-1-PB.pdf>. Acesso em: 25. jun. 2016.

não apenas de representatividade, mas, também, de legitimidade e, sobretudo, de funcionalidade.[130]

Por isso, para que o juiz não ultrapasse os limites da racionalidade jurídica deve, através de uma construção hermenêutica, fundamentar sua decisão tendo como parâmetro a Constituição Federal. O que se busca é estabelecer limites à atuação judicial em respeito à separação dos poderes e ao Estado Democrático de Direito, vez que postura ativista do Poder Judiciário substitui o debate político e institucional, em evidente predomínio sobre as instituições democráticas e políticas. No momento da decisão, juízes e tribunais devem fundamentar suas decisões em argumentos de direito (e não políticos).

Neste sentido, torna-se necessário enfrentar o problema da interpretação, recordar ao jurista que o direito é questão de caso concreto, mas que isso não permite, ao mesmo tempo, que o juiz tenha poderes infinitos se posto diante de um caso não abarcado pela lei.[131] A necessidade de fundamentação das decisões e o devido processo legal são garantias constitucionais das quais o Poder Judiciário não pode distanciar-se. Nesse sentido:

> Não parece admissível no atual estágio do Direito, regido por uma Constituição Democrática, que a pretexto de concretizar os direitos fundamentais, preste-se a tutela jurisdicional distante dos próprios limites apresentados pela Constituição, tendo em vista que ela denota muito bem a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV), além da obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões (art. 92, IX, da CF/88). Mais que isso, o processo não pode servir apenas como um instrumento da jurisdição, manejável ao sabor das convencionalidades, mas deve ser tido como um direito fundamental das partes, e isso leva ao seu pleno direito de comparticipação, além de terem a garantia de que o juiz julgará com respeito à coerência e à integridade do Direito, atendo-se ao que foi produzido conforme a tradição constitucional. [132]

Para Alexy, direitos fundamentais e democracia só se estabilizam com a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, compensando a carência de

[130] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e liberdade democrática. *In:* COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). **Constituição e Ativismo Judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 280.

[131] LISOWSKI, Carolina Salbego; SITO, Santiago Arthur Berger. **Constitucionalismo Contemporâneo**: uma crítica aos conceitos de neoconstitucionalismo e positivismo. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br /artigos/?cod=23d2e1578544b172>. Acesso em: 21. jun. 2016.

[132] SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e processo: a necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. **Revista da ESMESC,** v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015. p. 206.

legitimidade representativa dos juízes e tribunais e viabilizando a reflexão do processo jurídico entre coletividade, legislador e tribunal constitucional:

> O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados. [133]

Portanto, é necessário analisar o Ativismo Judicial como um instrumento capaz de oportunizar direitos fundamentais, mas necessariamente numa perspectiva democrática: o exercício da função típica do Poder Judiciário deve ser compatível aos limites da sua capacidade decisória, para não violar o equilíbrio decorrente da separação de poderes e da soberania popular.

As críticas à atitude proativa do Poder Judiciário concentram-se especialmente no âmbito político, pois juízes e tribunais não são eleitos pela vontade popular: quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político.[134] Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.[135]

[133] ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 55.
[134] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6. ed. são Paulo: Saraiva. 2014. p. 373.
[135] *Ibidem*, p. 372.

Ao mesmo tempo em que o Ativismo Judicial pode trazer riscos aos valores e princípios do Estado Democrático de Direito, pode gerar benefícios ao viabilizar a concretização de Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados. Como instrumento hábil de efetivação de direitos, decorre de uma decisão proferida em estrita obediência à Supremacia Constitucional, que exclua a aplicação arbitrária da lei - qualquer decisão em contrário, é excessivamente política e deslegitima a atuação do Poder Judiciário.

4. CRÍTICAS (E CONTRAPONTO) À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O Ativismo Judicial é uma tendência atual diante da crise institucional na ordem democrática brasileira. Normalmente se instala – e esse é o caso do Brasil – em casos de retração do Poder Legislativo, de certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. [136]

Relativamente às posições desfavoráveis ao ativismo judicial, Elival da Silva Ramos considera a conduta proativa do Poder Judiciário uma ofensa ao núcleo de funções constitucionalmente estabelecidas:

> Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. [137]

Dentre a corrente das posições desfavoráveis, importante transcrever as considerações de Lênio Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e Vicente de Paulo Barretto. Ao analisarem a regulamentação da união estável homoafetiva, fazem uma análise do risco que o ativismo judicial pode causar à democracia, especialmente no que tange relativização da separação dos Poderes:

> Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. Ou vamos admitir que o direito — produzido democraticamente — possa vir a ser corrigido por argumentações

[136] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 372.
[137] RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

> teleológicas, fáticas e/ou morais? [...] O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador. [138]

Os referidos autores concluem: propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia, pensamos que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e à formulação de leis. [139]A principal crítica é, portanto, a de que o ativismo deslegitima a ação do Judiciário, colocando em risco a sobrevivência democrática das instituições.[140] No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

> O ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso.[141]

Fazendo um contraponto, os que possuem uma posição favorável, defendem que a inação dos poderes políticos é reprovável e que o Poder Judiciário não pode fugir da sua função institucional de encontrar soluções para efetivar Direitos Fundamentais – portanto, defendem a relativização da separação dos poderes, em dissonância com os entendimentos em contrário. De acordo com André Ramos Tavares:

> Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários. [142]

---

[138] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de; BARRETO, Vicente de Paulo. **Normas constitucionais inconstitucionais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>. Acesso em: 22. jun. 2016.

[139] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de; BARRETO, Vicente de Paulo. **Normas constitucionais inconstitucionais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>. Acesso em: 22. jun. 2016.

[140] OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. TASSINARI, Clarissa. Judicialização da política e ativismo judicial: notas para uma necessária diferenciação. *In*: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988:** Reflexões em Comemoração ao seu 25.º Aniversário. 1ed.Curitiba: Juruá, 2014. p. 76.

[141] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. **Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, Ano 1, n. 2. p. 70. Disponível em: <http://cepejus.libertar.org /index.php/systemas/article/view/21/16>. Acesso em: 22. jun. 2016.

[142] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1027.

Ainda, de forma favorável ao Ativismo Judicial, pode-se citar os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Habeas Corpus nº 87.585-8/TO, o ministro Celso de Melo afirma que o Tribunal está autorizado a reformular a Constituição Federal:

> [...] a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Daí precisa observação de Francisco Campos ("Direito Constitucional", vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Importante rememorar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem "O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.[143]

Assim, os que defendem a postura ativista do Poder Judiciário, reconhecem a necessidade da instituição em corrigir distorções políticas decorrentes da inércia ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo. Entendem que o ativismo judicial reafirma a legitimidade do Poder Judiciário de promoção da paz social, ao intervir na tutela dos direitos fundamentais, desde que adotar uma postura equilibrada da Teoria do Direito, em obediência à Supremacia da Constituição. Nesse sentido, Daniel Sarmento:

> [...] se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo. Certamente, uma visão equilibrada da Teoria do Direito com tais

[143] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC n.º 87.585-8/TO. Relator Ministro Marcos Aurélio. Julgamento em 12-03-08. DJ de 7-12- 06. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/ anexo/HC87585VISTACM.pdf >. Acesso em: 22. Jun. 2016.

> características pode contribuir para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil. [144]

No sentido de que o Poder Judiciário torna-se essencial para a superação da discrepância entre as garantias de direitos e a realidade fática (social, econômica e política), Rodolfo de Camargo Mancuso:

> Com tudo isso, vai se desvanecendo — até porque reportada a épocas superadas — a concepção de uma resposta judiciária neutra, asséptica e desengajada, hoje se reclamando uma nova postura do juiz, que se diria proativa, nesse sentido de não apegada apenas ao desenvolvimento válido e regular do devido processo legal (Cf., art. 5º, LV), mas, e até principalmente, comprometida com a justa composição do litígio, por modo a resolver não só a crise estritamente jurídica, mas também as de outra natureza que lhe são subjacentes — a social, a econômica, a política - assim propiciando o aproveitamento máximo da relação processual, num ambiente de jurisdição integral. [145]

Portanto, sua interferência institucional é uma realidade diante da necessidade de reestruturação das funções democráticas e políticas dos Poderes Executivo e Legislativo.

5. DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste tópico, busca-se analisar decisões exemplificativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no seu desempenho institucional, com o intuito de demonstrar como a corte tem atuado de forma proativa politicamente, ao longo dos anos. São julgados que, afora uma série de tantos outros, materializam o ativismo judicial.

5.1 PROTEÇÃO DE ANIMAIS

Justificado pelos costumes era autorizado o uso de animais em festas como rodeios, circos e touradas, práticas folclóricas (farra do boi, rinhas de galo e brigas de canário e cães). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal proibiu a Farra do Boi, através

[144] SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf >. Acesso em: 22. jun. 2016.
[145] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 387.

do julgamento do Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC[146]. O julgamento foi nos seguintes termos:

> Como a Farra do Boi não era vedada, na forma da Lei, a prática dessa atividade era, assim, também justificada pelo Estado de Santa Catarina, que não a reprimia. Em seu voto, o Relator Ministro Francisco Rezek ressaltou que caberia ao referido Estado, "como expressão do poder público" produzir lei capaz de coibir toda prática que submetam animais a crueldade e, por isso, inconsistente com a Constituição Federal. Justificou, ainda, a demora em submeter o tema a julgamento "na esperança de que isso se resolvesse sem uma decisão judiciária, de que ficasse claro que o poder público tomou providências no sentido de coibir qualquer ação agressiva à lei fundamental, e de que sobrou uma autêntica manifestação cultural, eliminados todos os seus aspectos cruéis ou reprováveis. Infelizmente isso não aconteceu. A cada ano do calendário a prática se caracterizou mais e mais como cronicamente violenta, e não apenas pontilhada de abusos tópicos". Salientou, ainda, que a Constituição Federal não admite violência e crueldade para com os animais simplesmente por ser considerada pelo Estado uma manifestação cultural.[147]

Afora este caso, outros foram julgados para evitar a crueldade contra animais, como por exemplo, o julgamento da ADI 1.856/RJ[148], em que o STF acabou com a conhecida "Briga de Galo" no Estado do Rio de Janeiro, declarando a inconstitucionalidade da Lei 2.895/1998.

5.2 DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL

O Supremo Tribunal Federal adotou uma postura ativista ao julgar os Mandados de Injunção nº 670/ES[149], 708/DF[150] e nº 712/PA[151], referentes ao direito de greve do

[146] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

[147] BRAÚNA, Micaela Minaré. Supremo Tribunal Federal e Proteção dos Animais. *In:* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Org.). **Ativismo em Decisões Judiciais.** Brasília: IDP, 2014. p. 12-13. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file> Acesso em: 21. jun. 2016.

[148] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.856/RJ.Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347302>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

[149] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Injunção nº 670/ES. Relator MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 25/10/2007. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

[150] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Injunção nº 708/DF. Relator Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br /jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

[151] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Injunção nº 712 PA Relator EROS GRAU - Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/ 2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>. Acesso em: 21.

servidor público civil, propondo uma solução diante da omissão legislativa. Todos pleiteavam o reconhecimento do exercício do direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. Resumidamente, seguiu-se o seguinte raciocínio para a decisão:

> Nesses termos, podem ser relacionados os seguintes pontos focais: - O Mandado de Injunção é uma garantia fundamental, que está assegurada constitucionalmente no art. 5º, inciso LXXI; - O direito de Greve dos servidores públicos civis está salvaguardado no art. 37, inciso VII da Constituição Federal e deve ser visto como hipótese de omissão legislativa inconstitucional, já que até o presente momento não houve publicação da lei ordinária específica necessária para o exercício pleno desse direito constitucionalmente assegurado; - O plenário do STF por diversas vezes declarou a mora legislativa em relação ao tema e mesmo após as alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 modificando a reserva legal de lei complementar para a lei ordinária específica para tratar do tema nada foi feito, especialmente, pelo Congresso Nacional; - Caso o STF mais uma vez emitisse pronunciamento no sentido de apenas certificar a mora do Congresso Nacional acabaria correndo o risco de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria em questão; - No direito comparado observa-se a adoção de forma legítima de alternativas normativas e institucionais na tentativa de superar a situação de omissão, em especial, na Alemanha e Itália, esse argumento foi utilizado para respaldar o entendimento de que não é nada absurdo considerar que o Poder Judiciário possa de forma legítima adotar medidas normativas para superação de omissões inconstitucionais, sem que esse tipo de decisão tenha como resultado a ofensa ao modelo de separação de poderes também consagrado constitucionalmente. Pois bem, traçadas as premissas básicas precitadas a Corte Suprema conscientizou-se que o momento era de alteração dos paradigmas até então existentes no STF, principalmente, quando se observou a mora legislativa arraigada em relação ao tema e, ainda, todas as ações constitucionais impetradas pelas categorias que ansiavam exercer um direito que lhes é constitucionalmente garantido. 152

Diante da omissão e mora do Poder Legislativo, o STF concedeu o direito de greve aos servidores civis.

5.3 ABORTO DO FETO ANENCEFÁLICO

Importante decisão do STF foi na Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental ADPF nº 54[153], que trata da antecipação do parto de feto anencefálico. A

Jun. 2016.

[152] SILVA, Michelle Marrry M. da. Os efeitos da decisão concessiva da Injunção no Direito De Greve do servidor público civil e a possível manifestação de Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal Federal. *In:* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Org.) **Ativismo em Decisões Judiciais.** Brasília: IDP, 2014. p. 52-55. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file> Acesso em: 21. jun. 2016.

[153] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental ADPF nº 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

parte arguente, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) defende que a antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico não é aborto, pois a anencefalia inviabiliza a vida do feto. Em comentário sobre a referida decisão, Arthur A. de Lima Queiroz:

> A CNTS, mostrou-se aflita com a possibilidade de criminalização dos profissionais da saúde por interromperem a gestação de fetos anencefálicos, uma vez que não havia segurança jurídica sobre o assunto, por isso, encaminhou a ADPF ao Supremo, pedindo que a questão fosse regularizada e que fosse autorizada a interrupção quando esta fosse consentida pela gestante. A categoria médica entende que, em se tratando de fetos anencefálicos, não há porque se falar em aborto, pois tal termo pressupõe a possibilidade de vida extra uterina o que, no caso dos bebês anencefálicos, não acontece. De acordo com o registrado na decisão do STF, a CNTS Ainda no caso, com base em nos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde, assim, citava no bojo da decisão do Ministro relator o fato de o prolongamento da gestação "impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá", tal fato violava as vertentes da dignidade humana, do direito à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde da mãe. Assim, na petição, a Comissão pede que se tomem como inconstitucionais as interpretações dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal que os tenham como impeditivos à antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, uma vez que eles violam os direitos subjetivos da mulher de decidir sobre a sua 136 saúde, e que seja proferida súmula vinculante com relação ao assunto, de modo a dar segurança jurídica ao ato dos profissionais da área médica. [...] A decisão foi acompanhada de muita polêmica. Além de toda a questão moral envolvida, que diz respeito ao direito à vida e às concepções religiosas da maior parte da população brasileira, muitos estudiosos do direito criticaram a postura ativista do Tribunal, afirmando que ele estaria realizando funções que não são de sua competência, mas do Legislativo. É a essas críticas que este trabalho se volta. [154]

A decisão recebeu muitas críticas, principalmente da Igreja Católica, prevalecendo o Princípio da Dignidade Humana e o entendimento de que não existe possibilidade de vida ao anencefálico.

5.4 NEPOTISMO

A proibição do nepotismo, pelo Supremo Tribunal Federal, representa evidente ativismo judicial. A decisão foi proferida na Ação Direta de Constitucionalidade ADC nº

[154] QUEIROZ, Arthur Augusto de Lima. Ativismo Judicial em Análise: ADPF 54 – Aborto em Feto Anencefálico Queiroz. *In:* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Org.) **Ativismo em decisões judiciais.** Brasília: IDP, 2014. p. 135-136. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

12-6/DF[155], proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). A decisão foi estendida no Recurso Extraordinário 579.951-4/RN[156] e, posteriormente, sumulada (Súmula Vinculante nº 13[157]):

> Nesta ADC, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos decidiu, tendo-se por fundamento a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005, ao considerar que o parágrafo 4º, do art. 103-B, CF 88, acrescido pela EC 45/2004 confere ao CNJ poder normativo autônomo para decretar regras gerais e abstratas, com força de lei, no que tange às matérias de sua competência. Além disso, entendeu que a Resolução, no que tange à vedação do nepotismo, regulamentou aquilo que foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, em decorrência dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência (caput, art. 37). Assim, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os citados princípios constitucionais são normas jurídicas com efeitos de aplicação imediata, veiculadores de condutas para os seus destinatários, não havendo necessidade, portanto, de lei formal que institua a proibição do nepotismo. Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário 579.951-4/RN, esta proibição foi estendida aos outros Poderes. Isto porque, embora o STF tenha estabelecido que a eficácia vinculante do texto da referida Resolução estaria circunscrito ao âmbito da magistratura, a sua força normativa deriva dos princípios elencados no art. 37, caput, da CF, tendo a mesma somente disciplinado de forma detalhada, os aspectos da vedação ao nepotismo na seara da atuação dos órgãos jurisdicionais. Além do mais, restou assentada nesta decisão que a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal secundária que coíba tal prática, haja vista que tal proibição decorre diretamente dos princípios versados no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, de impessoalidade, moralidade administrativa e da eficiência. Posteriormente, com fundamento no art. 103-A, da Constituição Federal de 1988 foi editada a Súmula Vinculante nº 13. [158]

Ao proibir a prática do nepotismo na Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se dos Princípios Constitucionais previstos no art. 37, *caput*, CF/88 para exercer seu poder jurisdicional.

5.5 UNIÃO HOMOAFETIVA

[155] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade ADC nº 12-6/DF Min. Carlos Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

[156] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951-4 Rio Grande Do Norte. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE5 79951.pdf>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

[157] Súmula Vinculante 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

[158] CASTRO. Camila de Oliveira. Ativismo Judicial (Nepotismo). *In:* **Ativismo em decisões judiciais**. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.) Brasília: IDP, 2014. p. 204. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/ docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file>. Acesso em: 21. jun. 2016.

Os ministros do STF reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas duas ações, julgadas em conjunto, em razão da encampação dos fundamentos da ADPF n.º 132-RJ pela ADI n.º 4.277-DF.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4277[159], protocolada inicialmente como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 178[160], buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, requerendo, ainda, que fossem estendidos os direitos aos companheiros nas uniões homoafetivas.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 132[161], o governo do Estado do Rio de Janeiro pediu ao STF que aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, aos funcionários públicos civis do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que que o não reconhecimento da união de companheiros do mesmo sexo contraria o Princípio da Dignidade Humana e os direitos à igualdade e liberdade.

No voto, o ministro relator Ayres Britto fez a interpretação conforme a constituição, do Art. 1.723, do Código Civil, para viabilizar o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais.[162] Na ementa do julgamento Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 132:

> Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

[159] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doc ID=628635>. Acesso em: 22. jun. 2016.

[160] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental: ADPF 178 DF. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>. Acesso em: 22. jun. 2016.

[161] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132-RJ. Voto Ministro Ayres Britto (Relator). Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 22. jun. 2016.

[162] *Idem.*

> Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.[163]

5.6 A FIXAÇÃO DO PRAZO DE 05 ANOS PARA COBRANÇA DE VALORES REFERENTES AO FGTS

O STF, no Recurso Extraordinário com Agravo - ARE nº 709.212[164], declarou a inconstitucionalidade do prazo de 30 anos para a cobrança de valores referentes ao FGTS, previsto no artigo 23 da Lei n.° 8.036/1990 e no artigo 55 do Decreto n.º 99.684/1990, por considerarem o prazo trintenário desrazoável. Prevaleceu o entendimento pela incompatibilidade do prazo legal com o artigo 7°, XXIX. A decisão, em síntese:

> [...] o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 13 de novembro de 2014, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212/DF, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o prazo prescricional aplicável às cobranças dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é o previsto no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, por se tratar de direito dos trabalhadores urbanos e rurais, expressamente arrolado no inciso III do referido dispositivo constitucional. Prevaleceu, assim, o entendimento de ser aplicável ao FGTS o prazo de prescrição de cinco anos, a partir da lesão do direito (e não apenas o prazo prescricional bienal, a contar da extinção do contrato de trabalho), tendo em vista, inclusive, a necessidade de certeza e estabilidade nas relações jurídicas. Vale dizer, uma vez respeitado o prazo prescricional de dois anos, que se inicia com o término da relação de emprego, somente são exigíveis os valores devidos nos últimos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação. Com isso, decidiu-se que o prazo prescricional de 30 anos, previsto no art. 23, § 5º, Lei 8.036/1990 (e no art. 55 do Regulamento do FGTS, aprovado pelo Decreto 99.684/1990), é inconstitucional, por violar o já mencionado art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988. Ademais, prevaleceu no STF o entendimento de que não se aplica ao caso o chamado princípio da proteção, por não se tratar de direito mínimo, que possa ser ampliado por meio de lei ordinária. Quanto ao tema, a Constituição da República determinou, de forma expressa e precisa, o prazo prescricional para se exigir a cobrança dos créditos resultantes das relações de trabalho, como ocorre justamente quanto ao FGTS, que tem natureza jurídica de direito social e trabalhista. [165]

---

[163] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132-RJ. Voto Ministro Ayres Britto (Relator). Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 22. jun. 2016.

[164] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo 709.212 Distrito Federal Relator : Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=TP&docID=3857469>. Acesso em: 22. jun. 2016.

[165] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. FGTS e Prazo Prescricional na atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica TRT PR**, O FGTS e a Prescrição. Ano IV, 2015, n. 41. p. 10.

5.7 REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIOS

A exemplo de decisões do próprio Supremo sobre assuntos inerentes ao Poder Executivo, tema bastante atual é a decisão do STF de que o Poder Judiciário poder obrigar o Executivo a reformar presídios, sob o fundamento de prevalência do Princípio da Dignidade Humana e garantia dos direitos fundamentais que preservem a integridade física e moral dos detentos sobre o Princípio da Reserva do Possível.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário - RE nº 592581[166], com repercussão geral. O Ministério Público do Rio Grande do Sul ajuizou uma Ação Civil Pública para que fosse realizada uma reforma no presídio de Uruguaia, tendo sido negado o pedido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por entender não caber ao Poder Judiciário adentrar em matéria privativa da Administração Pública. A ementa do julgamento:

> É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.[167]

5.8 IGUALDADE DE LICENÇAS PARA GESTANTE E ADOTANTE

Esta decisão foi proferida pelos ministros no Recurso Extraordinário - RE nº 778889[168], com repercussão geral reconhecida. Uma servidora pública impetrou Mandado de Segurança para poder usufruir de licença de 120 dias, alegando que a Constituição Federal não faz qualquer diferença entre gestação (maternidade biológica) e maternidade adotiva, alegando ainda que o Art. 227, parágrafo 6.º, da CF/88, equipara

[166] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 22. Jun. 2016.
[167] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 22. Jun. 2016.
[168] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 778.889 Pernambuco. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP =TP&docID=7982176>. Acesso em: 22. Jun. 2016.

expressamente os filhos biológicos e adotivos. Pediu ainda a prorrogação por mais 60 dias, como previsto na Lei n.° 11.770/2008.

Como as decisões foram desfavoráveis à servidora sob fundamento de que os direitos da mãe adotante são diferentes dos direitos da mãe gestante, ingressou com o Recurso Extraordinário, que decidiu pela equiparação entre as gestantes e adotantes. No voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

> A propósito, ressalte-se que as distinções de prazos de licença-maternidade que vigoravam no regime celetista para trabalhadoras gestantes e adotantes foram abolidas pela Lei nº 12.010/2009, que revogou os §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT, incluídos pela Lei nº 10.421/2002. Atualmente, para ambos os casos, o prazo é de 120 (cento e vinte) dias, com possibilidade de extensão por 60 (sessenta) dias (CLT, art. 392-A, caput, e Lei nº 11.770/2008, art. 1º, § 2º). 11. Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista econômico, social e jurídico: (I) econômico, porque discute a ampliação do período de afastamento remunerado hoje concedido às servidoras adotantes, com reflexos na prestação dos serviços públicos e no custo das licenças; (II) social, em razão da própria natureza do direito pleiteado (tanto que previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição para as trabalhadoras em geral, e aplicável às servidoras por força do art. 39, § 3º, da CRFB/1988), bem como do elevado interesse coletivo nas políticas relativas à adoção de menores, usualmente resgatados de condições de vida precárias; e (III) jurídico, porque relacionado à absoluta prioridade conferida aos direitos da criança e do adolescente, biológicos ou adotados (art. 227, caput e § 6º), o que revela o caráter central do tema na ordem inaugurada pela Constituição de 1988.[169]

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem assumido um importante papel na efetivação/concretização de Direitos Fundamentais. Essa forma de atuação ativista dos juízes e tribunais tem gerado uma série de críticas ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal – principalmente no que se refere a falta de legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário, que não são representantes eleitos.

Passa-se a um Estado Constitucional de Direito em que a constituição assume força de norma jurídica, com vistas à efetivação de Direitos Fundamentais e à promoção da Dignidade da Pessoa Humana. Neste contexto ocorre a Judicialização da Política e,

[169] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 778.889 Pernambuco. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP =TP&docID=7982176>. Acesso em: 22. Jun. 2016.

consequentemente, exsurge o Ativismo Judicial, que resulta na expansão institucional do Poder Judiciário diante da inércia e da crise de representatividade e funcionalidade dos poderes políticos - Poder Executivo e Legislativo.

A judicialização decorre do contexto sociopolítico decorrente do Constitucionalismo Contemporâneo que consagra o Estado Democrático de Direito. Por sua vez, o ativismo judicial é um problema propriamente jurídico da teoria do direito e da Constituição Federal, vez que decorre de um ato de vontade muitas vezes revestido de um critério político, ao invés de jurídico.

Portanto, a atuação do Judiciário, quando acionado em decorrência da inércia do poderes políticos, não pode ser reduzida a discricionariedade e subjetivismos de quem exerce a atividade jurisdicional. Num Estado Democrático de Direito, a fundamentação da prestação jurisdicional é um meio de coibir decisões judiciais discricionárias – o Poder Judiciário, de acordo com constitucionalismo contemporâneo, deve pautar suas manifestações institucionais por argumentos de princípios (e não de política), segundo parâmetros constitucionalmente impostos.

Assim, considerando que a separação dos poderes, o regime democrático e a efetivação de direitos fundamentais são igualmente importantes, a conclusão que se chega é de que o Ativismo Judicial pode ser uma solução para a efetivação de Direitos Fundamentais, quando da inércia política do Executivo e Judiciário se, necessariamente, ocorrer com respeito à Supremacia da Constituição Federal, principalmente aos valores e princípios do Estado Democrático de Direito.

Por mais críticas que se façam à conduta proativa do Poder Judiciário, o ativismo judicial pode ser menos prejudicial que a inatividade política**.** Para tanto, necessária a observância ao novo *standard* normativo da figura dos princípios jurídicos (e não as regras).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. *In:* **Constitucionalismo discursivo.** Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Judicialização, ativismo judicial e liberdade democrática. *In:* COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

BRAÚNA, Mikaela Minaré. Supremo Tribunal Federal e proteção dos animais. *In:* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Org.) **Ativismo em decisões judiciais.** Brasília: IDP, 2014, p. 8-19. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file> Acesso em: 21. Jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21.Maio. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade ADC nº 12-6/DF Min. Carlos Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doc ID=628635>. Acesso em: 22. jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.856/RJ.Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=3473 02>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132-RJ. Voto Ministro Ayres Britto (Relator). Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 22. jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental ADPF nº 54. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Argüição De Descumprimento De Preceito Fundamental: ADPF 178 DF. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135746/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-178-df-stf>. Acesso em: 22. jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Injunção nº 670/ES. Relator Maurício Corrêa. Julgamento: 25/10/2007. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia /2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Injunção nº 708/DF. Relator Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandados de Injunção nº 712 PA Relator EROS GRAU - Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC n.º 87.585-8/TO. Relator Ministro Marcos Aurélio. Julgamento em 12-03-08. DJ de 7-12- 06. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>. Acesso em: 22. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 22. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951-4 Rio Grande Do Norte. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE5 79951.pdf>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário Com Agravo 709.212 Distrito Federal Relator : Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3857469>. Acesso em: 22. jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 778.889 Pernambuco. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub /paginador.jsp?docTP =TP&docID=7982176>. Acesso em: 22. Jun. 2016.

CASTRO. Camila de Oliveira. Ativismo Judicial (Nepotismo). *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Org.) **Ativismo em decisões judiciais.** Brasília: IDP, 2014. p. 200-210. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file> Acesso em: 21. Jun. 2016.

FALCÃO, Maria Júlia Galvão. Judicialização da Política e Ativismo Judicial: Análise jurídica do caso de cassação de Mandato do Deputado Natan Donadon. **Ciências humanas e sociais**, Recife, v. 1, n.3, p. 43-54, Julho, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. **Systemas*:* Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, Ano 1, n. 2.

Disponível em: <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>. Acesso em: 22. Jun. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. FGTS e Prazo Prescricional na atual Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica TRT PR,** O FGTS e a Prescrição. Ano IV, 2015, n. 41.

LISOWSKI, Carolina Salbego. SITO, Santiago Arthur Berger. **Constitucionalismo Contemporâneo:** uma crítica aos conceitos de neoconstitucionalismo e positivismo**.** Disponível em: <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

LIMA, Danilo Ferreira. **O Poder Judiciário e a Autonomia do Direito**: os entraves ao controle do poder político numa sociedade estamental. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das lei**s. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. FARIA; Bruno Costa; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, biênio 2010-2011.

_____; TASSINARI, Clarissa. Judicialização da política e ativismo judicial: notas para uma necessária diferenciação. *In*: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. (Org.). **Constituição Brasileira de 1988**: Reflexões em Comemoração ao seu 25.º Aniversário. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PERLATTO, Fernando. A Constituição de 1988: um marco para a História da Nova República brasileira. Contemporâneos. **Revista de Artes e Humanidades,** n. 3, nov-abril 2009, Disponível em: <http://www.revistacontemporaneos.com.br/n3/pdf/constituicao.pdf>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

QUEIROZ, Arthur Augusto de Lima. Ativismo Judicial em Análise: ADPF 54 – Aborto em Feto Anencefálico Queiroz**.** *In:* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.) **Ativismo em decisões judiciais**. Brasília: IDP, 2014, p. 130-142. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/ docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file>. Acesso em: 21. Jun. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Paola Lorena Pinto dos. Jurisdição e Processo: A necessária superação do protagonismo e do ativismo judicial para a construção de um processo democrático. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 193-210, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf> Acesso em: 22.Jun.2016.

SILVA, Michelle Marrry M. da. Os efeitos da decisão concessiva da Injunção no Direito De Greve do servidor público civil e a possível manifestação de Ativismo Judicial pelo Supremo Tribunal Federal. *In:* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.) **Atividismo em decisões judiciais**. Brasília: IDP, 2014, p. 54-70. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1000-ativismo-em-decisoes-judiciais-1/file> Acesso em: 21. Jun. 2016,

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. A judicialização das políticas públicas no brasil e sua legitimidade como instrumento de efetivação dos direitos sociais e concreção da cidadania. *In:* Direitos Sociais e Políticas Públicas I: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. **(Re) Pensando o direito: desafios para a construção de novos paradigmas**. Florianópolis/SC: CONPEDI, 2014. p. 76-101. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 30 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos,** v. 8, n. 2, p. 257-301, Maio/Ago. 2003, p. 257-301.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Constituição e bem jurídico**: a ação penal nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – o sentido hermenêutico-constitucional do art. 225 do Código Penal. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12965-12966-1-PB.pdf> Acesso em: 25. Jun. 2016.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: Uma crítica ao Ativismo Judicial. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, Jul./Dez. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV,** vol. 8, n.1, São Paulo Jan./June 2012.

CAPÍTULO XIV

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: OS CONSELHOS DE DIREITO COMO INTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INFANTOJUVENIS NA ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Livia Carla Silva Rigão[170]

RESUMO: O presente trabalho aborda a análise da atuação dos Conselhos de Direito, em especial, os Conselhos de Direito da Infância e Juventude, na elaboração das políticas públicas como instrumentos efetivadores de direitos fundamentais. Nesse sentido, verifica-se que, até o advento da Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes não eram contempladas com orçamentos públicos destinados a satisfação de suas necessidades, de maneira que somente a partir da incorporação da Doutrina da Proteção Integral é que referida classe passou a figurar como sujeitos carecedores de proteção. Com o Estado Democrático de Direito e os princípios norteadores constantes do texto constitucional em seu artigo 227, as políticas públicas representam uma opção política destinada a cumprir o fim proposto pela administração que, preferencialmente, deve coincidir com o próprio mandamento do legislador constituinte originário. As políticas públicas, portanto, devem, em última análise, visar o bem comum, motivo pelo qual a participação de diversas classes sociais nas decisões acerca de sua implementação legitimam o poder do Estado que emana diretamente do povo. Os Conselhos de Direito, nessa perspectiva, materializam o conceito de cidadania que não deve mais estar adstrito ao exercício do sufrágio, mas sim estar diretamente ligado às decisões do poder público que influem na sociedade, consagrando o ideal da democracia participativa, a qual ratifica a representatividade conferida pelos cidadãos aos seus governantes.

PALAVRAS-CHAVE: Conselhos de Direito. Democracia. Efetivação. Direitos Infanto-juvenis. Políticas Públicas.

ABSTRACT: This study aims to analyze the performance of the Law Councils, in particular the law of Councils for Children and Youth, in the preparation of public policies

[170] Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP/CCSA). Acadêmica bolsista do Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ).

as instruments efetivadores of fundamental rights. In this sense, it appears that until the advent of the Federal Constitution of 1988, children and adolescents were not covered by public budgets to satisfy their needs, so that only the incorporation of the Integral Protection Doctrine is that such class was renumbered as protection carecedores subject. With the democratic rule of law and the guiding principles contained in the Constitution in Article 227, public policy is a policy option designed to meet the order proposed by the administration, preferably must match the very commandment of the legislature original constituent. Public policies therefore should ultimately aim at the common good, for which the participation of different social classes in decisions about their implementation legitimize state power that emanates directly from the people. The law advice, from this perspective, embody the concept of citizenship should not be more attached to the exercise of suffrage, but be directly linked to the decisions of government that affect the society, enshrining the ideal of participatory democracy, which ratifies the representation given by citizens to their government.

KEYWORDS: Right Advices. Democracy. Effectuation. Childhood and youth rights. Public Polices.

INTRODUÇÃO

Através da presente pesquisa se busca discutir e analisar as políticas públicas na área da infância e juventude em decorrência da responsabilidade do Estado em sua implementação, que se origina diretamente da observância dos princípios constitucionais limitadores para a sua atuação.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo se estrutura em três capítulos, de maneira que em um primeiro momento analisa-se a evolução da tutela dos direitos da infância e juventude no Brasil, demonstrando que, somente a partir da incorporação da Doutrina da Proteção Integral e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a atuação estatal, ao menos no âmbito legislativo, se preocupou com os direitos fundamentais daqueles que então passam a dispor da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

No segundo capítulo, por sua vez, é feita uma análise específica a respeito do sistema de garantias de direitos introduzidos pela Lei nº 8.069/90, consagrando a rede de atendimento de crianças e adolescentes cuja característica predominante consiste na descentralização administrativa em adimplir com as políticas sociais básicas.

Por fim, averígua-se a importância dos Conselhos de Direitos nas escolhas políticas do Poder Público, demonstrando que a incorporação de parte da sociedade civil

na discussão e elaboração de políticas públicas consiste em prática legitimadora do poder conferido pelos cidadãos aos governantes que os representam e, portanto, suas deliberações devem possuir não um caráter recomendativo, mas sim vinculativo às escolhas da administração.

Ressalta-se que o tema se demonstra relevante na medida em que, em decorrência do comando constitucional expresso de priorizar recursos orçamentários para a efetivação de crianças e adolescentes, necessária a discussão e análise de instrumentos que visam facilitar a concretização do comando legal como, no caso, se verificam por meio dos Conselhos de Direitos.

O método empregado para a realização desta pesquisa foi o qualitativo, priorizando, ainda, os instrumentos indutivos e descritivos, na medida em que são desenvolvidos conceitos, ideias e entendimentos baseados em dados verificados em outros documentos científicos, cujo propósito é chegar a conclusões mais amplas do que as estabelecidas por estes e pelo próprio conceito legal.

1. EVOLUAÇÃO DA TUTELA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE NO BRASIL

O desenvolvimento da tutela dos direitos infanto-juvenis no Brasil foi fruto de uma constante influência dos movimentos internacionais da época acrescida, sobretudo, da importância da formação política e social do país, que carregava consigo o anseio da emancipação e a busca de uma identidade nacional.

Crianças e adolescentes, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deixaram de pertencer à categoria de "menor", expressão que lhes reduziam a importância como ser humano, e firmaram-se no ordenamento jurídico como sujeitos detentores de direitos, amparados pela Doutrina da Proteção Integral.

Durante o período colonial, a pouca preocupação, de cunho assistencial e asilar, destinada à infância, em especial àquela considerada pobre e abandonada, era oriunda dos próprios padres jesuítas que aqui se instalaram com a descoberta da colônia, de voluntários caridosos, casa de recolhimento e da adoção da roda dos expostos, corroborando para uma atitude inversamente proporcional a do Estado, o qual manifestava uma inexpressiva atuação. (SOUZA, 2008)

Foi então na fase imperial que o Estado passou a se preocupar em produzir políticas públicas voltadas para os infratores, menores ou maiores. É nesse contexto que

as crianças e adolescentes ganharam, pela primeira vez, o cenário na história brasileira, não pela criação e aplicação de políticas que os coloquem na condição especial de pessoas em desenvolvimento, mas sim por políticas repressivas que não levavam em consideração tratamento diferenciado a estes indivíduos.

Em 1830, com a edição do Código Penal do Império, foi adotada a Teoria do Discernimento, segundo a qual os menores de 14 anos eram considerados inimputáveis. Porém, para aqueles que estivessem na faixa etária de 7 a 14 anos e contassem com discernimento para compreensão do ato, poderia ser aplicada a pena de encaminhamento para as casas de correção, podendo lá permanecer até completarem 17 anos. Vale frisar que referidas casas de correção ou instituição disciplinar industrial, dada sua escassez, muitas vezes eram substituídas pelos próprios estabelecimentos prisionais destinados aos adultos. (AMIN, 2015)

Nesse viés, com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, o país ansiava por mudanças no cenário social relativo às crianças, de forma que a tênue preocupação com estes indivíduos encontrava fundamento na segurança e proteção da sociedade. Por este motivo, o Código Penal Republicano de 1890, na mesma linha do código anterior, adotou a Teoria do Discernimento para a apuração da responsabilização dos menores entre 9 e 14 anos de idade, diferenciando-se apenas no tocante à inimputabilidade penal que fora reduzida para os 9 anos de idade. (AMIN, 2015)

Com efeito, em face da preocupação com a delinquência infanto-juvenil, estatuíram-se normas para menores no Brasil, as quais levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, calcada no binômio carência/delinquência e, em 1912, o Deputado João Chaves elaborou um projeto de lei, o qual instituía tribunais e juízes de menores, uma especialização para área infanto-juvenil.

Nesse ínterim, em 1927, com a criação do Código de Menores – conhecido como Código Mello Matos – através do Decreto nº 5.083/26, medidas assistencialistas e preventivas foram estabelecidas com o intuito de minimizar a criminalidade e delinquência características da infância de rua.

Nesta fase da criminalização da infância pobre, baseado no binômio carência-delinquência, o Código Mello Matos estabelecia que: "[...] crianças e adolescentes até 14 anos eram objeto de medidas punitivas com finalidade educacional. Já os jovens, entre 14 e 18 anos, eram passíveis de punição, mas com responsabilidade atenuada [...]". (AMIN, 2015, p. 47)

Com uma perspectiva paternalista e repressora, através da junção de assistência e justiça, referido diploma legal positiva a Doutrina do Direito do Menor, que dita a necessidade de conceber estruturas institucionais especializadas para o tratamento, acolhimento e assistência dos menores privados de seus direitos e, por este motivo, marginalizados. Desta forma, configura-se um instrumento de proteção e vigilância da infância e da adolescência que teve seus direitos transgredidos em virtude da omissão do Estado e da família. (ROBERTI JUNIOR, 2012)

A ideia fundamental era reeducar aqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade, que ditava uma infância pobre e violenta, através da tutela e poder concedido aos juízos de menores, os quais determinariam as sanções a serem aplicadas em virtude da prática de infrações. Neste contexto, o que se destaca é que deixam de ter as sanções caráter meramente punitivo e passam a assumir um viés educacional, ancorado na obrigatoriedade de o Estado prover a reeducação dos delinquentes. Sobre a questão, Amin (2015, p. 47) aponta considerações:

> [...] foi uma lei que uniu Justiça e Assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa. Estava construída a categoria Menor, conceito estigmatizante que acompanharia crianças e adolescentes até a Lei nº 8069, de 1990.

Percebe-se, portanto, que o Código Mello Matos, embora tenha se preocupado em inserir a reeducação e recuperação como finalidades das medidas a serem aplicadas à infância, que, à época, gozava do status de patologia social, o seu caráter impositivo e monista sobressai, na medida em que é aplicado somente àqueles que se encontravam em situação que denotava atuação estatal como forma de atenuar a criminalidade, não gozando, portanto, de universalidade e tão pouco do subjetivismo da infância e juventude. De acordo com Rizzini:

> A análise da proposta de proteção à infância tendo em vista a defesa da sociedade, revela que o discurso da educação/reeducação, a despeito da magnanimidade de muitos dos nossos reformadores, longe de construir apenas uma gesto de humanidade, na verdade, serviu de obstáculo à formação de uma consciência mais ampla de cidadania no país. Salientava-se que a criança deveria ser educada visando-se o futuro da nação; no entanto, tais palavras, transformadas em ação, revelam que, em se tratando de infância pobre, educar tinha por meta moldá-la para a submissão [...]. Foi por esta razão que o país optou pelo investimento numa política predominantemente

> jurídico-assistencial de atenção à infância, em detrimento de uma política nacional de educação de qualidade, ao acesso de todos. Tal opção implicou na dicotomização da infância: de um lado, a criança mantida sob os cuidados da família, para a qual estava reservada a cidadania; e do outro, o menor, mantido sob a tutela vigilante do Estado, objeto de leis, medidas filantrópicas, educativas/repressivas e programas assistenciais, e para o qual, poder-se-ia dizer com José Murilo de Carvalho, estava reservada a "estadania". (RIZZINI, 2011, p.29)

Com o advento da Constituição da República de 1937, conforme ensinamentos de Veronese (1999), ainda sob o comando de Getúlio Vargas, de caráter pragmático social, busca-se priorizar os interesses e direitos coletivos em detrimento dos individuais, revelando especial atenção para a defesa e proteção da saúde infantil. Notabilizou-se, aliás, por enfatizar a importância da família e por prever que deveria o Estado prover condições especiais para crianças e adolescentes, assegurando condições físicas e mentais e conforto nos casos de abandono.

Desde então, os programas sociais se tornaram integrantes das políticas de atendimento dirigidas à área infanto-juvenil, com destaque para o Serviço de Assistência do Menor (SAM), criado pelo Decreto-Lei nº 3.799/4, cuja atuação possuía caráter correcional repressivo, trazendo em seu sistema os internatos (reformatórios e casas de correção) para os jovens autores de infrações penais e ainda estabelecimentos de ensino de ofícios urbanos para menores carentes e abandonados.

Sobre o momento histórico em questão, Andrea Rodrigues Amin assim esclarece:

> A tutela da infância, nesse momento histórico, caracterizava-se pelo regime de internações com a quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais. O objetivo era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento ditado pelo Estado, mesmo que o afastasse por completo da família. A preocupação era correcional e não afetiva. (AMIN, 2015, p. 47-48)

É de se notar, todavia, que o SAM não logrou êxito no desempenho de suas atribuições, seja em virtude do desvio de verbas ou a superlotação dos estabelecimentos ou, até mesmo, no ensino precário e incapaz de recuperar os infratores ou abandonados. Em resposta, a Lei nº 4.513/64 instituiu a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM), que em âmbito estadual e municipal se concretizou através da FEBEM, e cuja proposta consistia em recuperação dos jovens pela prática pedagógica, substituindo a repressão e discriminação por programas educacionais. (AMIN, 2015)

Malgrado a vigência de o Código Mello Matos ter inserido na atuação estatal um

pensamento social e assistencial voltado para a infância carente, o descontentamento com os problemas, que ainda se faziam presentes, fez com que referida legislação fosse tida por arcaica e insuficiente na contenção da patologia social da infância, culminando, deste modo, com a instalação da CPMI do Menor em 1976, cujo resultado prático foi a elaboração de um novo Código de Menores, através da Lei nº 6.697/79.

Inspirado na Doutrina da Situação Irregular, que se fazia implicitamente presente no Código de Menores de 1927, o Código de 1979 elenca explicitamente situações que, se verificadas, sujeitariam a criança e o adolescente ao livre arbítrio dos juízes de menores, de tal forma que, nos dizeres de Amin (2015, p. 56): "o juiz de menores centralizava as funções jurisdicional e administrativa, muitas vezes dando forma e estruturando a rede de atendimento. Enquanto era certa a competência da Vara de Menores, pairavam indefinições sobre os limites da atuação do juiz".

Depreende-se, pois, que o Juiz detinha tanto a função de caráter penal quanto a de caráter tutelar, implicando na interferência do Magistrado seja em conflitos de cunho jurídico, nas hipóteses de prática de atos infracionais, bem como na dissipação de problemas sociais. Na vigência deste código, consoante esclarece Fonseca (2015), foi a tônica a prática de internação para a infância carente ou delinquente, já que, em muitos dos casos, segregar era tido como a única solução, inexistindo qualquer preocupação em manter o jovem em contato com sua família natural, até porque a própria família, quando omissa, ou a falta dela era considerada causa de situação irregular. Por este motivo, é que neste período foram criadas Delegacias de Polícia de Proteção ao Menor e instituições de internação onde a finalidade era diagnosticar, tratar ou abrigar.Enuncia o art. 2ª do Código de Menores de 1979:

> Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
>
> I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
> a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
> b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
> Il - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
> III - em perigo moral, devido a:
> a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
> b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
> IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
> V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
> VI - autor de infração penal.
> Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato

> judicial. (BRASIL, Código de Menores, 1979)

Nesse viés, constata-se que a Doutrina da Situação Irregular não se destinava a prevenção, proteção e amparo à criança e ao adolescente, tampouco lhes assegurava direitos especiais, mas sim era restrita, taxativa e limitava-se a cuidar da população infanto-juvenil que configurasse a situação de irregularidade nos moldes acima descrito, através da gestão centralizada dos juízes de menores. Para Carmello Junior (2013, p.14): "[...] Concebia-se, pois, um sistema em que era possível ao juiz restringir a liberdade de um adolescente pela singela circunstância de ser pobre ou "privado de condições essenciais de subsistência"".

É por este motivo que o Código de 1979, por vezes, era considerado o Código Penal dos Menores, eivado de discriminação, violência e repressão, de verdadeira omissão em relação a garantia de direitos fundamentais, em especial quando se trata de criança e adolescente, sem qualquer segmento das garantias processuais penais relacionadas ao devido processo legal e contraditório, conforme se constata pelas considerações abaixo transcritas de Cleide Oliveira Lemos:

> Prisões preventivas sem a audiência do curador, maus-tratos e mortes eram comuns nas unidades da Febem, onde não havia separação entre vítimas e infratores. Internações sem prazo limitado costumavam ser o preâmbulo do ingresso (quase necessário) desses jovens no sistema penitenciário quando completavam 18 anos. Fugas constantes levaram para as ruas – para a arena pública, portanto – a necessidade e a urgência de uma abordagem mais consequente da questão infanto-juvenil no País. (LEMOS, 2008, p.15)

A respeito da infância que se delineava, ressalta-se:

> Aí, era o momento de configurar a irregularidade, que nunca era das instituições, mas sempre recaía sobre a criança, pela própria previsão ordenada no sistema jurídico ou pela condição de fragilidade que a submetia as imposições adultas produzindo o paradoxo da reprodução da exclusão integral pela via da inclusão na condição de objeto de repressão. (CUSTÓDIO, 2008, p. 25)

Denota-se, pelo exposto, que o Código de Menores de 1979 e sua vertente da Doutrina da Situação irregular criam estereótipos para a infância, de modo a estigmatizar aqueles indivíduos que, muitas das vezes, por sua própria baixa condição econômica recaíam no status de situação de risco. Paralelamente a isso, criou-se a judicialização da

infância, concebendo o mesmo tratamento, a critério do juiz de menores, àqueles que cometiam ato infracional ou àqueles que eram abandonados por sua família.

Assim sendo, em virtude das grandes manifestações na defesa da criação de novas normas regulamentadoras dos direitos e deveres dos infantes, transparece, na década de 1980, a exaustão da Doutrina da Situação Irregular e da Política Nacional do Bem-Estar do Menor que foram substituídas pela atual Doutrina da Proteção Integral, capaz de abarcar o real significado dos direitos infanto-juvenis.

Esclarece Fonseca (2015) que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988, elaborada sob forte influência dos movimentos "Comissão Criança e Constituinte" e "Fórum Nacional de Defesa de Direitos das Crianças e dos Adolescentes", veio à tona a denominada Doutrina da Proteção Integral, como dimensão da proteção e efetivação não só dos direitos fundamentais comum a qualquer cidadão e, agora, estendidos para a classe da infância, como também em relação àqueles direitos especiais cuja titularidade é exclusiva de pessoas que se encontram em fase de desenvolvimento.

A Doutrina da Proteção Integral consubstancia a conquista de crianças e adolescentes como sujeitos de direito, ou seja, passam a ser detentores de direitos juridicamente protegidos. Ou, ainda, pode-se dizer que introduz a ideia de que crianças e adolescentes passam a ser sujeitos de direitos a terem direitos. E ainda mais: passa a considerar a infância como fase especial do processo de desenvolvimento de um ser humano, implicando a prioridade absoluta no atendimento aos direitos a ela relativo. Nos dizeres de Maurício Gonçalves Saliba (2006, p.27):

> Os princípios gerais da nova concepção de proteção integral compreendem que não são as crianças ou os adolescentes que estão em situação irregular, e sim as condições de vida que estão submetidos. A criança e o adolescente são considerados pessoas em desenvolvimento. Essa condição peculiar coloca aos agentes evolvidos na operacionalização das medidas a eles destinadas a missão de proteger e de garantir o conjunto de direitos e educar, oportunizando a inserção do adolescente na vida social. Sua condição de sujeito de direitos implica necessidade de participação nas decisões de qualquer medida a seu respeito.

Destarte, com o advento da referida Constituição Cidadã, houve uma verdadeira ruptura de paradigma na seara infantil, de tal modo que não havia mais espaço para a aplicação da doutrina do direito do menor (Doutrina da Situação Irregular), colocando, agora, sob a égide da irregularidade, os pais quando do descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar ou o Estado quando negligente em relação à promoção das

políticas sociais básicas.

Para além das inovações introduzidas no direito da criança e do adolescente, a Constituição de 1988 representou uma opção política e jurídica capaz de concretizar um novo direito embasado na concepção de democracia. De acordo com Costa e Hermany (2006, p. 1168):

> [...] foi possível a incorporação dos novos ideais culturais surgidos na sociedade, implementando, ao menos formalmente, a democracia participativa. A proposta é de que a descentralização e democratização caminhem conjuntamente, a fim de garantir a formulação de políticas públicas eficazes, que respondam satisfatoriamente aos anseios da população e que sejam capazes de prevenir e combater a tão propalada exclusão social [...].

Desta forma, estabelece o art. 227, CF/88, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente um sistema de proteção especial de direitos capaz de proteger e promover a cidadania destes indivíduos, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, negligência, violência, crueldade ou opressão.

Outrossim, a partir da introdução da referida doutrina no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se a adoção da desjudicialização da infância, não mais prevalecendo as práticas de caráter administrativo. Houve mudanças na gestão do fornecimento de políticas públicas para a infância com consequente descentralização político-administrativa e democratização na efetivação de seus direitos. Trata-se de uma doutrina pragmática que insere responsabilização solidária entre os entes descritos no art. 227, *caput*, CF/88 frente à eventual omissão no cumprimento do mandamento legal. Nesse contexto:

> O reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o princípio da universalização, segundo o qual os direitos do catálogo são susceptíveis de reivindicação e efetivação para todas as crianças e adolescentes. No entanto, a universalização dos direitos sociais como àqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, também exige uma postura proativa dos beneficiários nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas. É nesse sentido que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, transformá-los em realidade. (CUSTÓDIO, 2008, p. 32-33)

Todavia, com a intenção de garantir efetividade à Doutrina da Proteção Integral

que, ainda que expressamente prevista na Carta Magna, não esmiuçou de que maneira deveria ser implementada, podendo, com isso, revestir-se tão somente de norma constitucional programática, foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – através do qual se cria:

> [...] um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, por meio de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos e abuso, e proteção jurídico social por entidades da sociedade civil. (AMIN, 2015, p. 57)

O ECA pode ser considerado uma lei-revolução no momento em que rompe com o conservadorismo inadequado do menorismo (Doutrina da Situação Irregular), bem como oportuniza inovadoras formas de concretizar as políticas públicas de atendimento à infância e à adolescência. Isto posto, consoante Roberto Diniz Saut (2007), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através de seus três sistemas de garantias de direitos, configura a operacionalização da Doutrina da Proteção Integral, abrangendo diretrizes constitucionais e rede de garantias, em especial por aplicação do princípio da municipalização, descentralização e participação e controle por todo o corpo social.

Ressalta- se que esse tríplice sistema de prevenção primárias (fornecimento de direitos fundamentais mínimos), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas socioeducativas) devem operar harmonicamente, devendo cada um ser acionado na medida em que se faz necessário. Assim quando se esvair as possibilidades do primeiro sistema, recorre-se ao segunda em que o grande operador será o Conselho Tutelar. Ao passo que, estando o adolescente em conflito com a lei, aplicar-se-á o terceiro sistema socioeducativo que será operacionalizado pelo Sistema de Justiça.

Fundamentalmente, de acordo com esclarecimentos de Carlos Alberto Carmello Junior (2013), o Sistema Primário corresponde aos direitos pertencentes às crianças e adolescentes, destacando-se, entre eles: o direito à convivência familiar, o direito à saúde e à vida, à liberdade, respeito e dignidade, o direito à cultura e ao lazer, à profissionalização e proteção do trabalho, entre outros. Por sua vez, os Sistemas Secundários e Terciários constituem as políticas públicas de atendimento para a infância, diferenciando-se no tocante a finalidade das medidas em cada um previstos. No segundo sistema, encontram-se descritas as medias de proteção àqueles que se encontrarem em

situação de risco pessoal ou social, encarregando a própria legislação estatutária de as definir. Já no terceiro e último sistema, ao qual, em tese, deveria ter utilização reduzida, estão contidas as medidas de reeducação a que podem se submeter os adolescentes quando da pratica do ato infracional.

Em vista do exposto, consigna-se que de assaz importância foi a promulgação da Constituição de 1988, que adotou a Doutrina da Proteção Integral, e a posterior criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que constituem instrumentos jurídicos que visam, em última análise, não só a edificação da conquista de direitos pelos infantes, mas também a concretização dos fundamentos da República do Brasil que se externam pela dignidade da pessoa humana e nos valores de cidadania.

2. A REDE DE ATUAÇÃO E GARANTIAS DE DIREITOS INTRODUZIDOS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Através do que anteriormente foi exposto, pode-se conceber o Estatuto da Criança e do Adolescente como uma lei que incorpora oportunidade de viabilizar a Doutrina da Proteção Integral, que almeja, acima de tudo, a transformação social através da superação da exclusão dos direitos infanto-juvenis. É, portanto, uma lei proposta de cunho pedagógico, na medida em que visa assegurar mecanismos de efetivação de políticas básicas ou de políticas de reeducação. Salienta-se que:

> O Estatuto estabelece, como lei-proposta, que os direitos da criança e do adolescente, declarados e próprios do ser humano, não podem ficar apenas no declarado, mas devem integrar e concretizar o direito subjetivo do sujeito de direito, a criança e o adolescente, com absoluta prioridade, sem a relativização desses direitos pela omissão ou pela ação de desrespeito. Para tanto, pode-se ver que o ECA tem intrinsicamente uma metodologia operativo responsabilizadora, ou em outros termos, o como fazer acontecer, e por quem, os direitos da proteção integral. (SAUT, 2007, p. 61)

É a partir desta visão que o Estatuto em voga, em respeito ao já estabelecido pelo art. 227, §7º, CF/88, contempla a rede de atendimento para a garantia dos direitos dos infantes, baseada nas atuações institucionais público-comunitária. Disso decorre expressa consonância com o dever, constitucionalmente previsto, da família, sociedade e Estado em promover os direitos básicos desta classe, na medida em que além de sujeitos ativos na efetivação dos direitos, passam agora a integralizar a política de gestão e elaboração das ações a esse fim destinado. Para Patrícia Silveira Tavares (2015, p. 405):

> [...] o Sistema de Garantias de Direitos (SGD), é compreendido como o conjunto de elementos – órgãos, entidades, programas e serviços – que, sinergicamente, é capaz de tornar efetiva a Doutrina da Proteção Integral, garantindo a todas as crianças e adolescentes os direitos previstos em lei [...].

Ainda sobre o Sistema de Garantias de Direitos, determinam os arts.1º e 2º da Resolução nº 113/06 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA):

> Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal.
> § 1º Esse Sistema articular-se-á com todos os sistemas nacionais de operacionalização de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, assistência social, trabalho, segurança pública, planejamento, orçamentária, relações exteriores e promoção da igualdade e valorização da diversidade.
> § 2º Igualmente, articular-se-á, na forma das normas nacionais e internacionais, com os sistemas congêneres de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos, de nível interamericano e internacional, buscando assistência técnico-financeira e respaldo político, junto às agências e organismos que desenvolvem seus programas no país.
>
> Art. 2º Compete ao Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente promover, defender e controlar a efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos, em sua integralidade, em favor de todas as crianças e adolescentes, de modo que sejam reconhecidos e respeitados como sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; colocando-os a salvo de ameaças e violações a quaisquer de seus direitos, além de garantir a apuração e reparação dessas ameaças e violações.
> § 1º O Sistema procurará enfrentar os atuais níveis de desigualdades e iniquidades, que se manifestam nas discriminações, explorações e violências, baseadas em razões de classe social, gênero, raça/etnia, orientação sexual, deficiência e localidade geográfica, que dificultam significativamente a realização plena dos direitos humanos de crianças e adolescentes, consagrados nos instrumentos normativos nacionais e internacionais, próprios.
> § 2º Este Sistema fomentará a integração do princípio do interesse superior da criança e do adolescente nos processos de elaboração e execução de atos legislativos, políticas, programas e ações públicas, bem como nas decisões judiciais e administrativas que afetem crianças e adolescentes.
> § 3º Este Sistema promoverá estudos e pesquisas, processos de formação de recursos humanos dirigidos aos operadores dele próprio, assim como a mobilização do público em geral sobre a efetivação do princípio da prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente.
> § 4º O Sistema procurará assegurar que as opiniões das crianças e dos adolescentes sejam levadas em devida consideração, em todos os processos que lhes digam respeito.

Pelo exposto, fundamental perceber que a atuação em rede na promoção e

efetivação de direitos, proposta pelo ECA, evidencia a descentralização político-administrativa e a participação popular, na medida em que distribui o poder de elaborar e executar as políticas de atendimento entre todos os entes da federação (União, Estados e Municípios), e institui papel fiscalizador e contributivo à sociedade, que por meio da participação em órgãos representativos, deliberativos e consultivos pode auxiliar na consecução dos direitos da infância. (CARMELLO JUNIOR, 2015) Dada a inovação de cooperação introduzida pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ressalta-se que:

> A nova organização político-administrativa instituída pela Constituição de 1988 fez que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios passassem de coadjuvantes a protagonistas na fixação das ações que visam satisfazer as necessidades da população infanto-juvenil, permitindo, dessa forma, o atendimento das demandas de casa localidade. (TAVARES, 2015, p. 407)

A partir do artigo 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente estão previstas ações e instruções que se consubstanciam nos modelos de realização das políticas de atendimento a serem seguidos por todos aqueles que convergem para a sua promoção, sob pena de sofrerem a respectiva ação de responsabilidade a que faz alusão o art. 208 da norma estatutária em casos de não implementação ou ainda de implementação deficitária.

Desta forma, consoante o mesmo autor, o mínimo para a construção das políticas de atendimento, determinado pelo legislador, são as políticas sociais básicas que envolvem a edificação dos direitos fundamentais, programas de assistência social de caráter supletivo para atender àqueles que estão em vulnerabilidade, ações específicas voltadas para a saúde, prática de ato infracional e atendimento às famílias e que devem ser coordenadas com os respectivos Sistemas de Garantias de Direitos, a saber SUS, SUAS e SINASE, e, por fim, políticas destinadas a prevenção e redução do afastamento do convívio familiar, estimulando a guarda e a adoção como formas de acolhimento.

Por conseguinte, o Estatuto tratou de delinear, em seu art. 88, as diretrizes necessárias para o desenvolvimento das políticas de atendimento, o que pode ser compreendido como um conjunto de instruções a facilitar a própria execução dos objetivos destacados no artigo anterior do mesmo estatuto. Dentre referidas diretrizes, a de maior relevância e incidência no que diz respeito à concretização de políticas para a infância, é a municipalização do atendimento que surge em concordância com a descentralização político-administrativa constante da Constituição de 1988. Para Tavares

(2015, p. 414):

> Municipalizar o atendimento consiste em confirmar o poder de decisão – e, consequentemente, a responsabilidade – do Município e da comunidade na estruturação da política de atendimento loca. Não significa, logicamente, exonerar os demais entes federativos de qualquer obrigação em relação ao setor infanto-juvenil; à União e aos Estados compete a coordenação e a complementação da política de atendimento naquilo que ultrapassar as possibilidades dos Municípios.

No mesmo sentido, Felício Pontes Junior (1993, p.14) apud Patrícia Silveira Tavares (2015, p. 415):

> A União não pode, de forma alguma, elaborar e executar programas que visem ao atendimento dos direitos infanto-juvenis sob pena de ferir o princípio constitucional da descentralização político-administrativa e o princípio estatutário da municipalização. Constata-se, assim, que a função primordial atribuída à União não está na elaboração e execução de projetos que visem ao atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, e sim no repasse dos recursos técnicos e financeiros aos Estados e municípios, os quais formularão a política social para a infanto adolescência por meio dos respectivos Conselhos de Direitos.

É nesse contexto que o Estatuto discorre sobre as demais diretrizes para a política de atendimento, dentre elas, a criação de Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, órgãos que devem ser verificados em todos os níveis da federação e que possuem como função deliberar e controlar as ações para a execução da política de atendimento. Não se pode deixar de mencionar que referidos conselhos traduzem, de forma assaz, a noção de democracia participativa, uma vez que parte de sua composição se dará por meio de membros da sociedade.

Ainda que o tema referente à concretização da democracia participativa por meio dos Conselhos de Direitos seja assunto específico a ser trabalhado no próximo capítulo deste trabalho, necessário esclarecer que a inclusão do termo "participação" dentro do direito da infância reflete justamente a insatisfação do sistema unicamente representativo no que tange aos anseios da sociedade, ensejando legitimidade das decisões ao adotar membros da sociedade civil como integrantes de gestores de políticas públicas.

Conforme constitucionalmente previsto no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988: "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou, diretamente, nos termos desta Constituição". Por este motivo, invocar a democracia participativa é conceber que a cidadania não se restringe ao exercício do voto e nos dizeres de José Afonso da Silva (2013, p. 143): "[...] caracteriza-se pela participação

direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo". É nesse sentido que se manifesta Fernando de Brito Alves (2013, p. 295):

> [...] para a realização de projetos contemporâneos de democracia, é mister que haja uma reserva clara de poder do povo. Se todo ele é alienado nas dinâmicas dos processos de representação, ou se o povo/multidão/bando dele é alijado pelas perversas dinâmicas de exploração do capitalismo, a aporia da democracia desnatura-se em devaneios metafísicos mais abstratos que o reino dos céus ou o Estado comunista.

Nesse sentido, a democracia participativa, inserida no âmbito do direito infanto-juvenil, contribui para que haja uma institucionalização do diálogo entre sociedade e governo como mecanismo de alcance de maior efetividade para a destinação dos recursos públicos.

Outrossim, mais uma diretriz que compõe o rol do art. 88, ECA é a criação e manutenção de programas específicos que podem possuir natureza protetiva ou socioeducativa e que visam atender situações peculiares das crianças e adolescentes. Não obstante, também constitui diretriz à política de atendimento a integração operacional dos órgãos responsáveis pelo atendimento do adolescente infrator, bem como a integração dos órgãos constitutivos do sistema de justiça quando se tratar de políticas relacionadas ao acolhimento familiar ou institucional e, ainda, a mobilização da opinião pública por meio de diversos segmentos. Por fim, a criação de Fundos Nacional, Estadual e Municipal, vinculados aos respectivos Conselhos de Direitos, cujo propósito é arrecadar recursos financeiros a serem destinados na área infanto-juvenil. (TAVARES, 2015)

Vê-se, pelo exposto, que com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial a redação do art. 227, crianças e adolescentes passam a vislumbrar direitos fundamentais, vez que promove-los é tarefa não só da família, como da sociedade e do Estado que se tornam corresponsáveis na tarefa de sua efetivação. É nesse sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente rompeu frontalmente com os parâmetros anteriormente vigentes, principalmente ao incorporar os sistemas de garantias de direitos. Através destes, definiu-se a prática de formulação e execução das políticas púbicas infanto-juvenis, resguardando aos Conselhos de Direitos papel fundamental na gestão do atendimento destinado à infância, inserindo a sociedade civil em espaços de decisão não dependentes exclusivamente daqueles eleitos pelo sufrágio. Pode-se afirmar, portanto, que constituem verdadeira representação do novo modelo de democracia participativa.

3. A ATUAÇÃO EM REDE DOS CONSELHOS DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA COMO MECANISMO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O modelo de Estado Social de Direitos, assumido pelo Brasil com a Constituição da República de 1988, inaugurou o caráter programático e dirigente das normas legais, na medida em que delineiam objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública quando de sua atuação. Nesse sentido, através das esferas de poder estatal, em especial, o poder executivo, é que se vislumbra o principal meio de concretização dos desígnios constitucionais como também infraconstitucionais.

Por assim dizer, de acordo com Bucci (2006, p. 241) "políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".

Através desta perspectiva de definição, verifica-se uma correlata correspondência entre o modelo de Constituição programático-dirigente e a efetivação no plano material, pela Administração Pública, dos ditames previamente definidos através da elaboração das políticas públicas.

Segundo o mesmo autor: "[...] o enfoque das políticas públicas destaca o papel da administração na "determinação e conformação" material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo". (BUCCI, 2006, p. 248-249)

Esclarece no mesmo sentido Eros Roberto Grau (2008, p. 22), ao identificar que as políticas públicas são programas de ação que legitimam o Estado Social de Direito:

> O Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programa de ação; [...] essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Por intermédio das políticas públicas, portanto, o Estado legitima sua atuação e existência, ultimando seus objetivos delineados pela Carta Magna, dentre eles expressos não só a ideia de desenvolvimento nacional, ligada diretamente com as políticas financeiras, mas também a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em seus ensinamentos a respeito do conceito de políticas públicas, Canotilho

(1988) não só as concebe como complexo de atos do Estado, como também introduz a participação de demais entes, não necessariamente pertencentes ao poder público, inclusive a própria população, como necessários ao processo de elaboração e implementação. Nesse sentido:

> [...] consiste política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Europeia) gera, cria e implementa proteções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins de infância, o sistema de apoio à terceira idade; o sistema de proteção da juventude [...]. (CANOTILHO, 2001, p. 470-491)

Corroborando com as ideias e conceitos acima expostos, necessária a desvinculação do termo "política" da atividade partidária, já que a expressão aqui empregada conota um sentido mais amplo, consistente em atividade de organização e conhecimento do poder, que possibilita a concretização de ações pelos membros do Executivo e Legislativo. Nesse diapasão, merece destaque o pensamento de Maria Paula Dallari Bucci:

> As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *governmentby policies* que desenvolve e aprimora o *governmentbylaw*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *governmentbymen*, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas (BUCCI, 2006, p. 252).

Pelo exposto, constata-se que as políticas públicas encontram vinculação direta aos núcleos constitucionais de delimitação de direitos fundamentais, de maneira a existir uma congruência entre a conduta a ser adotada pelo Poder Público e o disposto na Constituição Federal. Ademais, a política somente é considerada pública quando contempla o interesse público, ou seja, da coletividade. Contudo, conforme afirma Bucci (2006, p. 269): "uma política pública também deve ser expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a

manifestação clara e transparente das posições em jogo".

Nesse contexto, especificamente, que se inserem as políticas públicas destinadas aos direitos de crianças e adolescentes que possuem, pelo ordenamento que os protege, prioridade absoluta e proteção integral, princípios orientadores das ações estatais e que serão objeto de análise nesta pesquisa. Consoante os instrumentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, as políticas públicas, em respeito ao seu novo procedimento de formulação, consagra a democracia participativa que, nos dizeres de Canotilho (2001, p. 286) compreende: "[...] a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle político nas divergências de opiniões, produzir inputs democráticos".

Se antes o conceito de cidadão abarcava apenas o poder de escolha dos dirigentes do Estado, por meio do voto, agora a cidadania reflete a necessidade de participação naquilo que interfere no cidadão. Vislumbra-se, portanto, que a previsão de instrumentos de participação popular em apoio a uma democracia essencialmente representativa legitima a atuação estatal e consagra o Princípio da Soberania Popular.

A promulgação da Constituição da República e, posteriormente, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme já exposto, implantou um novo cenário jurídico para os direitos da infância e juventude, o qual, especificamente em relação aos atos do poder público, introduziu uma relação de interdependência das políticas públicas como os modelos de gestão descentralizados. Por intermédio dos Conselhos de Proteção à Infância ou, ainda, Conselhos de Direito materializou-se a participação da população na formulação das políticas e no controle das ações em todos os âmbitos da federação. A definição de Patrícia Silveira Tavares assim esclarece:

> Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente são órgãos públicos, imbuídos da missão institucional de exercer, politicamente, as opções relacionadas ao atendimento da população infanto-juvenil; exercem atividade administrativa de governo, distinguindo-se, no entanto, dos demais órgãos que compõem a Administração Pública, na medida em que, mesmos despidos de personalidade jurídica própria, possuem independência e autonomia em relação à chefia do Poder Executivo. (TAVARES, 2015, p. 465)

Deste modo, pode-se concluir que os conselhos de direitos são órgãos colegiados de composição paritária, ou seja, a formação se dá em número idêntico de representantes do governo e da sociedade civil, criados por lei de iniciativa do Poder Executivo, em respeito ao disposto no art. 61, §1º, II, *e*, da Constituição Federal de 1988, artigo de

repetição obrigatória nas esferas estaduais e municipais. Ainda, a própria criação dos Conselhos de Direitos denota-se obrigatórias quando sua previsão constar da Constituição Federal ou de Lei específica, já que, nesse sentido, pressupõe a ocorrência de repasses de recursos públicos. (ALVES, 2013)

Os conselhos de direitos representam, em contrapartida, o Poder Executivo no exercício de sua tarefa de gestão dos interesses da coletividade, conjuntamente com representantes diretos da população que o integram e que, nessa qualidade, se equiparam aos agentes públicos (TAVARES, 2015) A essa concepção, é possível agregar o entendimento do autor Felício Pontes Junior (1993) que entende os conselhos de direitos sobre duas perspectivas:

> Do ponto de vista dos direitos infanto-juvenis, trata-se de uma das respostas encontradas para assegurar, em última análise, a proteção integral a crianças e adolescentes no Brasil; - do ponto de vista participativo, é o instituto jurídico-político realizador de uma modalidade do direito de participação política que exerce efetivo controle sobre os atos governamentais das políticas para a infanto adolescência. (JUNIOR, 1993, p. 14)

Através desse entendimento – conceber os conselhos de direito como instrumento de participação popular – pode-se afirmar que sua grande diferença em relação aos meios de participação ordinariamente previstos na Constituição, como plebiscito e referendo, reside em seu caráter permanente e sua finalidade específica de participar das políticas de atendimento infanto-juvenil.

A participação popular na gestão de políticas públicas, de acordo com o entendimento de Fernando de Brito Alves (2013), implica algumas consequências como a transparência das deliberações, o aumento da visibilidade das necessidades sociais, gerando a aplicação da igualdade e equidade na elaboração das políticas públicas, bem como o próprio exercício das ações estatais sob o prisma do interesse público.

Não obstante as finalidades já previamente determinadas pelo art. 88, II, ECA, pode a lei que instituir os Conselhos de Direitos, além de estabelecer os seus critérios de funcionamento, aumentar sua esfera de atuação. Entretanto, em relação à sua principal finalidade que, muitas das vezes, se confunde com o próprio objetivo institucional, é necessário tecer alguns comentários. Conforme ensinamentos de Tavares (2015), o legislador intencionalmente se utilizou da expressão “deliberar sobre as políticas de atendimento”, já que, através de uma interpretação sistêmica, percebe-se que os Conselhos de Direito tanto discutem como também definem, politicamente, as escolhas

pertencentes ao atendimento dos direitos da infância e juventude. Pesquisa realizada pelo IBGE, divulgada em reportagem da Gazeta Mercantil no ano de 2001, mencionada por Eduardo Granha Magalhães Gomes (2003, p. 40), constata que:

> [...] participando da gestão de boa parte das políticas públicas, desde saúde e educação até turismo e meio-ambiente, vinculados ou não ao repasse de recursos federais, os conselhos chegam a ser vistos como um "poder paralelo", além dos clássicos poderes legislativo, executivo e judiciário. A alta proporção de conselhos deliberativos sugere este poder: 82% dos conselhos de saúde, 78% dos de educação e 73% dos de criança e adolescentes são deliberativos.

E, ainda mais, por constituir ato de deliberação um ato administrativo típico dos órgãos colegiados, é passível de se afirmar que as decisões dos Conselhos de Direito se confundem com as próprias decisões da Administração Pública. Sobre a mesma percepção, segue a lição de Liberati e Cyrino:

> Na medida em que a Constituição exigiu a estruturação de órgãos descentralizados, com a participação popular, para a formulação e controle das políticas públicas, uma vez criados por lei estes órgãos, suas decisões serão verdadeiras manifestações estatais, "de mérito", "opções políticas criativas" adotadas por um órgão público visando o interesse público. Desta forma, ocorre uma *transferência do* locus onde se dará a escolha ou opção política – a discricionariedade administrativa – que deixa atividade exclusiva do Chefe do Executivo, passando para uma instância colegiada, fazendo com que *o ato administrativo* se torne um ato complexo, sujeito a múltiplas vontades, as quais serão depois sintetizadas em um único ato *(*resolução*)* exteriorizado como vontade da administração ou vontade estatal.

Pelo exposto, não resta alternativa ao Poder Executivo senão acolher a decisão colegiada tomada pelos Conselhos de Proteção à Infância, de maneira a lhes serem proibidas qualquer atitude que impeça sua execução, sob pena de o Chefe do Poder Executivo responder administrativamente ou criminalmente, a depender da situação em concreto.

O caráter cogente e não recomendativo das deliberações do Conselho de Direitos foi, inclusive, objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial 493.811-SP através da Ministra Relatora Eliana Calmon, assim fundamentou parte de sua decisão ao determinar que o município de Santos implantasse programas para atendimento de crianças e adolescentes viciados em substância entorpecentes, conforme já havia determinado o Conselho Municipal dos Direitos:

> A Constituição Federal de 1988 revolucionou o Direito Administrativo brasileiro, ao substituir o modelo de Estado liberal, traçado na Era Vargas, para o Estado social e

> democrático de direito.
> No primeiro, o Estado distanciava-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, mantendo-os independentes em relação a ele, que estava presente para garantir-lhes essa independência, interferindo minimamente e deixando que a sociedade seguisse, como ordem espontânea dotada de racionalidade imanente.
> Mas o novo modelo emancipou a sociedade em relação ao Estado, reaproximando-os. Daí o surgimento das políticas intervencionistas, como contraponto de uma sociedade que se politiza.
> As transformações no modo de atuar do Estado, alteraram a estrutura da sociedade, acarretando a diluição dos limites entre o Estado e sociedade, vinculados por um número crescente de inter-relações. No dizer de Bobbio, "o Estado e a sociedade atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes do sistema social em sua complexidade e articulação interna".
> O novo modelo ensejou a multiplicação de modos de solução de problemas, mediante negociações, acordos, protocolos de intenções. Esse intrincamento de vínculos torna impossível a previsão, em normas legais, de todas as diretrizes de conduta a serem observadas e de soluções a serem adotadas.
> Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.
> Dentre as numerosas funções, estão as constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069⁄90, especificamente, de interesse nestes autos a de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Daí a legitimidade do MINISTÉRIO PÚBLICO e a irrecusável competência do Poder Judiciário, porquanto estabelecida a responsabilidade estatal na Resolução Normativa 4⁄97, baixada pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, seguimento social em destaque para agir em parceria com o Estado, nos termos do art. 88, II, do ECA.
> Consequentemente, tenha se presente que o pleiteado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO não foi fruto de sua ingerência. O pedido foi a implementação de um programa adredemente estabelecido por um órgão do próprio município, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, com função normativa fixada em conjugação com o Estado (Município) e a sociedade civil. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 493.811 – SP, 2002)

Através do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, depreende-se não só a importância da efetivação das decisões dos Conselhos de Direito, como também a vinculação a que se submete a Administração Pública que deverá destinar recurso orçamentário específico para as deliberações dos Conselhos em todos os âmbitos federados. Ademais, referido julgamento merece ainda destaque, tendo em conta que deixa evidente que não há ingerência indevida do Poder Judiciário naquilo que, supostamente, é de domínio do Poder Executivo, até mesmo porque, devido à composição paritária dos Conselhos, há integrantes do próprio Poder Executivo que juntamente com os demais membros da sociedade civil poderão estabelecer as diretrizes de efetivação dos direitos infanto-juvenis.

Em relação à constituição dos Conselhos de Proteção à Infância, conforme art. 86 e art. 88, II, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, a política de atendimento

dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que atuarão em consonância com as resoluções dos conselho nacional, conselhos estaduais e municipais, respectivamente (CARMELLO JUNIOR, 2013). Nessa perspectiva, dada a competência concorrente, cabe à União a elaboração de normas gerais, ao passo que aos Estados e, em especial, aos Municípios compete a elaboração de normas específicas de política de atendimento para a infância, levando-se em consideração as características peculiares da localidade.

Em âmbito federal, criou-se o Conselho Nacional das Crianças e dos Adolescentes (Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991), uma das estruturas básicas da Secretaria Especial de Direito Humanos que integra a Presidência da República, composto por 28 conselheiros titulares e 28 suplentes, sendo 14 representantes do Poder Executivo e 14 representantes de entidades não governamentais que possuam atuação em âmbito nacional de proteção e defesa dos direitos da infância e juventude. Dentre suas principais finalidades, destacam-se: expedição de diretrizes que orientarão a ação dos conselhos estaduais e municipais, acompanhamento e reordenamento institucional, oferecimento de subsídios e apoio na elaboração de legislação pertinente ao tema e, ainda, convocar, a cada dois anos, a Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CARMELLO JUNIOR, 2013).

A Resolução nº 116, CONANDA, em seu artigo 1º, estabelece que aos Conselhos de Direito competem a deliberação e o controle das políticas públicas de atendimento, compreendendo, destarte a política social básica, políticas de assistência social, políticas de proteção e as políticas de garantias. Assim, em relação à própria elaboração das políticas públicas, implica dizer que todo projeto de governo que trate sobre os direitos da infância e adolescência deve contar com a aprovação do Conselho de Direito, sob pena de padecer de inconstitucionalidade formal, já que desrespeitou as normas procedimentais previstas no texto constitucional (artigo 204, II, Constituição Federal).

Importante salienta ainda que os Conselhos Estaduais possuem atuação concorrente com o Conselho Nacional, na medida em que também buscam a efetivação e planejamento das políticas públicas, em especial, políticas sociais básicas. É na esfera municipal, entretanto, em que se encontram as principais diretrizes da política de atendimento, até mesmo por força do disposto no art. 88, I, ECA. (CARMELLO JUNIOR, 2013)

Por todo o exposto, denota-se que a atuação em conjunto dos Conselhos de Direito da Infância e Juventude nos três âmbitos da federação, desde que respeitadas suas atribuições, consiste um projeto de planejamento político que visa assegurar a plenitude dos direitos programáticos previstos constitucionalmente, legitimando as decisões que deixam de ser centralizadas no Poder Executivo e passam a ser fruto de um processo adequado ao orçamento público pautado pela discussão envolvendo diversos segmentos da sociedade.

Todavia, necessário se evitar o déficit de representatividade que pode ser verificado nos referidos órgãos. De acordo com Alves (2013, p.238): "A legitimidade dos conselheiros populares é meramente instrumental e decorre da relação que possuem com as entidades ou setores da sociedade representados, com os quais devem manter um processo de interlocução permanente". Seria dizer que o déficit de representatividade se caracteriza quando há excesso de consenso que se contrapõem ao processo deliberativo a que se propõe os Conselhos de Direito. Nesse sentido:

> Os conselhos constituem em espaços institucionais de interlocução da sociedade civil e dos governos, cuja atuação depende de um complexo processo de negociação, que passa por instâncias não colegiadas, nas quais a pressão da sociedade civil e a mobilização dos movimentos sociais são de extrema relevância, não apenas para a definição de pautas, mas também para definir os próprios processos de deliberação. (ALVES, 2013, p. 239-240)

Por essa razão, Gomes (2003) esclarece que para se falar em eficácia dos Conselhos de Direito, referenciado à possibilidade de discutir, controlar e executar suas decisões, é imprescindível compreender a efetividade em três dimensões. Primeiramente, no que tange à paridade de composição, a qual não deve ser apenas formal, numérica e normativa, mas sim entendida sob o viés da acessibilidade de informações, capacitação técnica dos conselheiros e disponibilidade de recursos.

Por conseguinte, as escolhas dos conselheiros devem ser democráticas e possam ser submetidas a procedimentos de responsabilização, tanto judicial quanto administrativo, desde que no primeiro caso se trate de vício de ilegalidade, já que o controle do mérito de suas decisões somente pode ser revisto pelo próprio órgão, em respeito ao Princípio da Autotutela e da Separação dos Poderes. No terceiro aspecto da efetividade, devem os Conselhos recorrer à mobilização, apoio e anseios da sociedade, ampliando a publicização de seus atos e discussões em pautas, justamente por

constituírem um local de interlocução e diálogo de propostas entre sociedade civil e representantes do governo.

Dada a exposição, constata-se que os Conselhos de Direito são instrumentos à disposição não só dos governos que podem com isso legitimar sua atuação diante das escolhas políticas, como também da própria sociedade, que atuando conjuntamente, poderá exercer controle social das políticas públicas.

CONCLUSÃO

Na atual conjectura, os direitos da infância e dos adolescentes devem ser elevados à categoria de direitos fundamentais, em decorrência, especialmente, da nova ordem constitucional que considerou crianças e adolescentes sujeitos de direitos. Nesse sentido, em respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e à dignidade da pessoa humana, crianças e adolescentes demandam uma postura ativa do Estado de natureza prestacional, ou seja, exigem a proteção estatal em relação à efetivação e garantia de seus direitos.

A própria Constituição Federal de 1988 assegurou aos direitos relativos à infância e juventude que sejam tutelados com prioridade absoluta tanto pela sociedade e família, como também pelo próprio Estado que deve, ao estabelecer suas diretrizes de atuação, reservar orçamentos específicos para a implementação de políticas públicas que visem consolidar os direitos fundamentais da referida classe.

No entanto, necessário salientar que nem sempre os direitos infanto-juvenis ostentaram o caráter prioritário mencionado, já que durante longos anos da história da República Federativa do Brasil, crianças e adolescentes eram considerados fatores impeditivos para o avanço nacional, ampliando sua potencialidade delitiva e demandando, deste modo, políticas repressivas e, por vezes, assistencialistas.

Com o advento da Doutrina da Proteção Integral e o a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, criou-se um sistema de garantias de direitos que almejam elevar crianças e adolescentes não só ao status de prioridade, mas também de sujeitos de direitos. Nessa perspectiva, o Estado, ao estabelecer suas políticas de atuação, deve consagrar aquelas que vão de encontro com os comandos legais, principalmente no que tange os direitos da infância e juventude.

Por este motivo, dentre os instrumentos que buscam conferir legitimidade às

escolhas da administração encontram-se os Conselhos de Direitos, os quais, por intermédio da participação de diversos segmentos sociais, atribuem à representatividade dos governantes um viés mais democrático e participativo, já que, amparado pela descentralização, não concentra o poder da decisão exclusivamente ao Poder Executivo, de maneira a corroborar com a ideal concepção de cidadania, a qual não deve ser adstrita ao exercício do sufrágio, mas sim ser entendida como um direito fundamental de participação direta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

AMIN, Andrea Rodrigues. **Evolução História do Direito da Criança e do Adolescente**, 2015. Maciel, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org). In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1830. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 Jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 493.811-SP**, Plenário, Brasília, DF, 11 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portalweb/hp/8/docs/stj_julgamento_da_acao_civil_publica_da_comarca_de_santos.pdf>. Acesso em 10 Mar. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**.4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. **A proteção jurídica da infância, da adolescência e da juventude. São Pa**ulo: Editora Verbatim, 2013.

COSTA, Marli M. M. da, HERMANY Ricardo. **A concretização do princípio da dignidade humana na esfera local como fundamento do estado democrático de direito frente à pobreza, à exclusão social e à delinquência juvenil**. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 26, jul./dez. 2006.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>. Acesso em: 20 Jan. 2016.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da.**Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GOMES, Eduardo Ganha Magalhães. **Conselhos gestores de políticas públicas: democracia, controle social e instituições.** Dissertação do mestrado em Administração Pública e Governo na FGV/EAESP. São Paulo, 2003.

LEMOS, Cleide de Oliveira. **Crianças e Adolescentes: a constituição de novos sujeitos de direitos**. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-criancas-e-adolescentes-a-constituicao-de-novos-sujeitos-de-direitos>. Acesso em: 20 Jan. 2016.

PONTES JUNIOR, Felício. **Conselhos de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Malheiros, 1993.

RIZZINI, Irene. **O século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 2011.

ROBERTI JÚNIOR, João Paulo. **Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil**. Disponível em: <www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/20121/artigo025.pdf>. Acesso em 18 Jan. 2016.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O Olho do poder- Análise crítica da proposta educativa do estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SAUT, Roberto Diniz. **O direito da criança e do adolescente e sua proteção pela rede de garantias**. Revista Jurídica, Blumenau, n. 21, jan./jun.2007.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

CAPÍTULO XV

DIREITO, RECONHECIMENTO SOCIAL E INCLUSÃO: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INTERESSE DAS MINORIAS.

Cassiane de Melo Fernandes[171]
Leonardo Cesar Matheus[172]
Luis Alberto Teixeira[173]

RESUMO: O presente artigo busca apresentar as premissas do Estado como forma de implemento jurídico social na vida dos indivíduos situando a Defensoria Pública na luta por direitos, reconhecimento social e defesa das minorias. Para tal, analisar-se-á as formas interpretativas do Estado, bem como o direito se insere no contexto desse reconhecimento social contribuindo para o acesso à justiça e para a defesa das minorias, que adquirem uma emancipação legal por intermédio da norma constitucional – está inclusiva interpretativa para todos os ramos do direito. Assim, fica evidenciado o papel da defensoria, que deve zelar pelos interesses da coletividade e individuais, efetivando a democracia e a cidadania.
Palavras-chave: Inclusão, Defensoria Pública, Reconhecimento de direitos, Minorias, Democracia.

INTRODUÇÃO

Pensar na atuação do Estado, na contemporaneidade, parece-nos um trabalho demasiadamente mais complexo do que a proposta inicial das teorias clássicas de

[171]Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade Barretos (FB). Conciliadora do Poder Judiciário. Docente da Faculdade Barretos. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Membro Adjunto da Asociación Argentina de Justicia Constitucional e Membro da Asociación Colombiana de Direito Processual Constitucional. Advogada. cassiane.melo@hotmail.com

[172]Defensor Público do estado de Minas Gerais. Membro da Câmara de Estudos de Direitos Humanos e Tutelas Coletivas da Defensoria Pública do estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Cidadania e Direitos Coletivos pela Universidade de Ribeirão Preto. Membro Diretor da Rede Internacional de Excelência Jurídica (Seção Minas Gerais).leonardo.matheus@defensoria.mg.def.br

[173]Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Historiador. Advogado.luisalbertoteixeira@yahoo.com.br

organização e democracia. O direito passou por uma reformulação capaz de fundamentar novos paradigmas, reconhecendo, inclusive, novos atores democráticos e novos sujeitos de direito.

Perpassam, assim, pelas normas fundamentais que estabelecem o critério de diferenciação do Estado moderno para os demais modelos de Estados. Esse novo modelo, apresenta formas de pretensão de universalização de direitos e reconhecimento de espaços públicos para debates institucionais. O direito, assim, se multirreferencia e se redescobre, com implementos metodológicos de interpretação da norma e aplicação de conteúdos materiais aos atos oficiais do Estado.

Democracia, portanto, não mais se fundamenta na atribuição formal existente para aferição de determinada realidade. Os paradigmas históricos de superação das escolas do direito, mormente o positivismo jurídico, transmutam-se para ideais pós-ontológicos, onde a premissa de observação da norma não se dá com a sua estrita competência, mas sim a observação de filtros aptos a dotar as leis com força de efetividade.

Nesse sentido, a Constituição assume importante papel, como instrumento normativo de condução dos atos humanos e dos atos oficiais, posto que não mais se resume a uma carta meramente formal e de conteúdo programático. Assim, as normas infraconstitucionais devem ser observadas de acordo com o reconhecimento de direitos fundamentais mínimos que são emanados para os demais ramos do direito. É a chamada constitucionalização do direito, posto que a norma, em si, não é alterada em seu texto legal, mas seu conteúdo interpretativo passa a ser observado por critérios delimitados pelos direitos fundamentais.

Assim, pode-se questionar a forma como essa interpretação é realizada, bem como qual é a forma pelo qual os princípios constitucionais são operacionados no contexto normativo da Constituição de 1.988. A forma como abertura democrática é realizada é de vital importância para se analisar quais são os critérios que definirão sua interpretação e, ainda mais, como o indivíduo será situado nesse contexto.

Não obstante, os mecanismos institucionais oficiais para a persecução do direito também se transmutam: o Estado contemporâneo, portanto, também possui o dever de criar mecanismos práticos para efetivação dos direitos, não mais podendo se abster em determinadas questões eminentemente privadas. Analisar-se-á, portanto, qual o papel da Defensoria Pública na atuação desses atos em defesa dos interesses individuais e

coletivos, utilizando o método dedutivo e revisão bibliográfica o estudo visa demonstrar a função essencial do órgão pública na efetivação do acesso à justiça, defesa das minorias e efetivação da democracia.

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os movimentos de constitucionalização do direito promulgam pela possibilidade de se absorver as semânticas do Estado como formas de resolver problemas estruturais, ou seja, buscam efetivar direitos estabelecidos na constituição. Significa, portanto, abandonar conceitos eminentemente formais de aceitação e de instrumentalização da norma, visando sua aplicação à realidade como meio de efetivação social.

Constituições modernas, portanto, visam estabelecer um liame entre os cidadãos, capaz de formular as finalidades do Estado como mútuo reconhecimento de direitos e deveres na ordem civil e constitucional, sem a qual impossível o convívio em comum. Buscam a fundamentação em um direito racional, capaz de sedimentar as expectativas normativas e expectativas sociais, havendo um regramento lógico capaz de induzir a estabilidade das condutas pessoais. Nesse pressuposto, todos os indivíduos são possuidores de direitos universais, capazes de assegurar a estabilidade dessas relações[174].

Regramentos infraconstitucionais, assim, passam a operar com uma estruturação lógica advinda dos comandos constitucionais, perpassando pelos elementos interpretativos de evolução das teorias que norteiam a relação de direitos humanos, dada a superação do neo positivismo lógico pelas teorias pós-positivistas.

Os implementos econômicos do início do século XX, com o desenvolvimento de baixa atividade Estatal de intervenção da política e na economia, favoreceram a concentração de renda e na dissociação dos elementos normativos formais dos elementos materiais que compõem o núcleo da norma. Os fundamentos liberais se pautavam na

[174]"Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; está como realizabilidade, praticidade". Cf. SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; e NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Tratado de Direitos Constitucional**, V. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154.

autonomia da vontade[175]e da *pacta sunt servanda*[176], princípios sobre os quais se justificavam os desequilíbrios contratuais existentes. Se os indivíduos são livres e iguais, os termos contratuais avençados constituíam-se de plano, devendo as partes adimplirem todas as obrigações assumidas em nome dessa liberdade de contratar, não havendo motivos pelos quais o Estado devesse interferir na autonomia privada do indivíduo.

Para corrigir as distorções existentes pela norma, as leituras constitucionais passaram a ser um implemento norteador, superando as formalidades advindas do positivismo jurídico. Em suma, ao propor que a norma jurídica pode possuir diversas interpretações igualmente válidas, Kelsen também possibilita a existência de que a forma pelo qual a interpretação normativa pode servir como elemento de embase para determinada decisão, mesmo que desprovida de conteúdo material[177].

> Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.[178]

Os direitos fundamentais do indivíduo, portanto, passam a assumir novas diretrizes, agora práticas, sob os mais diversos ordenamentos jurídicos no plano internacional. Sob o aspecto constitucional, analisando a ótica interna de cada Estado soberano, o Brasil somente adotou medidas de abertura interpretativa dos Direitos Humanos após os debates que antecederam o modelo democrático de 1988[179].

---

[175]"O poder que o cidadão livre tem de se obrigar a determinado ajuste, objetivando criar, extinguir ou modificar direitos, tendo seu campo de aplicação, por excelência, o Direito das Obrigações".: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Autonomia Privada**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Professor Dr. Ferrer-Correia. Coimbra, n. especial, 1989, p. 12.

[176]THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e seus Princípios**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 2001, p. 25.

[177]KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 393-394.

[178]BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional. *In* BONAVIDES, Paulo (diretor). **Revista latino-americana de estudos constitucionais.** nº 2, julho/dezembro, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 174.

[179]"[...] os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva e social – que, por decisão

O contexto histórico brasileiro, que se via em um regime de exceção democrática que, por vias de sustentar o Estado de direito, acabou por suplantar esse Estado, perpetrando-se na direção governamental por mais de vinte anos e, logo após a eleição de um presidente civil eleito em 1985, propôs-se para abrir as diretrizes democráticas com a confecção dessa nova Constituição da República, agora com amplo debate e sedimentação de direitos e garantias fundamentais de modo positivado na carta constitucional. A superação do paradigma positivista se dá justamente com essa necessidade de aplicar conteúdos materiais à uma determinada decisão: somente se direito reconhecer a existência das desigualdades é que se pode verificar a aplicação material do princípio da isonomia.

> Foi na realidade a investigação da modernidade nos anos 50 e 60 que criou as condições para que a expressão <<pós-modernidade>> passasse a ser corrente também entre os especialistas das ciências sociais. Porque, em face de uma modernização que se autonomizou ao longo da sua evolução, de uma modernização que progride por si própria, o observador ligado às ciências sociais tem razão de sobra para dispensar o horizonte conceptual do racionalismo ocidental em cujo âmbito a modernidade surgiu. Uma vez desfeitas, porém, as conexões internas entre o conceito de modernidade e a auto compreensão da modernidade adquirida dentro do horizonte da razão ocidental, torna-se então possível relativizar os processos de modernização no seu curso, por assim dizer automático, adotando a posição de distanciamento de um observador pós-moderno. Arnold Gehlen sintetizou isso mesmo numa expressiva fórmula: as premissas do iluminismo estão mortas, apenas se mantêm em vigor suas consequências. Nesta perspectiva, dos impulsos de uma modernidade cultural que aparentemente se tornou obsoleta, destacou-se uma modernização social que progride de forma autossuficiente; ela executa apenas as leis funcionais da economia e do Estado, da técnica e da ciência, as quais parecem ter-se conjugado num sistema imune a influências[180].

Sistemas sociais passam a ganhar mais importância na análise empírica do direito, com a modificação de paradigmas ontológicos da análise do direito. Historicamente, os movimentos sociais de esquerda, essencialmente pela vertente Marxista, propõem pela realização de direitos com a eliminação do Estado – princípio anárquico de auto contenção do indivíduo – posta a existência da infraestrutura e da superestrutura social[181].

---

expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados no sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais". Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94-95.

[180]HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Publicações Dom Quixote: Lisboa, 1990, p. 10.

[181]"*Todos* os Estados buscam a causa [das mazelas sociais] nas falhas *casuais* ou *intencionais* da *administração* e, por isso mesmo, em medidas administrativas o remédio para suas mazelas. Por quê?

Toda decisão, antes de ser uma operação da estrutura, é também uma decisão política: a escolha é um ato de poder. Há, portanto, um órgão ou indivíduo responsável pela tomada de decisão, seja por ato vinculado, seja pelo grau de discricionariedade permitido ao tomador da decisão ou, seja ainda, pela existência de uma decisão tomada fora dos limites estabelecidos dentro do código específico do direito, resultando assim no aumento exponencial da complexidade e das tentativas de resolução desses problemas. Se o direito tem por escopo a contingência da justiça, pode-se se afirmar que, então, possui como fundamento a organização da sociedade, mantendo suas estruturas conservadas, função essa exercida como aparelho do Estado.

Althusser, em releitura à obra de Marx, delimita que não apenas existem apenas os aparelhos do Estado, mas que esses podem ser classificados de dois modos distintos: os Aparelhos Repressivos do Estado e os Aparelhos Ideológicos do Estado[182].Estruturas sociais se baseiam em mecanismos próprios de verificação, como aparelhos repressivos do Estado e aparelhos ideológicos do Estado. A repressão advinda dos setores de contenção dos influxos sociais atua como forma de reconhecimento de excluídos, enquanto os aparelhos ideológicos atuam no topo forte, sendo mecanismos de contenção por intermédio da cultura de um determinado povo. Direito, educação e mesmo a democracia, portanto, podem ser vistos como meios de contenção social por atuarem diretamente na ideologia individual.

Nesse sentido, as atuais concepções de ampliação do debate democrático e a efetivação de direitos fundamentais perpassa pela afirmação histórica de lutas sociais, e consequentemente reconhecimento de direitos sociais e individuais por parte do Estado. Os sistemas sociais que lidam diretamente com a forma transversal de leitura do direito, buscam, portanto, uma interpretação inversa ao pretendido pela teoria marxista: reconhece-se o Estado como elemento de integração social, sujeitando-se aos espaços

Justamente porque a *administração* é a atividade organizadora do Estado. O Estado não pode suprimir a contradição entre a finalidade e a boa vontade da administração, por um lado, e seus meios e sua capacidade, por outro, sem suprimir a si próprio, pois ele está baseado nessa contradição. Ele está baseado na contradição entre a vida pública e a vida privada, na contradição entre os *interesses gerais* e os *interesses particulares*. Em consequência, a administração deve restringir-se a uma atividade formal e negativa, porque o seu poder termina onde começa a vida burguesa e seu labor. Sim, frente às consequências decorrentes da natureza associal dessa vida burguesa, dessa propriedade privada, desse comércio, dessa espoliação recíproca dos diversos círculos burgueses, frente a essas consequências, a *lei natural* da administração é a *impotência*". Cf. MARX, Karl. Glosas Críticas ao Artigo "'O Rei da Prússia e a Reforma Soci-al'. De um Prussiano", *in* Lutas de Classes na Alemanha. São Paulo: Boi tempo, 2010, p. 39.

[182]ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado. Lisbôa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980, p. 42-44.

democráticos abertos para o debate institucional (ambiente delimitado) para que os direitos sejam efetivados.

Noutras palavras, o sistema de reconhecimento de direitos passa a ser absorvido pelo Estado, que apresenta formas ideológicas do debate social e democrático.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO ELEMENTOS DE INCLUSÃO

Vinculação de princípios constitucionais para a perpetuação de direitos fundamentais e de inclusão, sob uma análise liberal do direito, parecem contraditórias a um primeiro momento. Contudo, uma observação mais aproximada não permite tal afirmativa. Conquistas sociais remetem a uma evolução histórica de interpretação de direitos e costumes, multirreferenciando o exercício do poder, deslocando o centro interpretativo da comunicação social.

Processos políticos possuem uma dupla codificação: ao passo que os enfretamentos coletivos ganham novos espaços para debates, com rol extensivo de formas de atuação e defesa dos direitos dos cidadãos. Criam-se princípios abstratos que, de acordo com a concepção normativa de cada autor [em especial a hermenêutica constitucional], atuam como forma de processar e institucionalizar os problemas sociais existentes, ora promulgando pela abertura interpretativa, ora atuando como mecanismos de fechamento operacional do sistema jurídico. Luta pelo reconhecimento, assim, também atua como forma de domínio do que se pode conceber pelo direito, ou ainda, como esse direito passa a ser interpretado.

Estados possuem o domínio da estrutura do direito, sendo objeto de verificação em âmbito prático desse. Assim, a Constituição da República tem como último intérprete o Supremo Tribunal Federal, apto a utilizar das formas institucionais para declaração e reconhecimento de determinados direitos. Princípios[183], assim, são valores axiológicos que possibilitam a observação de um determinado direito em concreto. Nesse sentido:

[183]"Assim, na ciência jurídica tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes.". Cf. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 49

> Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a da porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários[184].

Possuem, por vez, forma de integração do direito, reconhecendo-se a existência de um determinado paradigma apto a perfazer efeitos jurídicos. Distingue-se, todavia, dos preceitos sociais que norteiam determinado fato[185].

Pode-se observar os movimentos sociais pelo prisma semântico do Estado, que se transmuta ao modificar seu paradigma assistencialista para a de pretensões de direitos, seguindo as diretrizes internacionais de fornecer o mínimo possível para seus nacionais[186][187]. Em um prisma liberal-social a que o pensamento moral coletivo se encontra enraizado, as políticas de reconhecimento social e de direitos surge como *oportunidades iguais* de pleno desenvolvimento, ao menos sob o prisma formal. Quando as questões semânticas são colocadas em voga para a práxis social, há divergências significativas da estrutura do direito, ou como esse age em reação a uma determinada

[184]REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 60.

[185]"Não há dúvida de que a tripla eficácia, reconhecida aos princípios constitucionais- interpretativa, negativa e vedativa de retrocesso- representa um considerável avanço no esforço de construção da sua normatividade, uma vez que, embora de forma indireta, procura assegurar, coativamente inclusive, os efeitos pretendidos pela norma. É preciso reconhecer, todavia, que isso ainda é pouco". BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002,. p. 81.

[186]Nesse sentido: "A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, de valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos." Cf. MORAES, Alexandre de, Direitos humanos fundamentais e as Constituições brasileiras. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da (Coord.). Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2003. p. 229.

[187]Noutro prisma, a doutrina avalia a possibilidade de adoção de teorias de reserva do possível para refrear determinadas demandas jurídicas, que visam ampliar determinados gastos do poder público já delimitado. ""Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Moglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica" Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 477.

provocação. O sistema de igualdade proposto pelo princípio da igualdade estabelecido no *caput* do artigo 5º da Constituição da República passa por uma necessária releitura sob as diversas óticas existentes.

Culturas marginais buscam suporte no contexto jurídico de cada época: se necessária a resistência civil, essa será a escolha; se pautada em um Estado democrático de direito, submeter-se-á ao mecanismo institucional cabível. Assim, o feminismo, multiculturalismo e outras formas de organização civil se mostram inseridas em contextos específicos no direito, sendo-lhe permitidos espaços próprios para debates. A necessidade, entretanto, é a efetivação desses espaços para que a democracia se aperfeiçoe como método de diálogo, e não como função procedimental para justificativa de determinada decisão.

Minorias étnicas e culturais possuem métodos próprios de reconhecimento, tal qual descrito por Bourdieu[188] ao descrever os campos simbólicos de atuação, ou mesmo por Luhmann[189], em seus meios simbolicamente generalizados de comunicação, inferindo-se a existência mecanismos internos de um sistema social capaz de induzir a esse reconhecimento e, assim, permitindo que esse reconhecimento social possa gerar uma identidade comum aos indivíduos.

No contexto brasileiro, a Constituição se rege pelos princípios de vedação ao retrocesso e o do contra majoritário, possibilitam que essa luta por reconhecimento de direitos seja efetuada em uma esfera contida, dentro de espaços institucionais próprios. A inclusão, portanto, se vislumbra como meio de *transmutar os campos simbólicos sociais*, modificando elementos de *topoi forte*. Significa que o movimento articulado contrário ao reconhecimento de direitos não prospere como elemento *do direito*, ou mesmo por *atuação positiva do poder público*. Ao revés, a contenção das lutas sociais de fato perpassa pela institucionalização de políticas públicas que possuem como viés a inclusão do indivíduo e a garantia de direitos individuais e sociais.

Movimentos sociais que buscam a emancipação de determinada cultura não representam um fenômeno unitário. Ao revés, os movimentos são fragmentados e

[188]"O campo, no seu conjunto, define-se como um sistema de desvio de níveis diferentes e nada, nem nas instituições ou nos agentes, nem nos actos ou nos discursos que eles produzem, têm sentido senão relacionalmente, por meio do jogo das oposições e das distinções". Cf. BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 179.

[189]LUHMANN, Niklas. Poder. Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.p. 80.

inarticulados entre si, ainda que passível de se reconhecer um elemento em comum. Agem de acordo com lógicas próprias e frequentemente desvinculadas de um contexto hipercomplexo.

A norma, portanto, busca a sedimentação de espaços de abertura cognitiva, onde a comunicação entre diversos sistemas sociais possa ocorrer sem conflitos aparentemente desvinculados com o direito e, uma vez reconhecido o direito fundamental, impossível que o ordenamento jurídico possa suprimir sua conquista, mesmo que a maioria dos cidadãos queira que tais direitos sejam suprimidos. Os paradigmas dos direitos humanos, confluem para isso: são universais, inalienáveis e indivisíveis, não podendo o Estado suprimi-lo de modo algum.

3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DAS MINORIAS

A Defensoria Pública possui um papel institucional dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito: defender os direitos dos necessitados, na forma da Lei. Busca-se justamente a existência de um ambiente de litígio contido e, por meio do próprio direito, a reconstrução da semântica ou da estrutura do direito. Trata-se de uma tautologia, posto que somente por intermédio dos procedimentos institucionais democraticamente reconhecidos é que se pode buscar a ampliação ou se perfazer a democracia.

Normas materiais não se confundem com normas processuais. Ambas possuem intrínseca relação de satisfação, mas se diferenciam em relação ao método de verificação. Enquanto o direito material se encontra como forma de pretensão dentro do ordenamento jurídico, consubstanciado em expectativa normativa, o processo se apresenta como instrumentalização da assunção de papéis.

Assim, o direito material regulamenta expectativas, como no caso da existência de uma norma de aplicação prática contratual. O contrato, por si e só, não é garantidor de seu estrito cumprimento, visto que o próprio instrumento pode prever sanções em caso de transgressão, mas ampliam-se as expectativas de seu cumprimento. Expectativas comportamentais se baseiam no grau de confiança existente em determinado instituto de direito material. A família, por exemplo, é revestida, em quase toda totalidade, de alto grau de confiança e, portanto, baixas expectativas de desapontamento. Por outro lado, institutos mercantis, como o cheque, atualmente possuem um baixo grau de confiança, havendo alto grau de desapontamento das expectativas de seu cumprimento. Direito,

portanto, depende, primariamente, no grau de confiança ao qual os cidadãos depreendem às instituições[190].

O direito processual se mostra abstrato, diferenciando-se de procedimento[191], mas na medida em que o espaço para debate é aberto e cada interessado assume determinado papel social. Ao autor, cumpre assumir seus atos compatíveis com o direito material pretendido e, ao réu, cumpre adotar as medidas em que acha por direito opor às pretensões autorais. Não há margem para atuação de outra forma. A Defensoria Pública cumpre o papel compatível com o da advocacia, posto que assume posição de defesa dos interesses dos necessitados, seja eles figurando no polo ativo ou passivo. Não há margem para outras interpretações.

Normas institucionais de papéis também se apresentam como necessárias para assegurar o estrito cumprimento do dever legal. Enquanto a Defensoria Pública possui sua previsão legal na Constituição de 1.988[192], rege-se pelas premissas advindas da própria Constituição, visto se tratarem de funcionários públicos e, portanto, sujeitos ao regime do princípio da legalidade estrita[193]. As formas de atuação, portanto, variam de acordo com a organização funcional de cada estado-membro da federação, partindo-se de premissas organizacionais burocráticas[194].

Papéis institucionais se ampliam de acordo com a funcionalidade de determinada organização, que possibilita emanar atos oficiais que representam o órgão. Parte-se de um contexto de inclusão: a Defensoria Pública possui o dever constitucional de prestar

[190]DERRIDA, Jacques. Força de lei: O fundamento místico da autoridade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 20-21.

[191]CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277-278

[192]Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

[193]Assim, o princípio da legalidade estrita "É fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida em conformidade com a lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei. (grifos no original)".MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p, 89

[194]Estado Burocrático, segundo Weber, consubstancia-se na distribuição de funções segundo a competência para o exercício de determinada função. Cf. WEBER, Max. Ensaios de sociologia. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2002, p. 138-139.

assistência aos necessitados, havendo regramentos próprios para sua atuação institucional.

Historicamente, culturas marginais possuem menos acesso aos paradigmas de justiça e equidade, havendo, portanto, ampla possibilidade de atuação na defesa dos interesses individuais e coletivos, podendo atuar na defesa dos Direitos Humanos. Nesse sentido, legitimidade "é aquela à qual a lei deferiu o direito de ingressar em juízo e requerer determinada prestação jurisdicional"[195].

Núcleos específicos de Direitos Humanos podem ser criados para atuação pontual na defesa desses direitos, valendo-se das premissas constitucionais auferidas e institucionalmente organizadas.

CONCLUSÃO

Organizações jurídicas estatais perpassam, necessariamente, pela inclusão do indivíduo, posto que garantem a abertura de um espaço democrático para se buscar determinado direito. O Estado Democrático de Direito consiste na possibilidade do indivíduo se insurgir contra os atos oficiais dentro de um ambiente delimitado, pautando-se na submissão de todos ao direito emanado sem distinção.

Se observarmos os implementos normativos advindos do positivismo jurídico, a simples vinculação da norma com os atos formais emanados, haveria o esgotamento das funções do Estado na vida do indivíduo. Esse paradigma ontológico se desvincula das premissas meramente formais com a superação do positivo pelo paradigma do pós-positivismo, que busca aplicar conteúdos normativos materiais para se perfazerem os direitos individuais.

O reconhecimento de direitos, portanto, perpassa pelo próprio direito, como espaço institucional para que tais lutas se legitimem pela norma. A Defensoria Pública se apresenta como instrumento apto e legitimado para tal, sendo órgão estatal para atuar na defesa dos necessitados na forma da lei. Tal possibilidade pode se dar pela criação de núcleos especializados para a elucidação de direitos e a forma como se pode buscar o reconhecimento social de minorias. Assim, formas de combate à discriminação, inserção

[195]FILARDI, Hugo. Ação Civil Pública e Acesso à Justiça. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 133, p. 27-47, mar. 2006. ISSN 0100-1981, p. 34-35.

da mulher no ambiente social, ações afirmativas ou mesmo na propositura de demandas individuais ou coletivas perfazem o dever da Defensoria Pública, que interage diretamente com a margem populacional que é excluída ou que possui baixa renda econômica. Esses fatores contribuem para marginalização de culturas e na criação de mecanismos ideológicos de manutenção da infraestrutura e da superestrutura do Estado.

O papel da Defensoria Pública, assim, se mostra essencial para o aperfeiçoamento da democracia e da cidadania, posto que propõem a possibilidade de defesa dos direitos individuais e coletivos em sua esfera mais funda, com a criação de políticas inclusivas e assistenciais. Como mecanismo instrumental, mostra-se ainda mais importante, visto que, por vezes, é o único recurso acessível para propositura de demandas ou elucidação de direitos e deveres na ordem constitucional, havendo a modificação semântica e estrutural do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Autonomia Privada**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em homenagem ao Professor Dr. Ferrer-Correia. Coimbra, n. especial, 1989.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional. *In* BONAVIDES, Paulo (diretor). **Revista latino-americana de estudos constitucionais.** nº 2, julho/dezembro, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, DINAMARCO, Candido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** O fundamento místico da autoridade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 49

FILARDI, Hugo. Ação Civil Pública e Acesso à Justiça. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 133, p. 27-47, mar. 2006. ISSN 0100-1981.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Publicações Dom Quixote: Lisboa, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Poder.** Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; e NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Tratado de Direitos Constitucional**, V. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARX, Karl. Glosas Críticas ao Artigo "'O Rei da Prússia e a Reforma Soci-al'. De um Prussiano", *in* **Lutas de Classes na Alemanha**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ª ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de, Direitos humanos fundamentais e as Constituições brasileiras. In: SILVA, Jane Granzoto Torres da (Coord.). **Constitucionalismo social**: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2003

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e seus Princípios**. Rio de Janeiro: Editora Aide, 2001.

WEBER, Max. **Ensaios de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2002.

CAPÍTULO XVI

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

OS PACTOS NA MODERNIDADE

SILVA, Loriesse Maria Siqueira Bueno. loriesse.maria@gmail.com[196]
SILVA, Elizete Mello da.dedemelo@femanet.com.br[197]

RESUMO: O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTIFICO E TECNOLOGICO - BRASIL. O trabalho tem o condão de proporcionar uma extensa discussão acerca do princípio da Função Social do Contrato bem como sua aplicação em relação aos pactos privados desde o seu nascimento até a era atual. Por meio deste, se busca analisar a criação dos pactos e também dos princípios inerentes a ele, tendo em foque o uso social dos acordos em meio às relações negociais e comerciais. Trouxe, de maneira paralela, o debate acerca da interferência da Constituição do Brasil em meio as relações íntimas das pessoas quanto suas ações negociais, haja vista, vive-se uma intensa aplicação desta em todos os ramos do direito através do chamado, neoconstitucionalismo. Assim, o contrato analisado sob o prisma da função social, tende a ser algo além das vontades das partes e se transporta para as linhas sociais das relações individuais.

PALAVRAS-CHAVES: função; social; contratos; princípios; constituição.

ABSTRACT: This work has the power to provide an extensive discussion of the principle of Social Contract function and its application in relation to private covenants from its birth to the present age. Hereby, it seeks to analyze the creation of pacts and also of the principles inherent in it, with a focus on the social use of the agreements among the trade and commercial relations. Brought in parallel, the debate about the interference of the Constitution of Brazil amid the intimate relationships of people as their negotiating actions, given an intense application is experienced this in all branches of law through the so-called, neoconstitutionalismo. Thus the contract analyzed from the perspective of social function, tends to be something beyond the wishes of the parties and is transported to the social lines of individual relationships.

KEYWORDS: function; social; contracts; principles; constitution.

[196]Graduanda de direito da Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA

[197] Professora Doutora da Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA

INTRODUÇÃO

Toda relação negocial do homem se pauta em um contrato, seja ele verbal ou escrito. Vive-se realizando pactos, razão pela qual, a análise e desdobramentos destes devem ser refletida no mundo contemporâneo, bem como, as inovações que estes trazem para o campo social. Para tanto, o presente trabalho, se debruçou a estudar acerca dos princípios do contrato civil, mas, de maneira mais particularizada, os Princípios da Função Social do Contrato; isso porque, as questões coletivas, como aplicação do feito particular em meio ao povo, se mostra muito inflamado no século XXI.

O princípio em questão possui uma vasta interpretação e pode estar conectado a qualquer item material ou imaterial, não é em vão que a própria Constituição Federal abarca acerca da função social da propriedade. Inspirado nessa cláusula constitucional que se foi desenhando a função social no campo contratual para fins de impedir abusos outrora vividos, posto que, como se verá, o acordo inicialmente criado servia apenas para suprir a vontade daqueles que possuíam condições e, comumente, em detrimento dos hipossuficientes.

Sob esse aspecto inaugural, quanto ao contrato ser um favorecimento de classes, trouxe que o Estado, precavendo de maiores injustiças, no decorrer dos tempos retém para si o poderio sobre as relações privadas. Isso se faz latente a partir do momento que insere princípios constitucionais ao longo de códigos, leis e afins. Assim, permite-se espaço ao que se denomina por Neoconstitucionalismo.

A Função Social do Contrato traz a ideia que, acima de qualquer relação privada, deve se respeitar a carta maior do país, ou ainda, aquilo que o povo entende como bem comum fato que, por ela se inibe feitos atentatórios a temas protegidos socialmente como a quebra da boa-fé, cláusulas que incidem em prejuízo a terceiros não envolvidos entre outras coisas que, também, se demonstra através de outros princípios contratuais e que estão intrinsecamente ligados ao Princípio da Função Social do Contrato.

Ademais, as disciplinas sociais sempre prevalecerão sobre as particulares independente de alegação de ferimento a liberdade pactual ou agressão a segurança jurídica. Assim, tal tema tem o condão de demonstrar que os interesses sociais face aos

privados são usados de maneira a ponderar aqueles sobre esses a fim de, evitar que se degenere os direitos comuns.

1. CONCEITO CONTRATUAL HISTÓRICO E SUA EVOLUÇÃO NO TEMPO

Não há como falar do tema Função Social Contratual sem antes adentrar a seara dos contratos de fato. Para tanto, deve-se entender o que é o contrato, como ele nasce e sua evolução no tempo até culminar no que hoje chamamos de solidariedade dos pactos.

Contrato vem do latim *contractus*, que significa concordância, acordo, mas, mais que isso, a atualidade o conceitua como algo intrínseco a autonomia da vontade e à circulação de bens econômicos, sem esquecer-se da sua importância como negócio jurídico, seja ele a nível bilateral ou plurilateral, como bem se entende do artigo denominado Considerações acerca do Conceito de Contrato, de João Paulo Capelotti. Esse fenômeno de relação interpessoal encontra-se enraizado em nossa sociedade e nascera do momento em que o povo passou a se relacionar comercialmente, o mesmo fora se amoldando a realidade de cada época desde o Direito Romano e até o presente século. O renomado escritor Flávio Tartuce (2007, p.35) alude que:

> Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira [em especial], não há como desvincular o contrato da atualidade, surgindo à necessidade de dirigir os pactos para a consecução de fins que atendam os interesses do meio coletivo.

Desse modo, torna-se constante o entrelaçamento entre o social e os acordos particulares que, apesar de não virem de início aos primórdios contratuais, sempre existiu, ainda que implicitamente e face a esse subentendimento que se deu formas a juízos como o da boa-fé e a própria Função Social. Diga-se isso, pois, o contrato, foco desse primeiro tópico, vem à tona com uma cláusula extremamente egoísta, a chamada pacta sunt servanda, ou seja, o contrato faz lei entre as partes, o qual o acordo era engessado as vontades individuais e pouco importando o coletivo que o rondasse, fato que, como se desenvolverá adiante foi relativizado.

Apesar de duro o contrato tem a natureza jurídica de algo bilateral, cuja dependência está em ao menos duas pessoas, que mediante um papel declarem suas vontades, seja com o escopo de criar, modificar ou extinguir direitos de caráter patrimonial. Na perspectiva de Tartuce (2007, p. 36), “são contratos, em suma, todos os

tipos de convenções, todas as estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e também por outros fatores acessórios, visando um intuito essencialmente patrimonial".

O feito, dentro desse quadro conceitual, trata-se de um negócio jurídico que norteado pela vontade humana, apenas terá validade, quando seu objeto for lícito, possuir agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei... Ou seja, que no caso, esteja alicerçado na denominada Teoria dos Negócios Jurídicos aplicado nos Contratos, que corresponde à equiparação do contrato ao negócio jurídico ao que tange seus pressupostos formadores, em consonância ao artigo 104 do Código Civil.

Vale ressaltar que, o conceito de contrato em si, é assim disposto pela doutrina, mas não pelo Código Civil de 1916 ou de 2002, uma vez que esses não trazem a definição do ato, apenas das figuras contratuais. Isso ocorre porque o legislador entende que a tarefa de conceituação pertence ao campo da ciência e paralelamente visam uma operalidade do direito a fim de facilitar ao jurista frente ao caso concreto, o que é contrato.

Em suma, no momento atual, o contrato deixa de ser inflexível com a mencionada cláusula pacta sunt servanda, não perde seu conceito histórico de acordo, entretanto prepondera neste o que intitulamos de rebus sic stantibus, ou seja, a Teoria da Imprevisão da qual se entende uma relativização do trato na medida em que ele está a prejudicar uma das partes ou favorecer demasiadamente a outra. Isso ocasiona reflexos inclusive na esfera societária, pois, há de se entender que, no momento em que deixa de lado um pacto rígido, abre-se uma janela para que a própria sociedade possa intervir naquilo que duas pessoas quaisquer firmaram no intuito de garantir o feito e não permitir que outros sejam prejudicados, daí, dizer que conforme a civilização evolui, com ela se amplia instrumentos de relação social.

Demonstrado esse caráter histórico, de evolução, pode se deduzir que o contrato vem a ser uma fonte ligada especialmente aos direitos patrimoniais privados, mas que, atualmente não tem unicamente essa faceta, estando igualmente atrelada a proteção da pessoa humana, num enfoque existencialista (TARTUCE,2007, P. 38). Muitos são os conceitos de contrato como se sabe inúmeros doutrinadores o define como uma relação bilateral ou plurilateral com o fim de modificar ou outros desdobramentos perante um direito como bem se destacou, todavia não se pode negar que em pleno século XXI, vem à tona um conceito pós-moderno de contrato que dedica-se a expressá-lo com uma certa

proteção humana haja vista vivemos numa constante constitucionalização dos direitos, e para o Código Civil, não seria diferente.

Preservar o ser humano é o rei dos verbos na nossa democracia, a todo tempo pensa-se no homem e muita das vezes, em função disso, acarreta em modulação dos acordos, negócios e afins. Nesse ambiente existencialista, deve se destacar Paulo Nalin (apud TARTUCE, 2007, p. 40), que passa a conceituar contrato como:

> A relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiro.

Este entendimento se mostra de tamanha relevância porque como dito, os acordos estão amparados em primícias constitucionais, o que engloba a própria função social da propriedade que, veremos adiante, erradia diretamente a esfera negocial contratual, engloba a questão de pensar no Homem a título de sua existência e sem contar no pensar no próximo, porque o contrato pode gerar efeito a terceiros, sendo essa, justamente, a feição da eficácia externa da Função Social do Contrato (TARTUCE, 2007, p. 40).

Sem contar que, com a iminência de novos rumos sociais, como bem ocorreu no apogeu da segunda revolução industrial, veio a tona todo o sentimento de preservação a dignidade da pessoa humana, deixando cada vez mais de lado o contrato firme, rígido de outrora, rompe-se com o caráter individualista e nasce uma proteção maior ao povo já que, brotava daí, direitos sociais e a dita valorização da dignidade da pessoa humana.

Assim, perante a história, o contrato advém de um Direito Romano, com uma evidente impossibilidade de maiores gesticulações entre as partes, que de próprio querer exteriorizaram suas vontades mediante uma folha de papel; passamos por uma impactante mudança política e social – como aconteceu nas revoluções francesas, das guerras mundiais – o qual relativizaram o estipular do acordo, possibilitando revisões ao feito (leia-se pacta sunt servanda versus rebus sic stamtibus) e mais que isso, o emprego de direitos sociais aos mesmos, de modo a permitir que princípios alheios fossem incorporados ao contrato com fim único de preservar a era coletiva, a sociedade que, ainda que não contratante diretamente, passa a ser influenciada por acordos outros, simplesmente por ser povo, logo, não se pode mais analisar o acordo apenas sob a ótica daqueles que o firmaram e sim, quanto a sua função social, constituindo, portanto, o que chama-se de evolução contratual no século XXI.

2 FORMAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO SISTEMA CONTRATUAL BRASILEIRO

2.1 ORIGEM DOS PRINCÍPIOS

Os princípios, em qualquer lugar que se busque, traz a ideia de base, alicerce para todo e qualquer tema, seja ele jurídico ou não. Como se viu em tópico anterior, o contrato surge em decorrência das necessidades humanas e da mesma forma nasce os princípios no nosso sistema normativo. Muitas são as teorias e aplicações dos princípios, dentre elas, as mais apontadas, como a teoria dos princípios de Roberto Alexy, ao distinguir norma de princípio ou ainda numa fase anterior, repleto de ideias abstratas como se nota na era do jus naturalismo e também, numa concepção mais moderna com o pós-positivismo.

Nesse diapasão, deve se analisar que os princípios de maneira geral passam pelas três fases ora mencionadas, assim como dispõe o doutrinador Paulo Bonavides (apudSANTANA,2009). Em relação ao berço dos princípios, que seria a fase jus naturalista, essa traz a ideia de que os princípios seriam temas meramente informativos, sem qualquer preceito normativo implícito, isso porque, vivia-se uma época em que o direito era emanado de um ser superior e não de códigos e afins, ele surge como um direito inerente da própria natureza ou ainda, do próprio homem que fora embasado em um deus.

Como bem alude Ricley Marcel Mota Santana ao fazer menção de um trecho de Bonavides (apud SANTANA, 2009)

> Aqui, os princípios encontram-se situados em uma esfera inteiramente abstrata e sua normatividade é praticamente nula, apesar do reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa inspiradora dos postulados de justiça.

Logo, pode se entender que, os princípios tinham a função de apenas serem utilizados como valoração do certo ou errado, a teor do íntimo convencimento do homem médio, para então gerar a aplicação da norma que seria positivada ao caso, servia apenas como um auxiliar desta, que, se não fosse seguida de nada influenciaria a regra em si pois, não possuía eficácia sintática normativa.

Entretanto, o jus naturalismo serviu como alicerce para a fundação de inúmeras normas, ou seja, no próximo século de sua criação, saía a questão de direito natural para que seus preceitos fossem realmente firmados na letra da lei, fato que, amoldava, então, a era positivista da norma.

Com a criação do Código Napoleônico, o Jus naturalismo exauria a sua função no momento em que celebrava seu triunfo. Transpondo o Direito racional para o Código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo, na concepção de Leonardo Zehuri Tovar ao mencionar Bobbio (1995, p. 135).

O positivismo ganhava formas em sendo a segunda fase de criação dos princípios. Por ela entende-se que o direito aparta a moral e ganha forma de uma ciência, mas os princípios continuam como um meio subsidiário a norma, usado como meio de interpretação das mesmas apesar de constarem nos códigos que seriam desenvolvidos a partir do Código de Napoleão. Gordillo Cañas afirma que:

> Os princípios entram nos Códigos unicamente como válvula de segurança, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo (apud BONAVIDES, 2006, p. 262).

Nesse caso, o direito positivo apenas se debruça sobre as questões expressas em lei, pouco importa aqui o que a moral diz, haja vista, essa fase é uma ruptura da moral com o que está escrito. Não há divisão de sentimentos sobre a norma, como alude Aristóteles (MENDONÇA, 2010), em se ela é boa para uns e péssima para outros como se nota no jus naturalismo, "se preocupa na realização de apenas o que está prescrito na lei".

Luís Roberto Barroso (2006, p.323) aponta como principais características do positivismo jurídico: a) a aproximação quase plena entre direito e norma; b) estabilidade do direito – a ordem jurídica é una e emana do Estado; c) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso inexistindo lacunas; d) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independendo do conteúdo.

Entretanto, esse modelo de direito que surgia, com o passar do tempo foi sido ultrapassado pelos anseios civilizatórios. Em que pese a vigência de códigos e meios de edificarem leis, essas não correspondiam a época, haja vista, estava se deixando a ética e buscando apenas a letra fria da lei. Destarte, começa a nascer uma nova fase, que seria a fase ideal e atual. Enfim chega-se a última fase de criação dos princípios, a pós positivista. Eles surgem de uma maneira tímida, sem muita utilidade, pensando no sistema jurídico natural, passa por uma época positiva que, apesar de formal, já que estavam como coadjuvantes as leis, servia para interpretar a norma, agora vem com um conceito social, constitucional.

Os princípios como dispõe Novelino (apud SANTANA, 2009), passam a ser consagrados nos textos constitucionais, atingindo seu auge normativo, passando a serem tratados como uma espécie de norma jurídica. Uma vez criada uma constituição em um país, essa vem para estabelecer diretrizes sociais, evitar preconceitos e até determinar princípios basilares. Nas carta magnas em geral se busca aproximar a ética da justiça, bem como o direito da moral. Não é à toa que vivemos uma enorme constitucionalização de nossos direitos. Nesse ínterim, e nas palavras de Hugo Garcez Duarte (2011)

> Esse paradigma retrata a busca por uma aplicação mais justa do Direito, exercendo o intérprete um trabalho de permanente construção jurídica, de modo que o homem (enquanto sujeito de direito) protagonize todas as atenções do sistema jurídico.

Destarte, o poder constituinte espera que o homem brigue não apenas por leis impostas mas que essas leis o levem à sociedade de um direito. Daí, temos inúmeros direitos fundamentais. Todavia, a sociedade não briga só por direito a saúde, a ter casa mas que as relações, no seu íntimo, sejam cumpridas de acordo com os ditames sociais, ou seja, que haja sim as relações particulares mas, desde que elas respeitem um terceiro, não ferindo direito alheio.

Assim como a constituição prevê direitos para todos os gostos, o aplicador destes não está adstrito ao direito posto, quer que esse seja efetivo para qualquer situação, inclusive para as questões contratuais. Colocando esses pilares na própria Constituição Federal nada mais é que prever uma garantia a todos imposta. No Brasil não há de ser diferente. Ainda que tardia a nossa democratização e nova a nossa Lei Maior, ela prevê direitos aos homens de forma ampla, pois tutela de saúde a propriedade. Dela decorre

preceitos até para as demais relações porque, estando nesse último marco aos princípios, também demonstra margens de aplicação dos mesmo face a lei positiva, não sendo puramente jus naturalista ou positivista.

Barroso (apud LOPES, 2009, p. 249-250), quando afirma que "a doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética" significa que não se deixou de lado a norma escrita em louvor aos princípios, eles existem com muito mais força que de quando surgiu buscando mais a moral do que a própria lei fria. Isto posto, deve se pautar o entendimento acerca da origem dos princípios, atualmente, na dimensão pós positivista que, nada mais é que o liame da nova interpretação legal com base no neoconstitucionalismo, inclusive ao que tange a formação das relações privadas e seus desdobramentos.

2.2 O SISTEMA CONTRATUAL BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS

Muitas são as formas interpretativas da lei, principalmente ao que tange aos artigos inerentes aos códigos. Podemos usar de analogia - que remete a aplicação de um caso previsto em lei àquele que não possui tal regulamentação, dos costumes - ações reiteradas da sociedade e que tornam determinados atos obrigatórios - e pelos princípios gerais do direito, que são dogmas, às vezes não expressos e lei, mas que agem como norma, de forma a orientar a absorção do texto normativo.

Em relação aos contratos usam-se das mesmas fontes, métodos de interpretação que para qualquer disposição legal em nosso sistema jurídico. Todavia, este possui algumas particularidades pois, há princípios que regulam estritamente a relação negocial,

como a questão da boa-fé objetiva que, a teor do artigo 113 do Código Civil “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, ou seja, vê-se o artigo em comento, com uma função interpretativa específica aos tratos.

Como concebido, o princípio surge em nosso ordenamento como algo meramente subsidiário, mas que ganha força normativa a partir da aplicação das leis constitucionais em todo agir humano. Ademais, a norma jurídica, que se desmembra em regra e princípio, possui uma determinação, permissão, proibição de modo a dizer o dever ser e "de acordo com o referido critério, os princípios seriam normas de um grau relativamente alto de generalidade, ao passo que às regras assistiria generalidade relativamente baixa", nos dizeres de Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Júnior (2003).

Em relação a função ou posição perante o organização jurídica, os princípios são interpretados conforme a sua junção com outras normas e que, a partir delas o torna algo fundamental, significativo a outra regra ou ainda, mesmo que unido a outro preceito, eles são vistos como algo independente, auto interpretativo, senão, vejamos, o princípio da Função Social do Contrato, por si só é algo evidente, que se espera que as partes venham a agir de forma sóbria à coletividade mas, se unido a, por exemplo, a exceção de contrato não cumprido (artigo 476 do Código Civil), esse mesmo princípio induz a fundamentação da aplicação do artigo em epígrafe, como se nota no seguinte julgado:

> "TJ-DF - apelação cível apl. 83326220068070005 DF 0008332-62.2006.807.0005 (TJ-DF) data de publicação: 11/05/2009
> Ementa: Civil e Comercial - Apelação Cível - Ações Cautelar, Declaratória e de Embargos à Execução - Contrato de Compra e Venda de Bens Móveis e Imóveis - pendência de débito tributário - iptu/tlp-exceção de contrato não cumprido e "Exceptio non Riteadimpleti Contractus" - impossibilidade de resolução docontrato - oposição temporária ao cumprimento total docontrato - proporcionalidade. 1 - a "exceptio non rite adimpleticontractus" é uma subespécie da exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC), aplicável a situações em que o descumprimento da obrigação por uma das p artes é apenas parcial, dando ensejo a que a outra também se recuse a cumprir"in totum" sua prestação; 2 - a "exceptio non adimpleticontractus" e a "exceptio non rite adimpleti contractus" não autorizam a desconstituição do contrato, pois tutelam apenas e tão-somente a possibilidade de oposição temporária ao cumprimento total do contrato por uma das partes e na exata medida do que a p arte adversa o deixou de adimplir, ou seja, o descumprimento da avença por parte de quem invoca essas exceções deve ser, necessariamente, proporcional à infração inicialmente perpetrada pela outra parte, sob pena de ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e da função social doscontratos."

Daí é notória que a depender do estado em que se julga o princípio ele pode ora assumir papel de norma propriamente dito ou como origem da norma. No sistema jurídico contratual atual, alguns doutrinadores, como Paulo Lôbo (2013), separam os princípios sociais do contrato, os quais formariam de forma mais intensa o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor dos chamados princípios liberais que "predominaram no Estado liberal do final do século XIX e início do século XX, mas que não poderiam ser descartados de pronto, porquanto ainda existentes em nossa realidade jurídica".

Os princípios liberais seriam aqueles ligados ao estado iluminista da autonomia da vontade, creiamos que seriam princípios de primeira dimensão os quais, tratam de direitos inerentes a pessoa particular, sem a intervenção estatal, daí, prevalecia a autonomia privada, o pacta sunt servanda a relatividade subjetiva do contrato (eficácia interpartes), que seriam exemplos desse movimento. Quanto ao rol dos denominados princípios sociais, pode-se relacionar a Função Social do Contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual. Eles tratam, na concepção moderna e que vale atualmente, da constitucionalização do direito, de modo a melhor reproduzirem os valores existentes na sociedade no seu momento histórico, como bem explica Paulo Lôbo (2013).

Por fim, na moderna sistemática jurídica e em especial ao tema contratual, faz-se necessário reafirmar que os princípios tomam cada vez mais a vertente de norma pró-sociedade, deixando de ser radical e face as modificações no Estado moderno, os princípios sociais ganham mais força, mas jamais se sobrepõe aos de cunho individual pois, esse são vistos como coerente na medida em que são orientados e restringidos pelos princípios sociais.

2.3 PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE NOS PACTOS

No decorrer do presente trabalho, trouxe inúmeros preceitos quanto a formação contratual bem como a os princípios na sistemática jurídica contratual, como com os princípios liberais e os sociais.

Todavia, sejam eles de cunho mais humanitário ou meramente individualista, narcisista uma coisa é certa: independentemente da posição doutrinária que se encontrem, todos conhecerão determinados princípios como meramente contratuais! Então, uma vez iniciado o tema contratos em liame com princípios, que são as bases de todo um

ordenamento, deve se relacionar alguns deles que darão ensejo a própria Função Social do Contrato.

Isso porquê, ao tratar do tema alvo desse trabalho, pode se dizer que todos os demais princípios, numa visão romântica do assunto, foram o berço para que hoje se tenha um trato mais altruístico. Ora, não tem como pesquisar o tema da Função Social do Contrato se não olhar para a reiterada boa-fé objetiva ou quiçá ao *pact sunt servanda*, pois de certa forma, se não souber que viveu-se uma era de que o "contrato é lei", não se é possível entender toda a estrutura neoconstitucionalista, social. Assim, na teoria contratual, temos como princípio basilares que concerne seus alicerces:

2.3.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E O *PACTA SUNT SERVANDA*

Já disse Silva (2015, p. 15) em outra oportunidade que, a autonomia da vontade surgiu no antigo Código Civil Francês e que trazia a ideia de que, caberia as partes deduzirem suas vontades mediante um contrato e que, na época do *pact sunt servanda*, o que lá colocasse, era lei, "fazia da vontade o elo de todos os pactos e que deveria este ser supremo, ainda que mais tarde, eles se arrependessem da celebração do feito" .

Nesse mesmo prisma, as partes tem liberdade para com quem contratar, o que contratar, como contratar, mas, salvo exceções legais que, como alude Silvio Rodrigues (apud SILVA, 2015, p.41), com o tempo essas vontades autônomas têm sido relativizadas uma vez que, o governo impõe determinados contratos em razão do serviço disponível como quanto a energia ser apenas com a empresa "x", água com "Fulano" entre tantos outros exemplos em nosso dia a dia.

Entretanto, atualmente, apesar dessas ressalvas a vontade é, na sua grande maioria, respeitada. Diferentemente de séculos passados que se quer, reafirma-se, poderia mudar o que havia proposta e, mesmo sendo onerosa a coisa, deveria honrá-la.

Com a teoria da *rebus sic stantibus* pode se ter uma exceção a força obrigatória do acordo, apesar de que feito o contrato o certo é segui-lo dentro do razoável para fins de manter a segurança jurídica dos acordos, quando, vislumbrada uma causa que torne o feito excessivo a uma das partes, de modo que, o momento atual destoa do da sua criação,

fato que, prevalecerá o desejo de ajustar o contrato a nova realidade. Essa teoria da imprevisão (assim também chamada), deu novamente um apelo social ao princípio que, não se extinguiu mas foi bruscamente relativizado.

Destarte, é claro que esse princípio apenas encontra barreiras em regramentos de ordem públicos que não são passíveis de relativização como bem mencionados. A autonomia da vontade, como dispõe o artigo 421 do Código Civil, diz que tal liberdade será exercida nos limites da Função Social do Contrato, o que induz ao pensamento de que, tudo que prejudicar o povo ao redor do trato não será válido. Dado isso, Silva (p.17, 2015) relata que

> [...] haverá leis tidas como intocáveis a vontade das partes, como a referida ordem pública ou princípio cogente e aquelas que poderiam ser relativizadas, mas estão sob os cuidados da sociedade, ou seja, os princípios dispositivos, mas que só vigoram no silencio dos interessados; logo, numa análise fria, a vontade das partes não passa de mera utopia jurídica, haja vista, seu ponto crucial de liberdade as partes tem se perdido com o tempo.

Logo, a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda* são teorias que, cada vez mais se perdem no tempo quando o assunto é sociedade pois, a cada hora se busca o bem de todos ainda que numa relação privada do que o bem individual, não se importa mais com a "autonomia privada", se quer é agradar a todos, mesmo que eles não estejam envolvidos diretamente ao acordo. Assim, ainda que se veja tal princípio como basilar a realização de um contrato, não o pode tomar como soberano deve ampará-lo a outras normas envolventes no acordo, para então averiguar se o seu uso será viável ou não.

2.3.2 RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO

A ideia primordial desse princípio é de que, o contrato só vinculará as partes que dele usufruírem. Todavia, como tratamos do direito, nada é pleno; diga-se isso pois, o contrato, ainda que seja estabelecido entre duas pessoas, ele pode sim estender a terceiros, como o caso de contratos de seguro e outros. Como regra, os feitos do contrato não atingem, prejudicam ou envolve pessoas alheias ao acordo em razão do entendimento que ninguém poderá "tornar-se devedor ou credor sem sua plena aquiescência" (Silva, p. 17, 2015).

A lei, como disse, relativiza tal preceito na medida em que o Código Civil permite que, a depender da situação se imponha o trato em favor de outrem (é o caso da estipulação em favor de terceiro, presente no artigo 436 e seguintes do Código Civil Brasileiro), mas, frisa-se, a lei, logo, em geral, essa vontade só advém de prévia estipulação legal, bem como nas situações em que se chama terceiro para dirimir problemas do contrato (como arbitragem, conciliação...). Destarte, pensando no bem social, esse princípio age como uma segurança jurídica de que, as pessoas não serão submetidas a égide de um trato senão mediante sua prévia manifestação de vontade e conforme a norma dispõe.

2.3.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Inicialmente, é preciso estabelecer certa dicotomia entre a boa-fé subjetiva e a objetiva. A boa-fé objetiva é aquela onde o homem médio julga seus atos a partir da sua relação com o mundo ao seu redor, com os costumes locais. De outro lado, temos a boa-fé subjetiva que é aquela onde o homem também segue alguns passos quanto ao seu agir, porém, atua conforme seu íntimo convencimento, conhecimento acerca do negócio.

Ambas as formas servem como maneira interpretativa de um contrato pois, uma vez que se envolve vontades convergentes o que se espera é uma boa relação daí, na falta dessa, invoca-se tal princípio para fins de dirimir quaisquer problemas. Inclusive esse regramento está disposto na norma do art. 422 do Código Civil: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Por ele, se espera que as pessoas atuem com base na moralidade, ética, seja ao longo da validade do contrato ou após esse acordo. Serve muito mais para questões de interpretação dos contratos mas não deixa de ser um meio de formação do pacto pois, só cria-se o contrato quando as pessoas estão com mesmas intenções. Ademais, Maria Helena Diniz (apud SANTANA, 2005, p.37) destaca que:

> Segundo esse princípio, na interpretação do contrato, é preciso ater-se mais a intenção do que o sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução do contrato. Daí está ligado ao princípio da probidade.

Isto é, a boa-fé serve para estabelecer a paz face às relações negociais. O cotidiano está repleto de casos em que ninguém respeita o próprio acordo particular, por causa disso, cabe ao judiciário invocar esse princípio para retornar ou até manter a função social do acordo, uma vez que vislumbrado ações contra o negócio em questão ou se tratando da impossibilidade de continuar o feito por uma das partes.

Em consequência, havendo a boa-fé, se tem um equilíbrio contratual. Uma vez estabelecido os regramentos negociais dentro do acordo firmado, rememorando que há as causas não sujeitas a autonomia privada, dentro do possível, caberá aos contraentes manterem a harmonia negocial e mais, o equilíbrio do trato a nível econômico e social.O princípio do equilíbrio quando ligado ao contrato significa que deve se estabelecer uma paridade de direito e obrigações entre as partes, sob pena de invocar a mencionada Teoria da Imprevisão. Um equilíbrio representa a validade do acordo dado que, esse remete a justiça contratual e denota a boa-fé objetiva expressada pela autonomia de vontade das partes.

Entretanto, a intervenção estatal, ainda que indiretamente, a todo tempo nos negócios podem culminar numa insatisfação privada. Ademais, do que adiantaria colocar num papel seus desejos para com o outro, mas se sempre tem que pensar na economia, no povo ao seu redor? Por mais ruim que isso possa soar aos ouvidos daqueles que defendem o direito privado acima de todas as coisas, a utilidade pública deve ser mantida para evitar abusos de outrora, como daqueles que, pelas suas melhores condições sociais, obrigava outros a cumprir suas regras independente de afetar direitos alheios, constitucionais e soberanos.

Pensando que a utilidade pública do contrato é crucial, sempre que possível, deve se almejar uma proporcionalidade nas atitudes humanas e quando isso não for plausível, mais uma vez, se espera que o Poder judiciário intervenha no sentindo de restabelecer a legalidade que dele se espera e que se preserve a finalidade e coletiva que se extrairá do contrato. Portanto, os princípios da Boa-Fé e do Equilíbrio Contratual, nascem em conjunto com a Função Social do Contrato no momento em que, mediante uma aliança, todos tendem a vislumbrar o contrato em face de coletividade, por mais difícil que isso possa ser em razão das circunstâncias econômicas, pessoais.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

3.1 A ORIGEM UNIVERSAL DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

É fato que, como amplamente explorado e dito ao longo desse trabalho, o contrato tem como base uma construção de ideais puramente individualistas, mas, fronte ao estado social e de cunho intervencionista que se vive, essa visão egoísta dos acordos tem sido modificada dia após dia, principalmente em decorrência do surgimento de temas como função social.

A função social do contrato em si, que age como cláusula geral ao ordenamento jurídico ganhou positividade, no sistema normativo pátrio, com a promulgação do Código Civil de 2002 haja vista que, o antigo diploma legal era de cunho liberal e pouco se dispunha em favor da sociedade. Todavia, o tema é bastante antigo, remetendo a séculos atrás como quanto ao surgimento dos ideais iluministas do século XVIII (NERY, 2013).

Iluminismo nada mais é que a visão antropocêntrica dos direitos, ou seja, tem-se o homem como o centro de todos os atos da vida civil, onde o pensamento racional deveria estar acima de qualquer posicionamento religioso. Mediante esse movimento houve a Revolução Francesa bem como as famosas "cláusulas" dela, como a liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse contexto surge também o Código Francês, que será o alicerce do código civil a viger no Brasil. Com toda essa euforia de o homem lutar pelos seus direitos é que estimula a criação do primeiro Código Civil Nacional, o de 1916. Como relata Barbara Brum Nery (2013):

> [...] a legislação assegurava o poder sobre propriedade privada de forma absoluta, no âmbito da liberdade contratual a autonomia da vontade era plenamente garantida, as partes livremente se vinculavam, ou não, sob as condições que escolhessem. As limitações eram, em regra, apenas ligadas a vícios relacionados a própria manifestação da vontade, como erro, dolo, coação ou quando, por exemplo, a vontade era emitida por pessoa incapaz, ou, também, se houvessem implicações de ordem formal. Dessa forma, quando o "ato jurídico" não fosse revestido da forma prescrita em lei ou fosse preterida alguma solenidade que a lei considerasse essencial para a sua validade, o contrato, assim como os demais atos jurídicos "latu sensu" eram considerados nulos.

Analisando o antigo código, é evidente o descaso com o social, na verdade, não se preocupava com ele. O que importava para as partes era o gozo de seus direitos

particulares. A vontade se sobrepunha a legislação independente do mal geral que ela poderia causar. Daí, a lei se amoldava face aos direitos particulares e apartados da real situação das partes tanto quanto ao momento pré-contratual ou ao decorrer deste. Aqueles que detinham mais poder econômico se sobressaiam sob os mais pobres, de forma a estimular a realização de contratos de acordo com seus interesses e ainda que a legislação da época não desse tanta liberdade a autonomia privada, o próprio Estado colaborava para que a vontade dos que possuía o capital em suas mãos e até maiores conhecimentos e poder político, fossem prevalecida.

Contudo, a partir do momento que se dá poder de mais a uma classe ou pessoas a situação tende a fugir do normal, do controle daquele que possibilitou a engrenada de seus direitos. Por conseguinte, quando o Estado concedeu amplos poderes a classe rica essa usufruiu deste poderio de forma exagerada, causando problemas ao Estado porque, ele possibilitou contratações em massa a serem feitas pelo livre convencimento dos patrões da época porém, tornou mais evidentes as disparidades que o sistema liberal de regência dos contratos estava causando e diante do caos social que se formava fez-se necessária a intervenção estatal (NERY, 2013).

Diante desse quadro, a liberdade contratual toma novos rumos. Os entes públicos notaram a necessidade de leis mais intervencionistas de modo a instalar uma maior equidade entre os contraentes. Pouco a pouco foi dando espaço a cultura do social mas jamais se soterrou a ideia de autonomia privada que, ainda paira em nosso ordenamento legal entretanto, de maneira controlada. Logo, a teoria de que “nenhuma força exógena poderia penetrar na economia do contrato” (apud NERY, 1982, p. 130) passa a ser modificada na medida em que foi necessário se observar a coletividade além das forças intrínsecas do pacto.

Assim, com origem na França e com a entrada em nosso país de movimentos liberais que posteriormente foram conscientemente revistos pelo apelo social que se formava, dá-se o nascedouro do que hoje chama de dirigismo contratual, que trata da intervenção do Estado mediante elaboração de leis afim de evitar as desigualdades sociais e que tendem a propiciar equilíbrio de direitos através de cláusulas gerais tais como a função social.

3.2 A APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NOS PACTOS NA MODERNIDADE

Todo o ordenamento jurídico o qual se vive no século XXI está repleto de intervencionismo estatal haja vista que, com os ideais republicanos em alta, não teria como esperar algo diferente face aos códigos. A Constituição se direciona diretamente a todo e qualquer regramento infraconstitucional. Da mesma forma, deixa sua parcela de dogmas também para com os contratos privados. Humberto Theodoro Júnior (apud CORREIO, 2004, p. 6) alude que:

> É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de direito, hão de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos.

Destarte, o pacto deixa de ter sua formação principiológica primitiva, contando apenas com os atores inerentes a reiterada autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*(moderado) e permite que os coadjuvantes, função social do contrato e supremacia do interesse público, tome as rédeas das relações negociais privadas. O contrato deve, agora, ser lido consoante não só a liberdade de colocar num papel tudo o que deseja, mas no que aquele feito vai interferir positiva e negativamente ao seu redor.

A parente famosa da função social do contrato, a função social da propriedade, que inclusive vem expressa na atual Constituição Brasileira, serve de modelo para que essa possa ser auferida visto que, "a relação deverá compreender os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer, ou não fazer), bem como deverão ser levados em conta os deveres anexos ou colaterais que derivam desse esforço socializante". (GAGLIANO, 2005, p.53).

Pode-se dizer que a função social contratual, a qual está dentro do trecho das obrigações, é algo inconstante pois, ela acompanha sua matriz, a propriedade de modo a ser interferida por tal direito (GAGLIANO, 2005 p.47). Jussara Schimitt Sandri Correio (2011) diz que:

> Deste modo, a socialização da noção de propriedade, analisada em consonância com o seu papel social, foi erigida na Constituição Federal como um direito fundamental, apresentando, em relação aos contratos, uma nova abordagem, tanto em sua elaboração, quanto em suas consequências fáticas para os contratantes e, principalmente, em sua repercussão na coletividade.

Por conseguinte, se pautando no fato de que as obrigações como um todo tem o condão de acompanhar a sociedade na medida em que essa amadurece, se recria, a função social da propriedade deixa de ser vinculada apenas aos bem imóveis ou móveis e passa a ter influência sob o campo imaterial, do consenso e do totalitarismo negocial. A função social está na mesma "genealogia" que a função social da propriedade e, então, deve ser vista como mais um elemento em prol a sociedade e de juízo a iminente arbitrariedade do povo.

No entanto, o que se prega é, até de forma cansativa, um bem estar geral, que o particular não transcenda direito alheio, que se faça contratos com uma autonomia mitigada, mas, isso fere a segurança jurídica das relações? Ora, até a propriedade foi relatividade em prol à coletividade porque não os contratos? Pois bem, a segurança jurídica é um direito fundamental que encontra respaldo na Constituição Federal e seu artigo 5, XXXVI e "representa uma das mais respeitáveis garantias que o ordenamento jurídico consagrou" (GRANJA, 2015). E de outro lado, tem-se a função social dos contratos influenciando diretamente a formação dos pactos na modernidade.

Mas de nada adianta termos segurança jurídica se quando restrita a um acordo ela pode violar direitos alheios. "Portanto, percebe-se então que a função social do contrato se fundamenta no interesse coletivo, abstraindo-se do individualismo exacerbado" (GRANJA, 2015). Toda vez que houver ferimento a princípios basilares dos contratos, como os anteriormente citados, deve se deixar em segundo plano a segurança jurídica e buscar o Poder Judiciário ou em consenso com o seu parceiro de negócios (pois, como induz a boa-fé, as partes devem se ajudar, serem solidárias ao ideal cumprimento do acordo) a fim de se aplicar a justiça social.

Ademais, o condão social dos pactos serve justamente para impedir cláusulas abusivas que culminarão em desacordo entre os contraentes sendo que, pior que não respeitá-lo é deixar com que este culmine em consequências piores como, resultar na insolvência de uma das partes, não fruir daquilo que almejava, ou seja, frustra-se desnecessariamente e por íntimo egoísmo.

Vale dizer que, esse tema social deixa de ser apenas inerente ao Código Civil ou quanto as suas aplicações constitucionais e derivações do texto normativo lá contido e transporta efeitos para outros ramos jurídicos. A função social dos contratos hoje é o pilar

de um dos códigos mais aclamados em nossa sociedade, qual seja o Código de Defesa do Consumidor. As relações de consumo que são reguladas por esse diploma normativo transborda solidariedade social em seus artigos. Não é a toa que, inclusive, se estende a terceiros os direitos inerentes ao consumidor àqueles que foram vítimas de eventos danosos (artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor), graças a possibilidade de enxergar a sociedade como bem maior.

Inclusive, a função social interfere no que tange a questão econômica geral, já que frente aos novos contornos sociais, políticos e monetários que a Constituição Cidadã de 1988 trouxe, da qual pregaria um pensamento liberalista, era certo que, mais tarde, a atuação privada novamente resultaria em abusos.

> Assim, a Constituição de 1988 em seu art. 170 trouxe dentre seus Princípios não apenas preceitos puramente liberais como a livre concorrência e a livre iniciativa, mas também a sujeição a ditames da justiça social, função social da propriedade e a defesa do consumidor (NERY, 2013)

Deste modo, permitiu-se que a autonomia da vontade seja a máxima das relações mas que ela nunca esqueça que, em relação a comunidade a função social sempre prevalecerá, ainda que se alegue um ferimento a segurança jurídica já que, o nosso sistema jamais aceitará a ruptura dos direitos coletivos em favorecimento daqueles meramente individuais.

Função Social do contrato tem como fundamento típico preservar a sociedade até nos casos de contratos obrigatórios. Por fim, a sua não observância, cabe ao Judiciário, se aceitável, determinar a nulidade de todo o ato jurídico enviando o feito ao Ministério Público para que realize as investigações pertinentes e direcione as buscas de indenizações contra terceiros em face dos contraentes. Aqui, não se resolve o contrato apenas entre os eventuais litigantes como ocorre na quebra da boa-fé e com a relativização dos efeitos do contrato, trata-se de um rompimento a direitos meta individuais o que resulta em consequências mais drásticas aos seus agressores.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, a função social é um regramento infraconstitucional que passou por inúmeras modificações até que finalmente ganhasse o posto de norma princípio. Desde tempos remotos, onde se vivia um liberalismo econômico e social está já era

cogitada, ainda que de forma inconsciente, pelo Estado quando ele percebeu que dar privilégios demais a uma classe geraria desigualdade. Mas, foi com a democracia e a sede de igualdade que a função social, mais especificamente, dos contratos veio a se solidificar.

Trata-se de um ditame legal amplo, erigido sob as cláusulas gerais do sistema jurídico. Não tem forma nem sujeitos próprios logo, cabe ao juiz da causa, havendo um conflito de interesses, aplicá-la, lembrando que, face ao particular, sempre reinará a função social, o pacto em favor da população, jamais se soterrará a coletividade por deleite de um mero querer jurídico privado. Ademais, por mais que uns digam que o contrato estabelecido entre duas pessoas, seguindo os regramentos de sua constituição advindo do Código Civil, nunca será amoldado por terceiros isso é surreal pois, a função social do contrato vem para quebrar tabus.

Ela surge independente de quem a invocou, de onde se pactuou e ainda que se apele à autonomia da vontade, ela nunca prosperará quando romper com um direito geral, coletivo. Do contrário, havendo uma cláusula que a afronte, deverá ser rejeitada pelo magistrado. A função social deve ser o termômetro da vontade das partes, nunca o feito deve ser realizado em razão dela, isso porque, por mais relativizada que seja, o *pacta sunt servanda* existe, entretanto, desde que não afronte os direitos interindividuais.

Assim, a função social nos pactos na modernidade tem o condão de, amparada com a era neoconstitucionalista em que se vive, com direitos sociais a flor da pele, se buscar uma igualdade entre contraentes e se fundamenta igualmente nas leis Constitucionais inerentes aos preceitos de solidariedade fato que, a torne um objetivo fundamental tanto quanto qualquer outro implícito na atual carta magna, devendo, sempre, prevalecer o direito coletivo sobre as relações negociais privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Lenise Antunes Dias de. **Função social do contrato** - Breves considerações. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1117> Acessado em: 30/06/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva. 2006

Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20/06/2016.

Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acessado em: 30/06/2016.

CORREIO, Jussara Schimit Sandri. **Função social do contrato**. Conceito. Natureza jurídica e fundamentos. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/8721/9062> Acessado em: 30/06/2016

DUARTE, Hugo Garcez. **Pós-positivismo jurídico: o que pretende afinal?** em<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10050> Acessado em 21/06/2016.

FERREIRA, Daniel e GUÉRIOS, Patrícia Borges. **"Função Social"** e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos privados e administrativos. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9548&revista_caderno=4> Acessado em 29/06/2016.

GRANJA, Pedro Augusto Fatel da Silva. **Segurança Jurídica x Função Social do Contrato: O que prevalece na revisão de contratos bancários?** Disponível em: <http://pedro200.jusbrasil.com.br/artigos/146506157/seguranca-juridica-x-funcao-social-do-contrato> Acessado em: 30/06/2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Iluminismo. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/história/iluminismo/> Acessado em: 30/06/2016.

JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de Lyra. **Os princípios do direito contratual**. Em <https://jus.com.br/artigos/3759/os-principios-do-direito-contratual> Acessado em 04/06/2016.

Jus Brasil. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Exce%C3%A7%C3%A3o+de+contrato+n%C3%A3o+cumprido(exceptio+non+adimpleti+contractus)> acessado em 24/06/2016.

LÔBO, Paulo. **Princípios sociais dos contratos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/25359>. Acesso em: 7 jul. 2016.

MENDONÇA, Fabrício Cortese. **O positivismo jurídico**. Disponível em <http://www.lfg.com.br - 27 maio de 2010> Acessado em 21/06/2016.

NERY, Barbara Brum. **Função social do contrato: Uma análise histórica e constitucional.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,funcao-social-do-contrato-uma-analise-historica-e-constitucional,44963.html> Acessado em: 30/06/2016.

PAIM, Eline Luque Teixeira**. O princípio da função social do contrato**. Disponível em <http://elinelt.jusbrasil.com.br/artigos/145335694/o-principio-da-funcao-social-do-contrato> Acessado em: 30/06/2016.

SANTANA, Angélica. **Princípios fundamentais do direito contratual**. Disponível em: <http://www.fmr.edu.br/npi/npi_direito_contratual.pdf> Acessado em 29/06/2016.

SANTANA, Ricley Marcel Mota. **Princípios Jurídicos E Sua Evolução**. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/principios-juridicos-e-sua-evolucao/27225/> Acessado em 21/06/2016.

SILVA, Ligia Neves. **O princípio da função social do contrato.** Conteúdo e alcance. Análise econômica. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9128> Acessado em: 30/06/2016.

SILVA, Loriesse Maria Siqueira Bueno Silva**. Exceção de Contrato não cumprido: Paralelo entre contratos públicos e privados**. 2015

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos** - Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. Editora Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAPÍTULO XVII

IMIGRAÇÃO HAITIANA NO BRASIL E A MISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ESTABILIZAÇÃO DO HAITI

Ricardo Bispo Razaboni Junior[198]
Natasha Mirella Melo Costa[2]
Guilherme Domingos de Luca[3]

RESUMO: O estudo analisa a imigração de haitianos para o Brasil, a qual teve como marco inicial o ano de 2010, após o terremoto que atingiu e devastou o Haiti, deixando mais de 300 mil mortos e 300 mil desabrigados. Entrada comum pelo estado do Acre, através de sua fronteira com o Peru, a imigração haitiana é o mais recente e sem precedente caso de fluxo migratório no Brasil, sendo comparada com a grande imigração italiana e japonesa no período imperial e início da República. O estudo contempla também a analisa da Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti ou MINUSTAH, implantada em 2004, ampliada em 2011, por força da devastação sofrida pelo terremoto, o qual tem como principal objetivo a promoção de eleições livres, a estabilização do país, a pacificação e o desarmamento de grupos rebeldes e guerrilheiros, o fornecimento de alimentos e desenvolvimento institucional e econômico. Trata-se de uma pesquisa pautada no método de investigação hipotético-dedutivo, sendo que preliminarmente é possível perceber que a intervenção por meio de leis imigratórias e políticas publicam se faz necessária em vista de que nos encontramos estabelecido em um cenário de crise nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Imigração; Haiti; MINUSTAH; desemprego; dignidade da pessoa humana; Declaração Universal de Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

[198] Graduando em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA). Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ.
[2]Graduanda em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA).
[3]Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogado, professor de Direito Processual do Trabalho no Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

O presente trabalho analisa os impactos socioeconômicos do fluxo imigratório haitiano em direção ao território brasileiro, bem como os impactos exercidos pela Missão das Nações Unidas de estabilização do Haiti (MINUSTAH), criada no ano de 2004, a qual o Brasil é membro. Para isso, analisemos primeiramente a história migratória brasileira, país conhecido por sua diversidade de culturas, claramente obtida por conta das variedades imigratórias no decurso do tempo.

Deste modo, tem-se que a imigração no Brasil teve como ponto inicial a colonização portuguesa, a qual perdurou cerca de três séculos (1500-1850). Em meados de 1900, com o crescimento da produção de café, em conjunto com a falta de mão de obra nas lavouras, por conta da até então recente abolição da escravidão (1888), fez com que o fluxo imigratório da Europa para o Brasil aumentasse (1870-1930), sendo que, por conta disso, tem-se que mais de 40 milhões de pessoas migraram da Europa para as Américas. (PARRATA; FERNANDES, 2011, p. 160-161).

Nesta época, destaca-se o início do grande fluxo migratório italiano e nipônico (1880-1930), que em conjunto com o fluxo português já existente, trouxe consigo o aumento de mão de obra e a difusão de culturas. Com a crise de 1929, em conjunto com a crise cafeeira nacional, criaram-se restrições, quotas imigratórias, trazidas no bojo das Constituições de 1934 e 1937. (PARRATA; FERNANDES, 2011, p. 161). Deste modo, entre os anos de 1934 a 1944, por conta destas restrições que foram implantadas, obtivemos praticamente a interrupção de migração para o solo brasileiro, sendo esta, retomada somente em 1945, com seu fluxo relevantemente menor.

Na década de 1970, o Brasil voltou a receber grandes levas de migração, dado ao alto crescimento imigratório provindos da Coreia do Sul, Peru, Paraguai, Bolívia e de países da África. Contudo, a partir da década de 1980, esse fluxo imigratório de altos e baixos veio a cair novamente, agora por conta do alto índice de desemprego e da inflação arrebatadora.

Passada as adversidades originadas na década de 1980, com a inserção do Brasil na Missão das Nações Unidas de estabilização do Haiti (MINUSTAH) em 2004 e o fatídico terremoto que devastou parte do Haiti em 2010, o qual deixou mais de 300 mil mortos e 300 mil desabrigados, tivemos novamente um grande aumento do fluxo migratório, sendo agora de cidadãos haitianos para o Brasil, os quais utilizam principalmente as fronteiras do norte, de modo específico o estado do Acre e Amazonas, para adentrarem ao Brasil.

1. PROBLEMA

A reconhecida Organização das Nações Unidas (ONU), criou em 30 de abril de 2004, a Missão das Nações Unidas de estabilização do Haiti, conhecida também pela sigla "MINUSTAH".

> A resolução 1.592 de fevereiro de 2004 adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas acordou, para estabilizar o Haiti, o desenvolvimento imediato de uma força rápida interina seguida de uma força multinacional para assegurar uma intervenção em longo prazo. Esta missão internacional de manutenção da paz, a Minustah, era a sexta implementada no país no lapso de um decênio (CASTOR, 2008, p. 18).

Desde então, o Haiti já recebeu mais de quinze mil militares brasileiros para trabalharem na reconstrução do país. Dentre os objetivos da Missão criada pela ONU, temos o intuito e incentivo à promoção de eleições livres, a estabilização do país, a pacificação e o desarmamento de grupos rebeldes e guerrilheiros, o fornecimento de alimentos e desenvolvimento institucional e econômico. Após o terremoto de 2010, a MINUSTAH ampliou seus trabalhos em solo haitiano, porém o índice emigratório aumentou substancialmente, já que faltavam condições mínimas de vida nas regiões que foram devastadas no país.

Deste modo, se concretizou mais uma vez o crescimento de imigração para o Brasil, agora de haitianos que veem o estado brasileiro como destino favorito para viver. Porém, atualmente, o estado brasileiro se encontra em uma substancial crise econômica, na qual atingiu no mês de abril de 2016a marca de11,2% em relação ao desemprego, sendo esta a maior taxa desde o início das pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), (CURY;CAOLI, 2016) no ano de 2012. Cabe ressaltar que temos ainda o norte como a segunda região com maior índice de desempregos.

Sendo assim, o fluxo imigratório sem regulamentação e de modo desenfreado prejudica o desenvolvimento do cenário empregatício atual, posto que com isso, temos o aumento da população somado com a falta de empregos. Para combater o fluxo imigratório haitiano, a Polícia Federal tomou atitudes drásticas, conforme explicitada pelo Ministério Público Federal que:

> Ciente desse contexto de tensão, marcado por um clima de crise humanitária e impasse diplomático, em 19 de janeiro de 2012, o Ministério Público Federal destacou equipe de servidores até o local, com o fito de diligenciar e avaliar a reais circunstâncias em que se encontram os haitianos na região da fronteira entre o Brasil e o Peru. Verificou-se [que] aproximadamente 120 imigrantes haitianos, entre adultos e crianças, foram efetivamente impedidos de ingressar no território brasileiro por agentes da Polícia Federal, razão pela qual foram compelidos a retornar à cidade peruana de Iñapari, onde permanecem acomodados precariamente num pequeno coreto de uma praça situada na área central da cidade, sujeitos a todas as intempéries, sem perspectiva de obter abrigo e alimentação adequados, além de amargurarem a indefinição sobre sua situação jurídica perante o Estado Brasileiro (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012).

Porém, tais medidas de combate à imigração ilegal não se faz como método ideal de solução, sendo estes ainda contrários a dignidade da pessoa humana, bem como ao preâmbulo estabelecido na Declaração Universal de Direitos Humanos, o qual estabelece o seguinte:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade, de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, (...) (ONU, 1948).

Desta feita, para não se adotar tais medidas, se faz necessária à criação de políticas públicas e instrumentos legais imigratórios a fim de regulamentar a imigração e reduzir os impactos socioeconômicos nacionais, tanto dos imigrantes, quanto dos brasileiros que são afetados pela grande imigração, em especial os residentes nos estados do norte do país, onde há o maior índice de migração e o segundo maior índice de desemprego populacional.

2. OBJETIVO

O presente estudo analisa os impactos causados pela inserção do Brasil na Missão das Nações Unidas para estabilização do Haiti (MINUSTAH), bem como os impactos socioeconômicos sofridos por força do fluxo imigratório haitiano, principalmente sob a perspectiva da busca efetiva de uma nova vida por parte dos imigrantes, os quais

procuram no Brasil um meio de inclusão social e como meio de sobrevivência própria e de seus familiares, os quais ainda permanecem, em grande parte, em solo haitiano.

3. JUSTIFICATIVA

No que se refere às razões que deram início a imigração, se tem que essas são imprecisas, porém certo é que um fator de fundamental importância deve ser analisado, o qual é a Missão das Nações Unidas (MINUSTAH), que inseriu o Brasil no quadro dos destinos procurados pelos haitianos que buscam fugir da miséria e da desordem social (PATARRA, 2012, p. 13).

Outra hipótese se faz ante o fechamento da fronteira da Guiana Francesa, destino privilegiado e favorito, até então, dos haitianos na América do Sul, onde foram obrigados a se dirigirem ao Brasil em busca de oportunidade de trabalho, dado ao possível crescimento econômico em razão da Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016, à construção de hidroelétricas e ainda à repercussão midiática que o Brasil vinha adquirindo nos últimos anos, antes da presente crise. (FARIA, 2012, p. 85-86).

Tem-se também que outro motivo que permeia este fato, é composto pela renda per capta no Haiti, a qual é de US$ 3,6 por dia, sendo que, no Brasil, conforme o mito vendido pelos coiotes, esses haitianos teriam salários mensais são de até dois mil reais, além da facilidade de entrada no território nacional brasileiro, uma vez que não se exige visto de pessoas em trânsito. (SIMÕES, ET AL, 2015, p. 92). Certo é que, os haitianos, ao se dirigirem ao Brasil, imaginam diversas oportunidades, principalmente no que diz a respeito à oportunidades de empregos e estudos. Neste sentido, tem-se a lição de Metzner que elucida:

> Há uma compreensão generalizada de que existem oportunidades laborais no Brasil para trabalhadores não qualificados, os vistos são relativamente fáceis de obter e a suposição de que o Brasil não deporta aos migrantes irregulares. Os migrantes que esperavam radicar se de modo permanente no Brasil eram uma minoria. Aqueles que buscavam apenas residir de modo temporário, em termos gerais esperavam poupar de 10.000 a 20.000 dólares por ano (a estimativa resulta das discussões com os grupos focais). Entre os migrantes que buscam residir de maneira permanente, suas expectativas incluíam a compra de um veículo e uma casa, e dispor de fundos suficientes para trazer toda a sua família ao Brasil e cobrir suas necessidades materiais com um único salário. Quanto aos migrantes mais jovens, suas expectativas principalmente estavam associadas ao acesso a uma educação superior (METZNER, 2014, os. 15-16).

Segundo Parrata e Fernandes, o processo de entrada dos haitianos em solo nacional é praticamente idêntico em todos os casos.

> A viagem começa em Porto Príncipe ou na República Dominicana e por via aérea chegam a Lima, no Peru, ou em Quito, no Equador, países que não exigem visto de entrada para os haitianos. Destas duas cidades partem por via terrestre em uma viagem que pode se estender por mais de um mês; ao longo do percurso, vão se alternando os trechos percorridos em ônibus ou barcos. (2011, p. 86).

No esteio da pesquisa realizada pela Secretaria de Direitos Humanos acerca da entrada dos imigrantes, principalmente pela fronteira do Brasil com o Peru, tem-se a lição de Neide Lopes Parrata, que explica:

> Os principais pontos de entrada no Brasil são as fronteiras do Peru com os Estados do Acre e Amazonas. Ao chegarem à fronteira, estes imigrantes apresentam uma solicitação de refúgio, alegando as péssimas condições de vida no Haiti e a impossibilidade de se continuar vivendo naquele país após o terremoto. Sendo o Brasil signatário das convenções sobre o acolhimento de refugiados, as autoridades na fronteira registram estas solicitações e as encaminha ao órgão competente: o Comitê Nacional para Refugiados – CONARE, do Ministério da Justiça, para análise. Enquanto aguardam a tramitação do pedido de refúgio, os imigrantes recebem uma documentação provisória (Cadastro de Pessoa Física – CPF e Carteira de Trabalho) que lhes permite circular pelo país na busca por trabalho" (PATARRA, 2012, p. 14).

No que se referem às situações encontradas pelos haitianos ao se abrigarem no Brasil, podemos utilizar as lições de Elder de Paula, Norma Valencio e Diego Correia, que em entrevista realizada como representante da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Acre e gestor do abrigo provisório do Estado do Acre para imigrantes haitianos, este apresentou uma visão institucional do problema, que se mostrou gravíssima.

> Eles começaram aqui a partir de dezembro de 2010. A partir de janeiro de 2011 foi chegando um fluxo maior de haitianos aqui no município de Brasiléia. A maioria deles falam que foi pela questão do terremoto, mas outros, não; disseram que foi pela relação do Brasil com o Haiti, o Brasil está sediando a Copa do Mundo, as Olimpíadas, que o país está em desenvolvimento por isso eles acharam que a saída melhor para eles sobreviverem ou ajudar a manter a sua família foi vir aqui, pra o Brasil. A análise que eu tenho feito é, dos últimos oito meses pra cá, 70% deles não veem do Haiti, mas da República Dominicana e do Equador [...] em dezembro de 2011 e janeiro de 2012 eles vinham do Haiti [...] foi um susto pra nós, foi um choque, até aquele momento a gente pensava que era um fluxo passageiro [...] quem estava ajudando era a Igreja Católica, no mês de janeiro e fevereiro [...] foi quando teve a cobrança dos órgãos competentes, o governo do estado começou a ajudar [...] tinha 2.500 haitianos comendo três refeições por dia [...] o custo foi todinho pro governo estadual [...] o governo federal repassou 300 mil reais quando já tínhamos um custo de R$ 2 milhões

> [...] passava seis meses pra eles tirarem os documentos [...] nós estamos devendo no aluguel dessa casa aqui, oito meses de aluguel nós devemos, estamos devendo mais de 30 mil reais de aluguel [...] o governo do estado alugou por 20 dias, para botar 25 haitianos, pensávamos que ia parar [...] vai pra 40 dias que a energia foi cortada, a alimentação foi cortada dia 19 de setembro [quase dois meses e meio] [...] o governo brasileiro tem que tomar uma decisão no sentido se vai continuar deixar entrar, que dê uma estrutura para o governo do estado; se não vai ajudar, que dê uma freada um pouco na entrada deles, na minha visão estamos criando um caso social pra o haitiano no Brasil [...] Nesses oito meses, passaram a base de 900 haitianos [pelo abrigo]. (2013, p. 65/66).

Claramente as situações as quais se encontram esses imigrantes, demonstram não só a falta de preparo do governo brasileiro em relação a políticas públicas e a falta de leis imigratórias, mas também demonstram o descaso do governo com tal problema, uma vez que a presente situação afeta a dignidade dos imigrantes haitianos, sendo o governo responsável por estes, bem como aumentam a taxa de desemprego no país, causando sérios impactos econômicos e sociais. Sob a égide do valor absoluto do ser humano e da dignidade da pessoa humana, a lição de Erico Hack conceitua que:

> A dignidade da pessoa humana é um dos valores mais importantes que qualquer Estado deve observar. Isso implica ao Estado a adoção de políticas sociais, leis contra discriminação e contra qualquer condição degradante que alguém possa sofrer. Aqui também encontramos a imposição ao Estado de buscar e manter uma vida digna para todos (2008, p. 56).

Ainda temos que a dignidade da pessoa se apresenta como:

> (...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

Acerca dos direitos humanos, o entendimento é de que o direito governamental de agir como bem entender, ou seja, a supremacia, não pode ultrapassar os limites do direito de seus cidadãos à vida e à dignidade, sendo assim de um ponto de vista ético, os governos são meros agentes do povo, sendo isso reconhecido de forma internacional e domesticamente. Consequentemente, seus direitos internacionais derivam dos direitos dos indivíduos que habitam no Estado e o constituem (UETA, 2006, p.107).

4. MÉTODO

A presente pesquisa se encontra pautada no método de investigação hipotético-dedutivo, sendo que de modo preliminar é possível perceber que a intervenção por meio de leis imigratórias e políticas públicas se faz necessária em vista de que nos encontramos estabelecido em um cenário de crise nacional.

As referidas leis imigratórias e políticas públicas surgiriam como possível método de solução para os impactos socioeconômicos causados pela imigração ilegal, bem como para regulamentação da permanência de migrantes em território nacional.

5. RESULTADOS ALCANÇADOS

Conclui-se assim que a Missão das Nações Unidas (MINUSTAH), apesar de ter extrema importância para a recuperação do Haiti, apresentou-se como uma das principais causas do aumento do fluxo de imigração de haitianos para o Brasil. Neste sentido:

> Ao assumir o comando da Minustah (Missão Internacional das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti) e o envio de maior contingente de tropas ao Haiti, o Brasil poupou maior esforço dos Estados Unidos no momento em que estes sofrem desgaste com a resistência à ocupação do Iraque. Por esta razão, a Minustah veio a se constituir no principal elemento de cooperação do governo brasileiro com o Departamento de Estado na estabilização da conflitividade social da América Latina (LUCE, 2007, p. 48).

Porém, a imigração ilegal e em grande escala dificulta evolução da conjuntura atual brasileira, agravando o problema público e econômico do país, superlotando as demandas laborais dentro do mercado de trabalho nacional, as quais já se encontram escassas, acometendo assim não só a sobrevivência dos brasileiros, mas principalmente a sobrevivência dos imigrantes haitianos, que em grande maioria se encontram em situação degradante.

Em vista disso, se faz necessário, em âmbito nacional, a intervenção estatal por meio de leis imigratórias e políticas públicas, a qual deve ser compreendida como "diretriz elaborada para enfrentar um problema público (...) entendido como coletivamente relevante" (SECCHI, 2010, p.2). Evidencia-se assim que a criação de

regulamentação de entrada de imigrantes é imprescindível e benéfica, desde que contemple a finalidade de combater os obstáculos encontrados no mercado de trabalho, bem como expandir o fluxo imigratório legal por todo território nacional, reduzindo por sua vez o fluxo ilegal delimitando-o pelo norte, principalmente nos estados do Acre e Amazonas, onde o mercado já se encontra assoberbado, proporcionando assim a oportunidade desses imigrantes ingressarem por outras fronteiras e estados onde possam desfrutar de demais oportunidades de forma legal e regulamentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTOR, Suzy. **A transição haitiana: entre os perigos e a esperança**. Encarte CLACSO. Cadernos da América Latina No. 5. São Paulo : CLACSO, Conselho Latino-americano de Ciências Sociais. Julho 2008.

CURY, Anay; CAOLI, Cristiane. Desemprego fica em 11,2% no trimester encerrado em abril diz ibge. Portal G1 Disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/05/desemprego-fica-em-112-no-trimestre-encerrado-em-abril-diz-ibge.html>. Acessado em: 16 de julho de 2016.
DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948.

FARIA, Andressa V. **A Diáspora haitiana para o Brasil**: o novo fluxo migratório (2010-2012). Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia – Tratamento da Informação Espacial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG, 2012.

FERNANDES, Jéssica. **Operação Haiti**: ação humanitária ou interesse político para o Brasil? Conjuntura internacional. nº 22. PUC Minas. 2010

FERNANDES, Duval; CASTRO, Maria da Consolação G. de. **Projeto "Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral".** Belo Horizonte: Ministério do Trabalho e do Emprego, 2014.

HACK, Erico. **Direito Constitucional, Conceitos, Fundamentos e Princípios Básicos**. Curitiba: Ibpex, 2008.

JUNQUEIRA, L.A.O.; INOJOSA, R. M. **Descentralização e intersetorialidade na Gestão das Políticas Públicas**. In: Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, 26, Atibaia, 2003, anais: Enanpad, 2003.

LUCE, Mathias S. **A Teoria do Sub Imperialismo em Ruy Mauro Marini:** Contradições do capitalismo dependente e a questão do padrão de reprodução do capital. A história de uma categoria. Tese de Doutoramento. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em História. Porto Alegre, 2011.

MAGALHÃES, Luís Felipe Aires. . O Haiti é aqui: primeiros apontamentos sobre imigrantes haitianos em Balneário Camboriú – Santa Catarina - Brasil. **Percurso,** Florianópolis, v. 15, n. 28, p.223-256, 2014.

MARTES, Ana Cristina Braga. Brasileiros **nos Estados Unidos: Um estudo sobre imigrantes em Massachussetts**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

METZNER, Tobias. **La migración haitiana hacia Brasil**: estudio en el país de origen. In: OIM. La Migración Haitiana Hacia Brasil: Características, oportunidades y desafíos. Cuadernos Migratórios Nº 6. Buenos Aires: OIM, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ACRE.
Ação Civil Pública. Rio Branco, 2012. Disponível em: <www.prac.mpf.gov.br/atos--do-mpf/acp/acphaitianos/at.../file>. Acesso em 18/julho/2016.

MILESI, R. **Por uma nova Lei de Migração**: a perspectiva dos Direitos Humanos. Institutos Migrações e Direitos Humanos-IMDH. Brasília, 2007.

MORAES, Isaias Albertin de; ANDRADE, Carlos Alberto Alencar de; MATTOS, Beatriz Rodrigues Bessa. A imigração haitiana para o Brasil: Causas e Desafios. **Conjuntura Austral,** Porto Alegre, v. 4, p.95-114, 2013.

PAULA, Elder Andrade de, VALENCIO, Norma e CORREIA, Diego. Entre desastres catastróficos e mobilidades controladas: das idas e vindas de camponeses brasileiros à chegada dos imigrantes haitianos no "reino deste mundo amazônico". **Contemporânea** – Revista de Sociologia da UFSCar. São Carlos, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2013.

PATARRA, Neide Lopes. **O Brasil: País de imigração**? Revista E-Metropolis, nº 09, junho de 2012.

PATARRA, N; FERNANDES, D. Desenvolvimento e migração IN CHIARELLO, L.M (org) **Las Políticas Públicas sobre Migraciones y laSociedad em América Latina.** Cap. II Políticas Públicas e Migração Internacional no Brasil. ScalabriniInternationalMigration Network. New York. 2011.

_____. **O Brasil: País de imigração**? Revista Internacional de Língua Portuguesa, nº 24, p. 66-97, ano 2011.

SARMIENTO, Luís Capelo**. O Brasil e a MINUSTAH: As motivações e as consequências de uma operação liderada pelo Brasil.** 106 f. Monografia em Ciências Sociais. Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengagelearning, 2010.
SIMÕES, Jonathan Lobo et al. IMIGRANTES DO HAITI NO BRASIL: um caso de efetivação de direitos humanos.**Ampliando: Revista Científica da Facerb,** Rio Bonito, v. 2, n. 2, p.85-95, 2015.

THOMAZ, Diana Zacca. Migração haitiana para o Brasil pós-terremoto: indefinição normativa e implicações políticas.**Primeiros Estudos,** São Paulo, v. 4, p.131-143, 2013.

UETA, Andres Sei Ichi. **Intervenções Humanitárias: um debate introdutório sobre as críticas e sobre as justificativas morais**. . Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, junho de 2006.

ZENI, Kaline; FILIPPIM, ElianeSalete.Migração haitiana para o Brasil: Acolhimento e Políticas Públicas. **Pretexto,** Belo Horizonte, v. 15, p.11-27, abril 2014.

CAPÍTULO XVIII

"O COLÔNIA": DA EXCLUSÃO SOCIAL À MORTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – UMA REFLEXÃO A LUZ DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ana Flavia de Andrade Nogueira Castilho[199]
Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã[200]
Camila Sant'Ana[201]

RESUMO: O presente trabalho teve o escopo de retratar um capítulo de atrocidade na história do Brasil: o cotidiano do Hospital Psiquiátrico de Barbacena, Minas Gerais e o menosprezo aos direitos fundamentais, com fim de formular uma reflexão envolvendo o cenário de torturas e ignorâncias aos direitos individuais. Observou-se o cotidiano dos encarcerados do Colônia, enfatizando a exclusão social e o extermínio dos direitos humanos constitucionalizado e a presença da intolerância social aos doentes mentais e demais "diferentes". A principal referência dos dados históricos do Colônia foi o livro reportagem de Daniela Harbex, intitulado de *Holocausto Brasileiro* e o documentário vídeo áudio de Helvécio Ratton, *Em Nome da Razão*. A pesquisa se justifica pela grave lesão aos textos constitucionais com permissão do Estado. A problematização se assenta sobre a especulação: será que ainda não estamos matando direitos fundamentais? A reforma psiquiátrica confirmada pela lei nº 10.216/01 foi o suficiente para eliminar os sofrimentos nos manicômios? A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi à qualitativa, por meio da revisão bibliográfica, pelo método indutivo-hipotético, com objetivos exploratórios.

PALAVRAS CHAVES:O Colônia. Direitos fundamentais. Exclusão social. Manicômio. Lei nº 10.216/01.

[199]Mestranda em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" no UNIVEM/Marília - SP. Integrante dos grupos de pesquisas INPP (Intervenção do Estado na Vida da Pessoa) e CODIP (Constitucionalização do Direito Processual) no UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUD. E-mail: afancmch@gmail.com.
[200]Mestranda em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" no UNIVEM/Marília - SP Bolsista CAPES/PROSUD. Membro do NEPI – Núcleo de Estudos em Direito e Internet. E-mail: bruna.guesso@gmail.com.
[201]Mestranda-bolsista (CAPES/PROSUD) em Direito pelo Centro Universitário "Eurípedes Soares da Rocha" – UNIVEM; Especialista em Direito do Estado pela FIO –Faculdade Integradas de Ourinhos – FIO/PROJURIS; Graduada pela FIO – Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. E-mail: camilasantana3@hotmail.com.Advogada.

ABSTRACT:this study has the scope of portraying one atrocity chapter in the history of Brazil: the daily life of the Psychiatric Hospital of Barbacena, Minas Gerais and disregard for fundamental rights, in order to formulate a reflection involving the setting of torture and ignorance to individual rights. There was the daily life of prisoners of Cologne, emphasizing social exclusion and extermination of constitutionalised human rights and the presence of social intolerance to the mentally ill and other "different". The main reference of the historical data of Cologne was the book report Daniela Harbex, titled Brazilian Holocaust and the documentary video audio HelvécioRatton, in Reason name. The research is justified by the serious injury to the constitutional texts with state permission. The questioning is based on speculation: are we not killing fundamental rights? Psychiatric reform confirmed by Law nº. 10.216 / 01 was enough to eliminate the suffering in asylums? The methodology used for the development of the research was qualitative, through literature review, the inductive-hypothetical method with exploratory objectives.

KEYWORDS: The Colony .Fundamental rights. Social exclusion. Asylum**.** Law nº10.216/01.

INTRODUÇÃO

Em 1903, foi inaugurado o Centro Psiquiátrico de Barbacena na cidade de Minas Gerais, chamado de “Colônia”. O Colônia abrigava inúmeros pacientes, desde doentes mentais, epiléticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, pessoas rebeldes, até pessoas que eram “inconvenientes” aos olhos da sociedade, isto é, gente que tornara incômoda ou ameaçava a ordem pública, ou ainda eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, filhas de fazendeiros que perderam a virgindade antes do casamento, alguns eram somente tímidos, e outros eram crianças.

Nesse aspecto, é possível observar que o Colônia era uma espécie de “depósito” de pessoas intoleradas pela sociedade, assim, o que socialmente era “diferente” era confinado no centro psiquiátrico. O objetivo era apartar da sociedade qualquer um que demonstrasse anormalidade ou que trouxesse algum transtorno aos familiares ou aos poderosos. Esse momento de exclusão social dos moradores do Colônia foi alcançado por momentos políticos críticos e pelo espírito capitalista. No Colônia, não havia um mínimo de dignidade humana e os direitos fundamentais dos pacientes eram constantemente violados, bem como os direitos humanos também não eram garantidos; no cotidiano do Colônia havia tortura, ameaça e muitas mortes aos tratamentos cruéis e degradantes;

homens, mulheres e crianças, cominam ratos e fezes, bebiam esgoto ou bebiam urina, tomavam banhos em banheira cheia de fezes ou ficavam ao relento, ao sol, chuva ou no frio nus, dormiam apenas sobre um capim o qual disputavam espaço, e quando faleciam era de fome e de frio, outros vinham a óbito em virtude de choques elétricos, além disso, após a morte seus corpos ou ossadas eram vendidos para faculdades de medicina, sem qualquer escrúpulo humano.

Constata-se que foram mais de 90 anos de tortura, agressões psicológicas e físicas, indignidade e desprezo pela humanidade, total abandono aos direitos constitucionais e apatia aos direitos humanos. Os pacientes do Colônia se viram sem nome e sem dignidade, viram suas vidas carentes de qualquer amparo Estatal, o que indubitavelmente demonstra total afronta aos Direitos Humanos e Fundamentais, restando ao Estado a responsabilidade dos fatos.

Assim sendo, o presente artigo se mostra relevante e se justifica em virtude da necessidade da garantia e preservação dos direitos humanos e fundamentais no cenário brasileiro. Dessa forma, o escopo é analisar o sistema cotidiano do Colônia e a maneira degradante que viviam os pacientes e sua vinculação aos direitos humanos. Destarte, pretende-se, por meio de revisão bibliográfica e legislativa, discutir a relação dos fatos ocorridos dentro do Colônia e a violação dos direitos humanos e fundamentais. Pretende-se com o estudo discutir se todo o mal do Colônia foi eliminado. Será que há respeito aos direitos fundamentais dentro dos manicômios atuais? A lei da reforma psiquiátrica foi o suficiente para estancar as atitudes barbáries do Estado e sociedade?

Para tanto, o trabalho dedicou-se, inicialmente, a uma análise sobre o manicômio e o seu contexto histórico, e após, busca-se demonstrar a exclusão social sob seus aspectos gerais, bem como o porquê os pacientes eram levados para o Colônia, quem eram, e como era a rotina de um excluído, posteriormente, buscou-se ainda discutir acerca do genocídio e a violação de princípios, direitos e garantias fundamentais em relação as atrocidades que ocorriam dentro do Colônia, e por fim discute-se a herança do colônia, sob o aspecto da intolerância social.

1.“O COLÔNIA”

O Centro Psiquiátrico de Barbacena, Minas Gerais, o antigo “Colônia”, abrigou um capítulo de extermínio dos direitos fundamentais da história do Brasil, quando

enterrou mais de 60 mil mortos pelo abandono e miséria. Inaugurado em 1903, e existente até hoje, o museu da loucura foi o cenário da maior atrocidade do país, com o consentimento do Estado, da Igreja Católica, médicos e da sociedade.

A cotidiano no Colônia foi relatado em 2013 pela jornalista Daniela Arbex. Antes dela, em 1979, o jornalista Hiram Fermino e o cineasta Helvêcio Ratton denunciavam para a sociedade e para o mundo a situação em que viviam os moradores do Colônia. Hiram escreveu um documentário, no qual batizou de "Os porões da loucura". Ratton realizou vários dias de filmagens dentro do Colônia, dando origem a reportagem "Em nome da razão", no entanto, a vida desumana continuou até meados do século XXI.

> Para a prisão, que denominavam de Hospital, era o destino de pessoas doentes mentais ou sem qualquer diagnóstico da psiquiatria. Eram desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoólatras, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos, filhas de fazendeiros que perdiam a virgindade ou que adotavam comportamentos inadequados, esposas trocadas por amantes e todos os indesejados (ARBEX, 2013, p. 25-30).

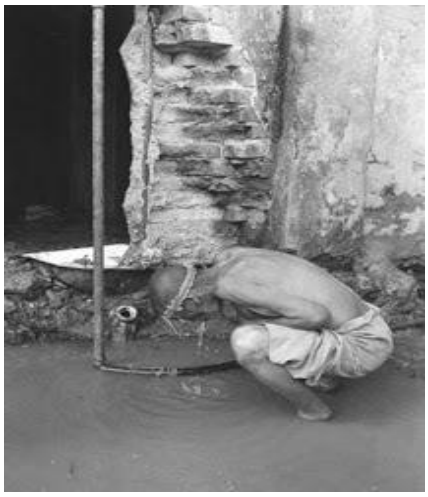

FIGURA 1. Arbex, 2013 FIGURA 2. Arbex, 2013.

Sem nome, sem família, sem futuro, sem roupas, sem alimentos adequados, sem higiene e sem esperanças, assim adoeciam os corpos, como num cemitério de vivos. Alguns, as famílias ainda pagavam para mantê-los em tratamento, que de forma precária e desumano era realizado dentro do hospital, porém a maioria eram pobres miseráveis que nem sabiam o porquê estavam lá, "perdiam o nome de nascimento, sua história original e sua referência, como se tivesse aparecido no mundo sem alguém que as parisse" (ARBEX, 2013, p.30).O tratamento com choques utilizados em epiléticos eram na

maioria das vezes utilizados como tortura, como um meio de intimidação para manter a ordem:

> [...] os gritos de medo eram calados pela borracha colocada a força entre os lábios [...] o tratamento de choque e o uso de medicações nem sempre tinham finalidade terapêutica, mas de contenção e de intimidação (ARBEX, 2013 p. 35).

Porque todos se calavam? Era mais fácil ser indiferente? A questão era: denunciar para quem? De acordo com os documentários muitas das internações eram assinadas por delegados, além de ser uma criação do governo de Minas Gerais, de ser mantido por ele, ter o apoio da Igreja Católica e da classe médica. Ademais, a política se beneficiava com a existência do Colônia. Relata Daniela Arbex (2015, p.30-31) que muitos trocavam seu voto por uma vaga de emprego no hospital, transformando o hospital em um curral eleitoral.

Importante observar que a existência do hospital psiquiátrico de Barbacena iniciou num contexto histórico abrangente pelo Coronelismo no Brasil, caracterizado por uma política desonesta, comandada e controlado pelos ricos fazendeiros - os coronéis (MARCOS Jr. 2013). Os coronéis detinham o controle sobre a população pobre e uma autoridade que ninguém poderia questionar, de maneira que impediam que seus funcionários se instruíssem, estudassem, deixando-os à margem de seus direitos e garantias.

A exclusão social dos moradores do Colônia teve um reflexo do momento político no país e do capitalismo. A ideia era afastar da sociedade qualquer um que demonstrasse anormalidade ou que trouxesse algum transtorno aos familiares ou aos poderosos, como as mães solteiras, prostitutas, amantes, esposa que não agradasse ao marido e os que se rebelassem as ordens sócias da época. O Colônia era o depósito da rejeição, fruto da intolerância social.

O capitalismo teve seus reflexos em meio de tanta miséria. Os cadáveres amontoados no pátio do hospital eram vendidos para as faculdades de medicina como um objeto qualquer. Não havia nem a dignidade de ser enterrado e, muito menos um acompanhamento de velório. Neste período a morte dos pacientes significava lucro para o hospital que comercializava cada corpo por cerca de R$ 200,00 reais, pela moeda atual, sem que ninguém questionasse seus destinos (ARBEX, 2013, p.64).

Além dos corpos que eram vendidos mais de 60 mil corpos foram enterrados no cemitério localizado ao lado do Colônia, atualmente desativado. O Colônia ainda existe e até 2003 ainda encontrava-se pacientes encarcerados, mesmo depois da reforma psiquiátrica no Brasil (TOLENTINO; OLIVEIRA, 2015,p. 4). Somente em 2001, foi publicada a Lei da reforma psiquiátrica (Lei nº 10.216), que passou a regulamentar a internação de pessoas acometida de doenças mentais, porém sem grandes mudanças na realidade de muitas pessoas que vivem nos manicômios. A inclusão social dos sobreviventes do Colônia foi acontecendo aos poucos, a medidas que, após as denúncias de condições de vidas desumanas, alguns foram destinados a casas terapêuticas.

1.1 EXCLUSÃO SOCIAL

A exclusão social constitui um processo de banimento e privação de certas pessoas ou grupos da sociedade em várias esferas da estrutura social. Com feito, essa questão social foi impulsionada pela composição do sistema econômico e político, o que proporciona o preconceito em diversas maneiras e formas, isto é, os indivíduos sofrem com a exclusão social em decorrência da marginalização pela sociedade, sendo "impedidas de exercer livremente seus direitos de cidadãos, seja por suas condições financeiras, religião, cultura, sexualidade, escolhas de vida, dentre outros" (SOCIOLOGIA, 2015).

Nesse diapasão, nota-se que "os excluídos socialmente geralmente são minorias étnicas, culturais, religiosas, por exemplo, os negros, índios, idosos, pobres, homossexuais, toxico dependentes, desempregados, pessoas portadoras de deficiência, dentre outros" (SOCIOLOGIA, 2015). Nas palavras de Escorel (1999, p. 75 apud ESCOREL, 2009) observa-se que o conceito de exclusão social amplia as dimensões de análise da pobreza e das desigualdades:

> São processos de vulnerabilidade, fragilização ou precariedade e até ruptura dos vínculos sociais em cinco dimensões da existência humana em sociedade: ocupacionais e de rendimentos; familiares e sociais proximais; políticas ou de cidadania; culturais; e, no mundo da vida onde se inserem os aspectos relacionados com a saúde.

Nessa seara, destaca-se a intolerância social de tudo que é "distinto aos padrões sociais". Assim, nesse contexto, foi que políticos e coronéis apoiados pelo Estado e a

Igreja Católica, através do Centro Psiquiátrico de Barbacena, conhecido como "Colônia", concretizam sua intolerância social, pois, os que aos olhos sociais seriam o incômodo ou um problema eram marginalizados, isto é, levados até o Colônia por meio de viaturas da polícia, de ônibus, ou na grande maioria das vezes de Trem, conhecido popularmente pelos mineiros de "Trem de Doido".

Normalmente, os que eram levados até o Centro Psiquiátrico, eram "epiléticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, pessoas rebeldes, gente que tornara incômoda ou ameaçava a ordem pública", ou ainda "eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, filhas de fazendeiros que perderam a virgindade antes do casamento", muitas vezes, "eram homens e mulheres que haviam extraviado os seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos trinta eram crianças" (ARBEX, 2013, p.14).

De acordo Arbex (2013, p. 25)"não havia critérios para internação, era rotina padronizar os diagnósticos "e aproximadamente 70% dos cidadãos que ali eram "internados" não tinham diagnóstico de doença mental (ARBEX, 2013, p. 14). Nessa dimensão, observa-se que o Colônia transformou-se em um local de desafetos da sociedade, dentre os quais "militantes políticos, mendigos, negros, pobres, e, todos os tipos de indesejados, inclusive os insanos" (ARBEX, 2013, p. 26). Assim, era realizada uma espécie de limpeza social, isto é, a intolerância imperava, como nos dias atuais ainda subsiste.

Nesse passo, após a chegada dos pacientes no Centro Colônia, relatam Tolentino e Oliveira (2013, p. 02-03) que os futuros pacientes se viam sem nome e sem dignidade, pois ao chegaram passavam por uma sessão de desinfecção, isto é, por um banho, muitas vezes gelado, eram obrigados a entregar todos os pertences, e recebiam um uniforme. De acordo com Tolentino e Oliveira (2013, p. 02) os pacientes que ali se encontravam "não tiveram a quem pedir socorro, não se podia rebelar, sob pena de sofrer eletrochoque, tomar banho em banheira cheia de fezes ou ficar ao relento, ao sol, chuva ou no frio, nus".

A rotina de um excluído era de condições sub-humanas, não havia sequer reconhecimento mínimo de direitos da dignidade humana, no dia a dia no Colônia "homens, mulheres e crianças, às vezes cominam ratos, bebiam esgoto, o qual cortava os pavilhões, era a fonte de água ou bebiam urina" (ARBEX, 2013, p. 44).Citam Tolentino e Oliveira (2013, p. 04) que era costume os pacientes dormirem sobre capim, pois, os

colchões foram substituídos como uma alternativa para o excesso de pessoas. Nesse sentir, destaca-se que:

> Nas temporadas das baixas temperaturas, pacientes eram atirados ao relento, nus ou cobertos com trapos. O instituo os moviam, os internos faziam um círculo compacto, alternando os que ficavam do lado de fora com os do lado de dentro, não raro, não sobreviviam até o dia seguinte. Dentro dos pavilhões, na tentativa de se aquecerem, os pacientes dormiam amontoados em pilhas, os que ficavam embaixo eram encontrados mortos (ARBEX, 2013, p. 14, 23 e 48).

Ademais, denota-se que os pacientes do Colônia morriam, além de doenças, de fome e de frio, outros vinham a óbito em decorrência de choques elétricos. Contudo, a morte dos pacientes era vantajosa para os administradores do manicômio, pois, os corpos dos pacientes eram vendidos para faculdades de medicina, mas, quando havia excesso de corpos, estes eram decompostos em ácido, na frente de todos no pátio do manicômio, objetivando a comercialização das ossadas (ARBEX, 2013, p.71-83).

Outrossim, logo após o nascimento, bebês eram retirados de suas mães e doados. Havia ainda um cemitério no Colônia, onde foram enterrados cerca de 60 mil corpos, sendo que somente no final da décadas de 1980 este tornou-se desativado. O Colônia permaneceu encarcerando pacientes até 2003, mesmo após reformas psiquiátricas (TOLENTINO; OLIVEIRA, 2013, p. 04).

Nesse sentido, nota-se que o dia a dia do Colônia eram violados normas e preceitos de direitos fundamentais, sendo que de acordo com Bonavides (2006, p. 563): "os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo(...)", razão pela qual não deveriam estes ter sido infringidos.

Em outra perspectiva, já no entendimento de Canotilho, (2002, p. 1.378) direitos fundamentais são: "(...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa", sendo assim, "(...) caracterizados como individuais, porque pertencem exclusivamente à pessoa, e o Estado como titular de direitos, com o dever de proteger o cidadão, deve velar pelo seu cumprimento" (PACHECO, 2007), o que indubitavelmente não ocorreu no Colônia; o agente Estatal permaneceu inerte por muitos anos diante da maneira em que eram efetuados os "tratamento psiquiátricos" aos pacientes do Manicômio de Minas Gerais.

Nesse sentido, constata-se que os grupos sociais excluídos no Colônia sofreram com os tratamentos degradantes e desumanos ali realizados; um processo de tortura decorrente da intolerância humana ferindo os direitos fundamentais de cada indivíduo. No entanto, observa-se que atualmente ainda há outras formas preconceituosas que afetam diretamente aspectos da vida provocados pela intolerância social.

2. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O crime de genocídio foi cometido de maneira avassaladora entre os muros do Colônia, pois ali ocorreram sessenta mil mortes de pacientes que eram submetidos as mais diversas formas de crueldade e sem o mínimo de dignidade humana. Os pacientes eram deixados no Hospital para morrerem, ou seja, muitos nem era diagnosticados com uma anomalia mental, mas eram um peso para sociedade, portanto deviam ficar "presos" lá até as suas mortes.

No Colônia não havia um mínimo de dignidade humana e os direitos fundamentais dos pacientes eram constantemente violados, os direitos que a Constituição lhes garantiam eram esmagados e bem como os direitos humanos também não era preservados. Desde as primeiras Constituições brasileiras já eram previstos a garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos, como um meio de se garantir um mínimo de dignidade as pessoas pelo simples fato de se encontrarem no Estado Brasileiro e por serem humanos, já era suficiente para terem sua inviolabilidade garantida.

Com o passar do tempo foram surgindo às dimensões dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, ou seja, ampliou-se a abrangência de tais direitos. Passou-se então a estabelecer as dimensões e as garantias de tais direitos conforme a evolução da sociedade. Os direitos fundamentais de primeira geração procurou garantir que o Estado não interviesse na vida do cidadão, ou seja, buscou-se preservar a sua individualidade perante o poder Estatal, garantia o direito de liberdade do cidadão, no âmbito civil, religioso, político. Somava-se a isso o direito à segurança, a propriedade e a liberdade de expressão coletiva.

Já os direitos fundamentais de segunda geração que se basearam nos direitos econômicos, sociais e culturais, trouxeram os problemas sociais causados pela industrialização e esperando do Estado um exercício de intervenção positiva na vida do

cidadão, em busca da realização de uma justiça social. Sarlet ao dissertar sobre o tema, assevera:

> A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda se propugna parte da doutrina, inobstante o cunho "positivo" possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A não utilização da expressão "social" encontra justificativa, entre outros aspectos que não cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponder à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava as relações com as classes empregadoras, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (SARLET, 2015, p. 48).

Estabelecido isso, surgiram os direitos de terceira dimensão os chamados direitos de solidariedade e fraternidade. Esses têm o propósito de proteger a coletividade, à medida que se busca a paz para a sociedade por meio da proteção para os grupos humanos e da melhora na qualidade de vida, a fim de consolidar um meio ambiente sadio num período pós-guerra pelo qual o país passava.

Sarlet ao se manifestar sobre os direitos de terceira geração se pronuncia sobre o princípio da dignidade humana e sua vinculação à liberdade (direito de primeira geração), referindo-se à autonomia e a proteção à vida contra a ingerência por parte do Estado e por particulares:

> Verifica-se, contudo, que boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à ideia da liberdade – autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e por particulares. Com efeito, cuida-se, no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos de primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidades dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo. (SARLET, 2015, p. 50).

Todos esses direitos foram ignorados no Colônia. Não se tinha nem direito à vida, uma vez que a morte era, muitas vezes, provocada a fim de render cadáveres para sua comercialização às faculdades de medicina. Ademais, estar no Colônia já era uma sentença de morte. Autonomia, proteção à vida e liberdade não foi possível a nenhum morador do centro psiquiátrico. Não há de se falar em direitos fundamentais adentro dos muros do Colônia por mais de 80 anos.

Neste contexto, existem doutrinadores que defendem a existência de uma quarta geração dos direitos fundamentais, entre eles se destaca o ilustre professor Paulo Bonavides que defende que a quarta geração trataria dos direitos à democracia, o desenvolvimento e o progresso social.

> Quarta geração ou quarta dimensão, que surgiu dentro da última década, por causa do avançado grã de desenvolvimento tecnológico: seriam os Direitos da Responsabilidade, tais como a promoção e manutenção da paz, à democracia, à informação, à autodeterminação dos povos, promoção da ética da vida defendida pela bioética, direitos difusos, ao direito ao pluralismo etc. A globalização política na esfera da normatividade jurídica foi quem introduziu os direitos desta quarta geração, que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. Está ligado a pesquisa genética, com a necessidade de impor um controle na manipulação do genótipo dos seres, especialmente o homem. (SILVA, 2006, s/p).

Nota-se que o texto constitucional estabeleceu várias dimensões dos direitos fundamentais e humanos, direitos esses que eram violados nas condições precárias do Colônia, onde pacientes tinham seus piores dias à espera da morte. Várias Constituições brasileiras já traziam os direitos fundamentais, na Constituição de 1824 foram consagrados os direitos fundamentais de primeira geração. Com o advento da Constituição de 1889, consagraram-se os valores sociais e os direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Mas, foi na Constituição de 1934 que se constitucionalizou os direitos fundamentais, porém em 1937 surgiu a Constituição que suprimiu tais direitos já existentes. Somente no ano de 1946 com o advento de uma nova Constituição, que restaurou-se as garantias dos direitos fundamentais. A Constituição de 1967 manteve as previsões de direitos e garantias individuais, mas foi na Constituição de 1988 que se estabeleceram direitos e garantias reconheceram-se os direitos sociais e preceituou a dignidade da pessoa humana como fundamento último da ordem jurídica.

> Os direitos humanos estão consolidados na Constituição da República Federativa do Brasil no título que trata dos princípios fundamentais, no título sobre os direitos e garantias fundamentais e por último no art. 225, sobre o meio ambiente, sem eliminar outros artigos, que possam ter matéria dos direitos fundamentais. Encontram-se nesses dispositivos toda a evolução internacional dos direitos humanos. (KERSTEN, 2005, s/p).

Os pacientes do Colônia também eram executados por meio dos eletrochoques. Vários foram mortos dessa maneira e seus corpos eram vendidos para as faculdades de medicina de todo o Brasil, era reunido o número de dezesseis corpos por dia, ou seja, transformou-se em um comércio de corpos chegando a 1853 (hum mil oitocentos e cinquenta e três), corpos vendidos (ARBEX, 2013, p.76). Na Declaração Universal dos Direitos Humanos a qual o Brasil é signatário prevê expressamente a vedação a esse tipo de tratamento que levam à tortura:

> Experiências médicas e científicas são permitidas e, acima de tudo, são necessárias ao desenvolvimento da ciência, mas não é possível colocar o ser humano numa situação de experimento sem o seu devido consentimento, o que equivaleria a aceitar a coisificação da pessoa humana. Por sua vez o art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos traz o direito à integridade pessoal, mencionado que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, aprofundando nos parágrafos seguintes a vedação da tortura e de tratamentos semelhantes, bem como prevendo direitos em caso de privação de liberdade. Nota-se assim, que a integridade humana é protegida numa tríplice esfera: física, envolvendo aspectos exteriores ao corpo e detectáveis objetivamente; psíquica, no que tange a questões sobre raciocínio e lógica que repousam no cérebro humano; e moral, conceito amplo que abrange inclusive questões espirituais e sentimentais. (DE LAZARI; GARCIA, 2015, p. 176).

Observa-se que há uma violação extrema aos direitos humanos desses pacientes que tinham suas vidas foiçadas por um motivo de comércio e quando assim não ocorria, eram mortos e colocados no ácido para se decompor no pátio do hospital na presença de outros pacientes que ali assistiam a essas barbáries e suas presenciavam as ossadas de seus amigos serem comercializadas. Não havia acepções de qualquer modo sobre humanização, piedade, solidariedade e fraternidade, já que se tratava de um resto da sociedade, uma rejeição da rejeição, sendo a primeira vez pelos familiares e a segunda pelo Estado.

Os direitos humanos deveria se destinar a todos, independentemente de raça ou ideologia, principalmente aos menos favorecidos, mas isso é uma inverdade dentro de um manicômio e nas bases de um Estado que ainda permite tratamentos com eletrochoques e psicocirurgias. Neste sentido, ressalta De Lazari e Garcia:

> Os direitos humanos destinam-se a todos os seres humanos, independentemente da raça, cor, credo ou ideologia assumida. Em uma primeira e importante questão a ser trabalhada, a característica da universalidade não apenas defende a proteção equivalente a todos, como também importa dizer que determinados grupos são mais necessitados e, portanto, devem receber maiores doses de proteção do Estado. Afinal, dentro da concepção de democracia, está a discussão entre minorias e maiorias, sendo sabido que as minorias, historicamente desprotegidas, necessitam de maior carga protetiva exatamente para fornecer um ideal de igualdade material (ou substancial). (DE LAZARI, GARCIA, 2015, p. 47).

Mas uma vez, insta destacar que os pacientes do Colônia não tinham nenhum de seus direitos respeitados, nem mesmo, muitas vezes, a dignidade de enterrar seus restos mortais, uma vez que mesmo após a morte seus corpos ou suas ossadas eram comercializados, muito lucro era obtido através daquela.

O Estado era responsável pelo Colônia, e o mesmo não protegia seus pacientes não lhes proporcionava um mínimo de dignidade para que pudessem suportar o enclausuramento naquela entidade. Vidas foram se desfazendo no interior daqueles muros e muitos não sabiam o porquê de estarem ali e acabavam se perdendo no abismo da solidão, nos mais cruéis contornos sinuosos de suas mentes que os levavam um labirinto sem fim, pois quando se encontrava uma luz no fim do túnel podia se concluir que era o seu renascimento para a vida eterna, ou seja, uma libertação de seu espírito pois seu corpo pertenceria ao Colônia até ser comercializado.

O Brasil adotou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos com o objetivo de proteger os direitos de seus cidadãos e tinha como principal violador a estes, o Estado de Minas Gerais onde se mantinha um hospital que era destinado para pacientes com problemas psiquiátricos e que se tornou um depósito para pessoas enclausuradas até as suas mortes sem a menor chance de se reabilitarem devido ao tratamento degradante que recebiam na entidade.

> A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada em 10 de dezembro de 1948 consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados. [...] Não é consenso que o processo de internacionalização dos direitos humanos e a criação de um sistema internacional de proteção dos mesmos consistam em um avanço ou mesmo em algo positivo e benéfico. Os críticos do alcance universal dos direitos humanos afirmam que a pretensa universalidade dos mesmos esconde o seu caráter marcadamente europeu e cristão e simboliza a arrogância do imperialismo cultural do mundo ocidental, que tenta universalizar as suas próprias crenças. Sendo assim, o universalismo induz à destruição da diversidade cultural. A essa crítica, os

> universalistas se defendem alegando que a existência de normas universais relativas ao valor da dignidade humana é uma exigência do mundo atual, e que os diversos Estados que ratificaram instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, consentiram em respeitar tais direitos. (CAMARGO; MELO NETO, 2016, s/p).

Com o que foi exposto, percebe-se que o Brasil ao tornar-se signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos não poderia ter um hospital onde se violava os direitos humanos dos pacientes, sob nenhuma alegação, pois ao adotar a Declaração não poderia invocar motivo algum para o seu descumprimento. A Constituição de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, isso foi constitucionalizado para que nos ordenamentos jurídicos e internos estivessem previstos a proteção da pessoa humana:

> 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 de interpretação jurídico, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação. Sem pretender estabelecer uma definição fechada ou plena, é possível conceituar dignidade da pessoa humana como o principal valor do ordenamento ético e, por consequência, jurídico – que pretende colocar a pessoa humana como um sujeito pleno de direitos e obrigações na ordem internacional e nacional, cujo desrespeito acarreta a própria exclusão da personalidade. (DE LAZARI; GARCIA, 2015, p. 164).

Exclusão essa que os sobreviventes sentiam ao ficarem expostos ao frio, a fome e as mais diversas formas de doença, tornando assim aquele hospital em um caos total, onde pessoas morriam diariamente como uma forma de lucro e outras ficavam "jogadas" esperando a morte, ou seja, era um genocídio que se praticava naquele hospital. O Brasil em 09 de dezembro de 1948 assinou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que tratava sobre a prevenção e a punição do crime de genocídio, portanto, mais um documento importante que tratava da dignidade humana era descumprido:

> Considera-se genocídio, nos termos do art. 2º da Convenção: a) assassinato de membros do grupo; b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; d) medidas destinadas a impedir o nascimento no seio do grupo; e) transferência forçada de menores do grupo para outro. Por seu turno, prevê o artigo 3º: serão punidos os seguintes atos: a) o genocídio; b) o conluio para cometer o genocídio; c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; d) a tentativa de genocídio; e) a cumplicidade no genocídio. As pessoas acusadas de genocídio "serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte internacional competente com relação às Partes

> Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição (artigo 6º, CPPCG)". As práticas do genocídio não podem ser consideradas crimes políticos para fins de extradição (artigo 7º, CPPCG) (DE LAZARI; GARCIA, 2015, p. 172).

Como se pode admitir a prática de tamanha atrocidade em território brasileiro, sendo que o Brasil é um dos signatários do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que proibia expressamente a prática do crime de genocídio e da Declaração Universal dos Direitos Humanos?

Aproximadamente 70% dos pacientes do Colônia não tinham diagnóstico de doença mental, aliás, de nenhuma outra doença (ARBEX, 2013, p.14). Muitos foram enviados como uma maneira de se proteger a sociedade de pessoas "indesejáveis". Viviam naquele local mulheres que os maridos as internavam para poder ter sua vida com suas amantes, meninas que tinham perdido a virgindade antes do casamento, prostitutas, homossexuais, alcoólatras, epiléticos, pessoas sem documentos, ou seja, pessoas que causassem algum mal estar seu destino final seria ali.

Ou seja, muitos nem tinham problemas de saúde e eram internados lá e acabavam tendo sua saúde molestada uma vez que eram submetidos a condições degradantes de alimentação, higiene, vestuário entre outras. Importante ressaltar que a Constituição Federal traz elencado em seu rol de direitos fundamentais o direito à saúde e mais uma vez este era diariamente violado na entidade que não proporcionava um mínimo de dignidade aos seus pacientes. Assim sustenta De Lazari e Garcia:

> Tal direito está disciplinado na Lei Fundamental nos artigos 196 a 200, e, dentre estes, o art. 196 afirma ser a saúde "direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", e o art. 198, parágrafos primeiro a terceiro, tratam da distribuição de recursos para manutenção desta garantia fundamental. Some-se a isso o fato do direito à saúde ser amplíssimo, bastando para essa conclusão a análise superficial do rol de funções do Sistema Único de Saúde contido no art. 200 da Constituição, pelo qual, dentre outras, são atribuições do SUS a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica (inciso II), a ordenação da formação de recursos humanos na área (inciso III), a participação da formulação política e da execução das ações de saneamento básico (inciso IV), a colaboração na proteção do meio ambiente, nele comprometido o do trabalho (inciso VIII) etc. (DE LAZARI; GARCIA, 2015, p. 341/342).

Todos os direitos fundamentais foram violados no Colônia, demonstrando assim o grande mal que o Colônia foi para a vida dos brasileiros que foram internados lá e o reflexo que isso trouxe a toda sociedade. Espera-se que não sejam mais criados outros

"Colônias" para que outras pessoas sejam submetidas a esses tratamentos, pois já convivemos em uma sociedade que sofre com as mais diversas formas de violações de direitos!

4. A INTOLERÂNCIA SOCIAL

A palavra intolerância, de acordo com o dicionário da língua portuguesa (BUENO, 1995, p. 372) significa "violência", podendo ser ampliada sua concepção para o fato de não permitir ideias diferentes da que a pessoa adere, repugnando-as, violentamente. Ao contrário disso é a tolerância. Cunha (2016, p. 1) interpreta que a tolerância acontece quando existe uma convivência respeitosa entre as diferenças e a intolerância é um comportamento que se materializa pela violência física ou simbólica, motivada pelo ódio ao outro.

Norberto Bobbio (2004, p.86) ao dissertar sobre a tolerância, enumera dois principais exemplos de intolerância – a intolerância política e religiosa. Pode-se dizer que tolerar seja a admissão das diferenças para a convivência em igualdade. Além da intolerância religiosa e política, a uma diversidade de exemplos que perturbam a paz social, ferem direitos e garantias individuais, como a discriminação racial, preferências sexuais, deficientes físicos e mentais e de classes sociais. Neste sentido, Bobbio se manifesta:

> Quando se fala de tolerância nesse seu significado histórico predominante, o que se tem em mente é o problema da convivência de crenças (primeiro religiosas, depois também políticas) diversas. Hoje, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, linguísticas, raciais, para os que são chamados geralmente de "diferentes", como, por exemplo, os homossexuais, os loucos ou os deficientes. Os problemas a que se referem esses dois modos de entender, de praticar e de justificar a tolerância não são os mesmos. Uma coisa é o problema da tolerância de crenças e opiniões diversas, que implica um discurso sobre a verdade e a compatibilidade teórica ou prática de verdades até mesmo contrapostas; outra é o problema da tolerância em face de quem é diverso por motivos físicos ou sociais, um problema que põe em primeiro plano o tema do preconceito e da consequente discriminação (BOBBIO, 2015, p. 86).

Bobbio separa os tema política e religião dos demais, por entender que se trata de crenças e opiniões diversas. À intolerância ao homossexualismo, deficiências, classes sociais, entre outras, Bobbio a trata como motivos físicos ou sociais e os vinculam ao preconceito e discriminação. O preconceito é uma opinião formada sem reflexão pela

concepção da ignorância e a discriminação tem por sinônimo a distinção, uma acepção diferenciada do comum. As intolerâncias política e religiosa derivam da convicção de possuir a verdade; as demais derivam de um preconceito, "entendido como uma opinião ou conjunto de opiniões que são acolhidas de modo acrítico passivo pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade cujos ditames são aceitos sem discussão" (BOBBIO, 2004, p.86).

São inúmeros os exemplos de atrocidades fruto da intolerância na história, podemos citar como exemplos a inquisição da Idade Média, a escravidão e o holocausto judeu. Na atualidade é de grande repercussão a discriminação racial, o preconceito aos homossexuais, aos pobres e as divergências de partidos políticos e opiniões religiosas.

O Colônia, considerado o holocausto brasileiro por se assemelhar ao holocausto judeu, não pela prática de mortes, mas pelo fim que se dava as pessoas que se destinavam ao hospital, é um dos exemplos de preconceito, discriminação e desumanidade.

Depois do Colônia, ainda estamos frente a frente com a intolerância social, quando assistimos aos massacres do Carandiru, Igreja da Candelária, Nilopólis e a existência de dezenas de manicômios existente no Brasil. Não creditamos com guerras religiosas, agredimos com preconceitos raciais, desigualdade social, opção de sexualidade, deficientes e partidos políticos – um verdadeiro extermínio da liberdade, igualdade e fraternidade.

Em 1992, a Casa de Detenção Carandiru foi o cenário de um episódio sangrento realizado por policiais. Foram 111 detentos executados a tiros no pavilhão 9 - um extermínio das sobras da sociedade (CAMARGO, 2005, p.1). No ano seguinte, outra chacina acontece no Rio de Janeiro. Mais de 40 moradores de rua, crianças e adolescentes, dormiam ao redor da Igreja Candelária quando homens armados abriram fogo contra eles, matando 8 e ferindo a maioria (SILVEIRA; BOECKEL 2015, p. 1).

Antes os indesejáveis eram os judeus e os loucos, hoje são os pobres, os dependentes químicos (ARBEX, 2013, p.255), homossexuais e, às vezes, também os familiares de todos estes. A exclusão social aumenta pouco a pouco com os grupos que são eleitos pela sociedade para fazer parte dela.

Os manicômios ainda existem e, ainda, há aqueles com uma realidade não muito diferente do Colônia. Uma reportagem feita em 2011 pelo jornal O GLOBO dentro do manicômio de São Vicente de Paula do Distrito Federal revelou miséria, descuido e indignidade dos hospitalizados:

> Na ala feminina do São Vicente de Paula, havia pacientes deitadas no chão dos corredores ou no minúsculo pátio, próximas a poças d'água. Outras perambulavam - uma com a bíblia na mão, uma com as roupas rasgadas, uma seminua e outra que repetia à exaustão "eu vou morrer agora". Muitas reclamavam que tiveram seus objetos pessoais furtados por colegas. A cena seria esperada, não fosse por um detalhe: nenhum médico ou enfermeira supervisionava as internas. Uma das pacientes contou que agressões físicas entre as pacientes são comuns (BRIGÍDO, 2011, p.1).

O Brasil mantém quase 60 hospitais psiquiátricos funcionando no modelo antigo de tratamento e outros 160 credenciados pelo Sistema Único de Saúde (BRIGÍDO, 2011). Quinze anos após a reforma psiquiátrica no país, ainda persiste uma forte agressão aos direitos humanos e direitos fundamentais, uma vez que, como constatado pelo jornal O Globo, os hospitalizados vivem no desprezo, sem o mínimo de dignidade.

CONCLUSÃO

O trabalho teve como propósito retratar um capítulo triste da história do Brasil, dentro do maior manicômio do país. Foram mais de 90 anos de miséria, agressões psicológicas, agressões físicas, indignidade e desprezo pela humanidade. Retratamos mortes homeopáticas, em um cemitério de vivos, conservado pelo Estado, médicos, igreja e sociedade. O Colônia foi uma prisão de inocentes. Calados pela ignorância da medicina, pelos interesses políticos e pela impiedade e insanidade dos "loucos normais". O encarceramento de humanos como bichos desprezíveis não tem outro nome senão "tortura". O caráter destas atitudes não é outro senão a menosprezo à humanidade, abandono dos direitos constitucionais e indiferença aos direitos humanos.

A exclusão social pelas portas do Colônia não foi o mais impactante. O que joga no lixo a dignidade humana é andar nu, beber esgotos, comer ratos, passar fome e frio, comer fezes, ser agredido frequentemente, fisicamente e sexualmente, receber tratamentos desumanos como as técnicas bárbaras de eletrochoques e psicocirurgias. A rotina dos encarcerados do Colônia se resumia em acordar as 5 horas da manhã, tomar banho gelado (todos juntos e nu), esperar por algo para comer após as 9 horas da manhã, perambular pelo pátio durante o dia independente de chuva ou sol e, à noite amontoar-se uns sobre os outros para se aquecerem ou brigar pelas camas de capim sobre o chão.

Conforme o dissertado, o retrato do Colônia foi de ausência de todos os direitos fundamentais, em um país que constitucionalizou os direitos humanos em 1948 e que já

retratava vários direitos fundamentais em suas constituições anteriores. Ainda que considerado o contexto histórico no século XX, como o período do Coronelismo e da ditadura militar, nada justifica colocar no campo de concentração seres humanos e exterminar os direitos fundamentais com o consentimento do Estado. A intolerância social foi escancarada e aceita como um contorno para desprezar os desprezíveis, porém de forma atípica. Não se tratou de intolerância política ou religiosa, as mais comuns, ou de raça e cor, foi intolerância ao "diferente", "insanos", "a qualquer um que incomodasse por qualquer motivo".

A inclusão social dos poucos sobreviventes do Colônia foi feita aos poucos para as casas de tratamentos terapêuticos em Barbacena (ARBEX, 2013). Poucos conseguiram sobreviver a uma sucursal do inferno e conhecer o que é uma vida digna, com privacidade, com vestes, alimentos diários, cama para dormir e uma ajuda financeira dada pelo Estado (ARBEX, 2013)a fim de amenizar seu menosprezo pela vida.A reforma psiquiátrica teoricamente foi realizada e positivada pela lei 10.2016/2001. Sem dúvida uma lei de letra morta. Os 13 artigos desta lei dispõem o que nem deveria ser escrito para ser seguido. São atos mínimos de cuidados para com qualquer doente. Isso demonstra o cúmulo da ignorância e uma cultura de estranheza à fraternidade, dignidade e igualdade.

Os manicômios ainda existem no país, e como foi constado, os tratamentos não fogem muito as regras do Colônia. Pode-se acreditar em um pouco de dignidade aos enclausurados dos Hospitais Psiquiátricos, mas os direitos fundamentais ainda são violados. Não há ainda, para todas as unidades psiquiátricas assistências adequadas e dignas para os internos. Um problema da medicina? Um cumulativo de culpas – o Estado por não garantir inteiramente espaços adequados, funcionários suficientes e a assistência geral aos pacientes e a medicina pelo seu engessamento na área da psiquiatria. O trabalho realizou seu propósito de trazer uma reflexão sobre as vidas pedidas e a exclusão dos direitos fundamentais por anos dentro do Colônia. Portanto, não há conclusões, mas considerações a serem colocadas: matamos os direitos humanos, rasgamos as Constituições Federais, quebramos pactos internacionais, negamos o direito à vida. Isso tudo em nome da razão, como satirizou Ratton (1979).

REFERÊNCIASBIBLIOGRÁFICAS

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. 1ª Ed. – São Paulo: Geração editorial, 2013.

BOBBIO, Norberto**. A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRIGÍDO, Carolina. **Dez anos após a reforma psiquiátrica, Brasil ainda tem instituições públicas funcionando no modelo de antigos manicômios**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/dez-anos-apos-reforma-psiquiatrica-brasil-ainda-tem-instituicoes-publicas-funcionando-no-modelo-de-antigos-manicomios-2760053>. Acesso em: 17 de julho de 2016

BUENO, Silveira. **Dicionário da língua portuguesa**. Editora FTD, Guarulhos, São Paulo, 1995.

CAMARGO, Henrique. **Como foi o massacre do Carandiru**? Revista Superinteressante – publicação em agosto de 2005. Disponível em: <http://super.abril.com.br/historia/como-foi-o-massacre-do-carandiru> . Acesso em 16 de junho de 2016.

CAMARGO, Raquel Peixoto do Amaral; MELO NETO, José Baptista de. **A proteção internacional dos direitos humanos face ao relativismo cultural.** UFPB, X encontro de iniciação à docência. Disponível em http://www.prac.ufpb.br/anais/IXEnex/iniciacao/documentos/anais/3.DIREITOSHUMANOS/3CCJDDPUMT01.pdf. Acesso em 18 de jul. de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002.

CUNHA, Carolina. **Intolerância: coexistir com as diferenças é um desafio**. Disponível em: <http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/intolerancia-coexistir-com-as-diferencas-e-um-desafio.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2016.

DE LAZARI, Rafael; GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de Direitos Humanos.** Volume único. 2ª Edição. 2015. Editora Juspodivm.

ESCOREL, Sarah. **Exclusão Social**, 2009. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/excsoc.html >. Acesso em: 15 jul. 2016.

GOTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. **Os Direitos fundamentais e sua efetividade na história constitucional brasileira.** In: Âmbito jurídico, Rio Grande, XII, nº 71, dez. 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6972&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em 19 de jul. 2016.

JUNIOR, Marcos. **Coronelismo, história e característica**. Publicado em 15 de fevereiro de 2013. Disponível em: http://www.estudopratico.com.br/coronelismo-historia-e-caracteristicas/. Acesso em: 14 de julho de 2016.

KERSTEN, Ignácio Mendez. **A Constituição do Brasil e os Direitos Humanos.**In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 22, ago. 2005. Disponível em:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=339. Acesso em 19 de jul. 2016.

PACHECO, Eliana Descovi. Direitos fundamentais e o constitucionalismo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 43, jul 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4207>. Acesso em: 18 jul. 2016.

RATTON, Helvécio. **Em nome da razão**. Grupo Novo Cinema e Associação Mineira de Saúde Mental. Minas Gerais, Barbacena, 1979. 1 vídeo áudio. Disponível em: <http://www.dailymotion.com/video/x1hjp4b_em-nome-da-razao-os-poroes-da-loucura-1979-barbacena_news>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. Ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Flávia Martins André da.**Direitos Fundamentais.** Disponível em: http://http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais. Acesso em 18 de jul. 2016.

SILVEIRA, Daniel; BOECKEL, Cristina. **Chacina da Candelária**. Publicado em 27/03/2015. Disponível em:<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/07/chacina-da-candelaria-sobrevivente-ainda-tem-pesadelos-diz-irma.html>. Acesso em: 16 de julho de 2016.

SOCIOLOGIA. **Exclusão Social**, 2015. Disponível em: <http://www.todamateria.com.br/exclusao-social/>. Acesso em: 15 jul. 2016.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva**. Um trem de doido: o**

holocausto brasileiro sob a perspectiva dos direitos humanos. Publicado em 2013. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=972494a2e9aa540c. Acesso em: 14 jul. 2016.

VALENTE, Júlia Leite. **O escopo do crime de genocídio: considerações epistemológicas sobre o massacre.** Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro. Vol. 7, nº 2, maio – agosto, 2015, p 244-260. Disponível em: http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v7n2a22015.pdf. Acesso em 18 de jul. 2016.

CAPÍTULO XIX

JUÍZES BRASILEIROS NA VANGUARDA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Eduardo Lebbos Tozzini[202]

No arquivo histórico do Conselho Federal da OAB, podemos ter uma exata noção de que com a outorga da primeira Constituição do Brasil em 1824, proporcionou-se o início da difusão de uma cultura jurídica no país- consolidando-se tal cultura por meio de dois grandes acontecimentos nacionais, tais sejam a criação dos dois primeiros cursos de direito no país em 1827, e a criação do Instituto dos Advogados do Brasil, em 1843, por intrépida atuação de dois magistrados.

Cumpre-me, a bem da história, iniciar este artigo pela sessão legislativa de 14 de junho de 1823. Na ocasião, o Deputado José Feliciano Fernandes Pinheiro, futuro Visconde de São Leopoldo, foi quem deu início a discussão da instalação do primeiro curso de ciências jurídicas no Brasil Império, tendo apresentado, nessa sessão, indicação pioneira de instalação de uma universidade no Império do Brasil: "Proponho que no Império do Brasil se crie quanto antes uma universidade pelo menos, para assento da qual parece deve ser preferida a cidade de São Paulo pelas vantagens naturais, e razões de conveniência geral.". Aqui havia preocupação entre os estadistas do império acerca da necessidade, a bem da qualidade do serviço público e da prática da justiça, em formar os operadores do direito brasileiro. De tal sorte que na proposta do Visconde previa-se "Que na faculdade de direito civil, que será sem dúvidas uma das que comporá a nova universidade, em vez de multiplicadas cadeiras de direito romano, se substituam duas, uma de direito público constitucional, outra de economia política".[203].Tem-se aqui os pilares da instrução jurídica nacional.

[202]Advogado. Monarquista. Possui graduação em Direito pela Faculdade Pitágoras de Londrina (2012). Especialista em Direito de Família e Sucessões e Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

[203] ORDEM DOS AVOGADOS DO BRASIL – Conselho Federal. Edição: História da OAB: antecedentes. Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/antecedentes.htm>. Acesso em: 07 de setembro de 2016.

O advogado Dalmo de Abreu Dallari, [204]expõe que "na realidade, foi a necessidade de assegurar a liberdade de afirmar e defender ideias e sentimentos nacionais que determinou o primeiro impulso para criação dos cursos jurídicos no Brasil. Proclamada a independência brasileira em 1822, um grupo de jovens brasileiros continuou estudando em Coimbra, mas sofrendo vexames e agressões pela simples circunstancia de serem brasileiros. Cerceados em sua liberdade de sentimento e expressão, esses jovens mandaram uma carta a José Feliciano Fernandes Pinheiro, paulista da cidade de Santos, então membro da Assembleia Nacional Constituinte do Império do Brasil, relatando-lhe as dificuldades e pedindo-lhe que trabalhasse pela criação de um curso no Brasil".

Teria sido este o motivo suficiente pelo qual o Visconde de Cachoeira se empenharia na elaboração de lei que culminará com a nacionalização da formação jurídica, e, assim, nos diz Spencer Vampré, o nobre deputado "...apresenta uma proposta a Assembleia em 14 de junho de 1823, apresentando uma justificativa contendo a seguinte afirmação: 'Uma porção escolhida da grande família brasileira, a mocidade, a quem um nobre estímulo levou a Universidade de Coimbra, geme ali debaixo dos mais duros tratamentos e opressão, não se decidindo, apesar de tudo, a interromper e a abandonar sua carreira, já incertos de como será semelhante conduta avaliada por seus pais, já desanimados por não haver ainda no Brasil institutos, onde prossigam e rematem seus encetados estudos'." [205].

Dessa forma, após os debates que se seguiram, na sessão seguinte datada de 19 de agosto de 1823, tal proposta apresentada tomou corpo de projeto de lei.

Contudo, a apresentação do projeto mencionado gerou muita polêmica. Haja vista que os parlamentares componentes da Assembleia Nacional Constituinte queriam, cada qual, criar a Universidade em seus estados. Advogaram incessantemente em prol das suas terras natais, cada um exaltando as respectivas qualidades. Montezuma saiu em defesa da Bahia. Muniz Tavares preferia Pernambuco. Silva Lisboa (Visconde de Cairú) formalizou um projeto de universidade na Corte. Outros a queriam na Paraíba e houve proposições também para Minas Gerais. Ao final, as cidades de São Paulo e Olinda seriam eleitas para receberem, respectivamente, os primeiros cursos de direito do Brasil.

1. IMPERADOR D. PEDRO I INSTITUI O PRIMEIRO CURSO JURÍDICO NO

[204] DALLARI, Dalmo de Abreu. História do direito brasileiro. 1ª Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas 2006.
[205] VAMPRÉ, Spencer *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu .*Loc. cit.*

BRASIL.

J. Bernardo Cabral, ao referir-se a importância da instrução superior no Brasil, destaca que "o argumento da maior parte dos liberais da época era ser impossível a instauração do Estado constitucional sem uma população culta".[206]A importância que se mostrou à história, por meio da aprovação imperial, do que se tornou nosso cenário jurídico nacional está explícita na lei de 11 de agosto de 1827: base da ciência jurídica nacional.

Diante de tantas conquistas do novo Brasil Imperial, principalmente no que concerne à sua ascensão e social, vem ao conforto tomar conhecimento de que o espírito liberal na escola do Largo São Francisco era predominante: estamos nos anos de ouro. Fazendo referência a esta brilhante época ele cita o professor A. Almeida Jr., que ali lecionou por várias décadas, o qual considera de especial importância a participação dos alunos, deixando muito evidente, quando faz uma síntese do que foi a vida da escola desde sua fundação até o fim do século XIX, arguindo e, imediatamente, respondendo com autoridade: "quais os mestres da instituição?" E responde: "Eram uns poucos moços excepcionais, que em suas famílias se haviam habituado a boa linguagem e as boas leituras; moços que, através de governantes e professores particulares, ou do autodidatismo, tinham aprendido o Frances e o inglês, e cuja extraordinária inteligência lhes acendia a curiosidade pelas coisas do espírito. Chamavam-se Álvares de Azevedo ou Jose Bonifácio, Pessanha Póvoa ou Couto Magalhães, Castro Alves ou Rui Barbosa, Joaquim Nabuco ou Silva Paranhos". [207]

A história que se nos é relatada acerca da gênese cultural jurídica do nosso país, guarda nos arquivos das bibliotecas importantes relatos do nosso passado, vivenciado por grandes personagens, que atuaram de forma enérgica para que nos tempos atuais pudéssemos desfrutar de toda sua grandeza. Atualmente pode-se analisar tais documentos importantes, mágicos, imergindo nos capítulos de glória e de angústia sem que, no entanto, possamos temer a insegurança de outrora. A certeza vivida pelos discentes da ciência jurídica deve-se, grandiosamente, ao relato que nos é permitido vislumbrar pelo acervo contido nos arquivos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

---

[206] CABRAL, J. Bernardo. O Advogado e a ordem constitucional. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503929174218181901.pdf>Acesso em: 7 de setembro de 2016 (Dia da Independência).
[207] ALMEIDA JR., A. Sob as Arcadas. Pg.13. *apud*Dallari, Dalmo de Abreu. 2006. *Op. Cit.* Pg. 166.

Está registrado que a criação dos cursos jurídicos, uma exigência da cultura brasileira em face da Independência do Império do Brasil, era uma decorrência inevitável da militância liberal. Em 1825, Sua Alteza Real, o Imperador, instituiria, por decreto de nove de janeiro, um curso jurídico na cidade do Rio de Janeiro, regido pelos estatutos elaborados por Luís José de Carvalho e Melo**,** Visconde da Cachoeira. Este curso, entretanto, não chegou a ser inaugurado.

Pondera-se, entretanto, que a questão foi retomada pelo Parlamento em 1826. Um projeto de nove artigos, assinado por José Cardoso Pereira de Melo, Januário da Cunha Barbosa e Antônio Ferreira França, que receberia várias emendas, transformou-se na Lei de 11 de agosto de 1827. Era o encerramento de uma ingente luta em favor da ideia semeada pelo Visconde de São Leopoldo, sob a forma de universidade, na Constituinte de 1823. Mais tarde o visconde, que teve seu nome definitivamente ligado à lei que iniciava uma fase nova na cultura nacional, faria questão de dizer que esse foi um dos momentos mais gratos de sua vida de homem público.

Os mesmos estatutos elaborados pelo Visconde da Cachoeira, por ocasião do decreto que tencionara criar o curso jurídico do Rio de Janeiro, regulariam os cursos de Olinda e São Paulo. O Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo, que começou a funcionar em 1º de março de 1828 e o Curso de javascript:MM_openBrWindow('links_internos/foto_mosteiro_saobento.htm','','scrollbars=yes,width=380,height=350')Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, inaugurado em 15 de maio de 1828, representaram marcos referenciais da nossa história, cujo propósito era a formação da elite administrativa brasileira.

É importante atentar-se que o decreto do Imperador D. Pedro I, de 9 de janeiro de 1825, criando provisoriamente o curso de direito na corte do Rio de Janeiro, e que não chegou a inaugurar tal curso, porém, sendo utilizado nos primeiros cursos de São Paulo e Olinda-PE, nos é oportuno conhecer por se tratar de um marco inicial da instrução jurídica no Brasil, bem como pelo elevado senso de probidade à coisa pública, demonstrava preocupação do monarca quanto ao "...conhecimento de Direito Natural, Público e das Gentes e das leis do Império, a fim de se poderem conseguir para o futuro magistrados hábeis e inteligentes, sendo, aliás, da maior urgência acautelar a notória falta de bacharéis formados para os lugares da Magistratura...". Tal decreto consta no arquivo histórico nacional com a rubrica de Sua Majestade Imperial.

Nossa primeira e mais duradoura Constituição - vigorou por 65 anos-, de 25 de março 1824[208], no artigo mencionado pelo decreto Imperial, que justificava a criação do primeiro curso jurídico no Brasil. Observe-se que a constituição política do império do Brasil- na época utilizava-se "z"- não possui parágrafos em sua técnica legislativa. Portanto, apesar do decreto imperial supramencionado- disponibilizado no site do Conselho Federal da OAB- referir-se a artigo 179, § 33, leia-se inciso XXXIII.

Mais tarde, após discussões acerca de emendas ao decreto imperial na Câmara dos Deputados, criou-se, em 11 de agosto de 1827, a lei que definitivamente instituiria dois Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na Cidade de São Paulo e outro na de Olinda.

Dalmo Dallari ressalta esse importante fato jurídico, dizendo que "assim, para garantia da liberdade dos estudantes, para afirmação de sentimentos e ideias nacionais e para que se eliminassem os efeitos de uma continuada opressão, nasceu o Curso de Direito de São Paulo".

Percebe-se da leitura do decreto imperial, a preocupação com a formação dos operadores do direito, a fim de serem homens inteligentes e habilidosos. O imperador faz menção, especialmente, à falta de magistrados preparados a que o novo império independente demandava, referindo-se a dificuldade que tais estudantes encontrariam em ter que se instruir em outros países que não o Brasil. Na lei que culminara com a criação definitiva dos dois primeiros cursos jurídicos, - se destaca a menção que faz o Imperador a manutenção do estatuto elaborado pelo **Visconde da Cachoeira**, evidentemente naquilo que fosse compatível com a nova lei de 11 de agosto de 1827.

1.1 A GAZETA DOS TRIBUNAIS – 1843

Com isso, tem-se ressaltado a importância de se manter os olhos da memória ao início da difusão jurídica no nosso país. Assim como uma construção predial inicia-se do fundo da terra, obrigatoriamente, para que o que se seguir possa ter sustentáculo robusto, os grandes momentos históricos da nossa estrutura jurídica devem ser rememorados. Pois assim poderemos compreender que a força, beleza e vitalidade com que vislumbramos nossas instituições jurídicas, hoje, tiveram suas estruturas muito bem elaboradas alhures.

[208] BRASIL. Império do Brazil. [*sic*] Constituição Política do Império do Brazil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 7 de setembro de 2016.

Aliás, a corroborar com a essencialidade do nosso estudo, Carlos Aurélio Mota de Souza [209] relembra que o Brasil, bem como Grécia antiga e Roma, foi instituído pelos construtores do direito - os juristas -, de modo que desde a criação imperial do primeiro curso em 1827, não se deixou mais de produzir bacharéis, os quais, ao lado dos políticos e literatos, despontaram, além de outros grandes fatos da história do Brasil, pela campanha abolicionista –com forte apoio da Família Real- avançaram com os militares da Guerra do Paraguai.

O ano de 1843 foi de grande destaque na consolidação jurídica do glorioso Brasil Imperial. A história nos mostra que vinte e um anos após nossa independência da Coroa Portuguesa, iniciara-se a pedra fundamental do que se tornaria mais tarde a organização dos advogados brasileiros.

Em janeiro do mesmo ano, o juiz Francisco Alberto Teixeira de Aragão, ministro do Supremo Tribunal de Justiça (sic erat scriptum), fundara, na "corte" do Rio de Janeiro - a Gazeta dos Tribunais. Com a intenção de divulgar à população os atos do Poder Judiciário, de forma a atrair a atenção da sociedade para decisões judiciais.[210]. O primeiro número foi lançado em 10 de janeiro de 1843[211]. Nasce, assim, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), precursor da Ordem dos Advogados do Brasil.

1.2 JUIZ FRANCISCO ALBERTO TEIXEIRA DE ARAGÃO (1799-1847) IDEALIZA A ORGANIZAÇÃO DOS ADVOGADOS COM MEIO PARA SE CHEGAR Á FELICIDADE DOS POVOS

O arquivo histórico da Ordem dos Advogados do Brasil, mantido pelo seu Conselho Federal[212], ao revelar os "antecedentes" da OAB, relembra pontos importantes de seus pilares iniciais quando faz menção a criação do periódico Gazeta dos Tribunais, doravante chamado Gazeta, nos mostra que: não somente limitou-se a intenção de divulgar os atos do Poder Judiciário, como foi mais além, utilizando a Gazeta para propagar a importância de se inaugurar no Brasil Imperial uma entidade que pudesse, na medida do possível, colaborar com os novos bacharéis de direito, formados nos pioneiros

[209] ZIMERMAN, David. (organizador) Aspectos Psicológicos na pratica jurídica. Campinas: Millenium, 2002.
[210] INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. 150 Anos de História: 1843 – 1993 p. 3. Disponível em: http://www.iabnacional.org.br/biblioteca/e-book-do-iab. Acesso: 7 de setembro de 2016.
[211] BAETA, Hermann Assis. *Passim.*
[212] OAB. Conselho Federal. *Loc. Cit.*

e recentes cursos das ciências jurídicas de São Paulo e Olinda-Pe. No momento em que houvesse maturidade política suficiente, essa entidade –IAB- forneceria as bases firmes para criação da Ordem dos Advogados.

A história registra que o Juiz Teixeira de Aragão - ministro do Supremo Tribunal de Justiça –sic-, e fundador do periódico "Gazeta dos Tribunais"- colaborou veementemente para a criação do Instituto dos Advogados Brasileiros -IAB.O primeiro artigo da *Gazeta* intitulou-se "a necessidade de uma associação de advogados". Tendo em vista que o magistrado havia sugerido a criação do Instituto dos Advogados nos moldes da entidade dos Advogados de Portugal, no dia 16 de maio de 1843 publicou os estatutos dos Advogados de Lisboa.

Pela sua Gazeta dos Tribunais, comenta Lucia Maria Paschoal Guimarães,[213] o Juiz Teixeira de Aragão "...passou a postular a fundação de uma Associação de Advogados na Corte, nos moldes da instituição similar, criada em Lisboa em 1837", (...) "justificava a pretensão, ponderando a necessidade urgente de oferecer condições mais dignas à administração da justiça, serviço que reputava de importância capital para a felicidade dos povos".Porém, para dar prosseguimento ao novel projeto de se criar na corte uma Associação de Advogados, o magistrado "convocou os bacharéis Augusto Teixeira de Freitas, Luiz Fortunato de Brito Abreu e Souza Menezes e Caetano Alberto Soares, encarregando-os de elaborar os Estatutos" [214]. Tendo sido elaborado, de forma concisa, a nova entidade recebeu o nome de Instituto dos Advogados Brasileiros. No mês subsequente iniciaram-se discussões acerca da criação do Instituto dos Advogados Brasileiros.

1.3 O INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS RECEBE APROVAÇÃO IMPERIAL DE D. PEDRO II

Em determinada reunião que ocorreu na casa do Juiz Francisco Alberto Teixeira de Aragão, um grupo de advogados ali presentes a fim de criar os estatutos do tão esperado Instituto da classe, baseando-se contundentemente nos estatutos portugueses, organizou os primeiros estatutos do Instituto dos Advogados do Brasil. O art. 2.º dos

[213] BAETA, Hermann Assist. (coord.). GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; BESSONE, Tania. A História da Ordem dos Advogados do Brasil; O IAB e os Advogados no Império. V.1. 2003. Brasília. Ed. OAB.
[214] *Passim.*

estatutos da nova instituição dispunha, no mesmo molde dos portugueses que "O fim do Instituto é organizar a Ordem dos Advogados, em proveito geral da ciência da jurisprudência".[215].

A necessidade e importância do Instituo era tão elevada que ao analisarmos a cronologia dos fatos, vislumbra-se que da divulgação dos estatutos do Instituto português no periódico, ocorrido em 16 de maio de 1843, até a aprovação pelo governo Imperial, em 7 de agosto de 1843, dos estatutos criados pelos advogados brasileiros, decorreu em pouco mais de dois meses.

Historicamente, a instalação solene ocorreu em 7 de setembro de 1843, no salão nobre do Externato do Colégio imperial Dom Pedro II, no Rio de Janeiro. O presidente Francisco Gê Acaiaba de Montezuma proferiu, na ocasião, discurso no qual justificou a criação do Instituto e a sua participação para a criação futura da Ordem dos Advogados.

Tal discurso, recitado na ocasião, situa o leitor a uma cognição ampla, principalmente quanto ao espírito que norteava os bacharéis da época que antecedeu a criação da Ordem dos Advogados do Brasil.

Esse grande momento da nossa história jurídica é relembrado pelo advogado Gladston Mamede, ao expor que os bacharéis brasileiros inspiraram-se nos acontecimentos da França, pois Napoleão Bonaparte, em 1790, destituiu corporações de oficio, inclusive a Ordem dos Advogados Franceses, e em decorrência de tal ato, desordens e invasões a palácios aconteceram. Porém, Bonaparte, curvando-se aos fatos, duas décadas depois, percebendo a importância da Ordem dos Advogados recriou-a novamente.[216] Teria sido esse fato de grande inspiração aos brasileiros.

1.4 DA FINALIDADE DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

Não obstante sua finalidade primordial fosse, de acordo com seu artigo 2º, organizar a vindoura Ordem dos Advogados, o IAB, de acordo com Eneá de Stutz e Almeida,[217]exerceu função importantíssima, pois, além de auxiliar o imperador e seus

[215] OAB. Conselho Federal. Acervo histórico digital. *Op. Cit. Seção:* Antecedentes
[216] MAMEDE, Gladston. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94), ao Regulamento Geral da Advocacia a ao Código de Ética e Disciplina da OAB. 4ª Ed. São Paulo. Atlas. 2011
[217] ALMEIDA, Eneá de.Stutz e Membro Efetivo do IAB e autora da obra "Ecos da Casa de Montezuma: o Instituto dos Advogados Brasileiros e o Pensamento Jurídico Nacional". Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/institucional/historia-da-instituicao> Acesso em: 7 de setembro (Dia da Independência) de 2016.

auxiliares imediatos, emitia pareceres de modo a efetivamente colaborar com os Tribunais nas mais importantes decisões judiciais. Era, pois, um órgão governamental, colaborando, inclusive, na elaboração de leis que viriam a governar o país.

Tendo sido o primeiro órgão de classe dos advogados no Brasil e, pelo relevo histórico-político e social pelas conquistas, as palavras de Eneá de Stutz e Almeida são contundentes a expressar as vicissitudes do Instituto dos Advogados, explicando que o IAB se caracterizaria por reunir uma elite de advogados, onde a intelectualidade seria condição inexorável aos seus dirigentes, no sentido de profissionais do Direito que pretendessem 'orientar' a ação dos colegas, "ora na direção da crítica – e muitas vezes até da oposição – ao status quo, ora na direção da reprodução da ordem vigente".

De modo que podemos compreender que desde sua criação em 1843, o Instituto dos Advogados Brasileiros tinha em seu ínterim aspirações de agremiação intelectual dos advogados. "Um corpo de homens práticos e entendidos a quem o governo pudesse consultar na organização do ordenamento jurídico do país, do qual falava José de Alencar no *Diário do Rio de Janeiro*, em 1857" [218].Onde, além de darem suporte à Sua Alteza Real, o Imperador, no que dissesse respeito às leis, mas também aos Tribunais, estavam construindo, assim, os caminhos para o que viria a ser o órgão máximo dos advogados.

Resta consignado pelo que fora exposto que o IAB, baseando-se em seus estatutos iniciais, especialmente no que concerne ao seu artigo 2º, mantém sua intrínseca relação com os rumos do aprimoramento da ciência da jurisprudência - de outrora e dos dias atuais-, e, mantendo-se atento ao aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio, "tendo como referencial a afirmação das liberdades públicas, a construção do Estado Democrático de Direito e a luta pelos direitos humanos, estes entendidos como parte dos direitos fundamentais", nas palavras de Eneá Stutz.

Nesse sentido, completa que "as características dos intelectuais seriam, assim, assimiladas pelo IAB no sentido de torná-lo a ponte entre o Estado e a sociedade civil organizada, pois os advogados membros do Instituto, de per si, dificilmente teriam condições de procurar interferir na elaboração seja das normas jurídicas, seja das políticas públicas". Eis que todo caminho por que percorreu os membros do Instituto dos Advogados, desde antes de sua criação, como se sabe, suavizou-se, diante das novas dificuldades, pela elevada inteligência de seus membros (característica ainda hoje

[218] BAETA, Hermann Assis. (Coordenador). História da ordem dos advogados do Brasil: o IAB e os advogados no império. Ed. OAB. 2003. Brasília.

mantidas). "O IAB, por sua história e por sua definição estatutária, contempla tais prerrogativas também como um horizonte de ação. Dessa maneira, reúne os requisitos necessários para estabelecer uma relação entre os juristas organizados e o Estado, ou, como diria Bobbio, uma relação entre os intelectuais e a classe política" [219].

Por fim, poderemos perceber que o IAB, por forte tradição, mantém no século XXI os moldes de sua criação de alhures. Sendo órgão de elevada cultura jurídica, mantendo-se fiel a iluminação, nos dias atuais, das ideias que lideram e norteiam nosso país. Sendo, "um defensor intransigente do Estado Democrático de Direito, da soberania nacional e dos direitos fundamentais", como cita Stutz e Almeida. De sua criação pelo nosso Imperador há quase duzentos anos, até os dias atuais, lhe prestamos nossa homenagem por ter sido precursor de nossa cultura jurídica. Bem assim, que até a presente data, o I.A.B. mantém sua Cadeira de Honra, para o Chefe do Estado ou de Governo, com a denominação D. Pedro II.

1.5 NASCE A ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

Muitas tentativas de colocarem em pratica a finalidade maior do IAB- tal fosse a criação da Ordem dos Advogados-, encontrou resistência. "Uma dezena de estudos e projetos elaborados pelo Instituto foi apresentada à apreciação do Poder Legislativo, do Ministério da Justiça e do Governo Imperial, mas todos foram detidos em sua marcha" [220].Francisco Gê Acaiaba de Montezuma exerceu a Presidência do IAB de 7 de setembro de 1843 até idos de 1851[221]- grande defensor da classe dos advogados, e "pelo seu inestimável trabalho desenvolvido em prol da dignidade da advocacia, e da defesa das Instituições Jurídicas, merece sempre a nossa lembrança, e de todos quantos operem o Direito", nas palavras de Gisela Gondin Ramos[222].

Quando faz menção ao seu memorável discurso na sessão de instalação do instituto, completa o destaque dado ao Presidente de 1843, ressaltando a expressa menção que fora feita à organização dos bacharéis, para quem, nas palavras de Montezuma, "nos países mais civilizados, os advogados constituem uma Ordem independente sustentada, e

[219]Idem, Ibidem., p. 145
[220] OAB. Conselho Federal. Acervo histórico digital. *Loco citato.*
[221] LOBO, Paulo Luis Netto. Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB. São Paulo. Saraiva, 2002. ed. 3ª
[222] RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência comentada. Florianópolis. 4ª Ed. OAB/SC. 2003.

protegida pelos poderes políticos do Estado. E, na verdade, não pode deixar de ser altamente estimada, e investida de honras, e distintos privilégios, uma profissão cujo timbre está sublimemente enunciado na epigrafe adotada por Mr. Dupin, no seu discurso de abertura das Conferencias, como Presidente: '*Toutdroit blessè trouvera parmi nous dês defenseurs*'. (todo direito aviltado encontrará entre nós seus defensores)."

Tal referência que faz a Montezuma completa-se com a definição de Ruy Sodré'[223], que se refere a tal discurso como sendo "documento básico da organização profissional do advogado". Ele enfatiza que "...o conselheiro Montezuma nos ensina a importância e o papel da Ordem, e da advocacia, ao dizer que a Ordem dos Advogados, tão antiga como o mundo civilizado, foi sempre, em todos os países enobrecida pelas mais distintas honras e preeminências em consequência de serviços que prestou sempre a Sociedade", e arremata com menção à necessidade de se olhar atentamente à garantia das liberdades individuais, eis "...Que sua posição é mais influente, e ilustre, onde as instituições políticas se apartam do regime absoluto, e são conformes com o governo representativo; Que nos países em que o povo não tem direitos políticos e é só contribuinte", e, por fim, no faz volver ao ideal do juiz Teixeira do Aragão, tal fosse a felicidade dos povos, pois "...Que em todas as Nações o Legislador tem regulado as funções do Advogado, não só pelo que representa a nobreza e direitos a ela inerentes, e de que deve gozar está profissão, como também dos deveres, que dela exige o bem-estar da Sociedade.".

Ah, o 18 de novembro de 1930...

De forma a nos esclarecer o fato de suma importância ocorrido na década de 30, o advogado Paulo Luiz Netto Lobo diz que "no dia 18 de novembro de 1930, finalmente, deu-se a criação legal da Ordem dos Advogados do Brasil, em virtude da inserção do art. 17 no Decreto n. 19.408 do Governo Provisório, que teve força de lei". Tal artigo deve-se ao autor do projeto do decreto, Desembargador André de Faria Pereira, que ao conversar com o então Ministro da Justiça, Osvaldo Aranha, recebeu a incumbência para tal[224]. Somente nesse ano, com o Decreto n. 19.408, previu-se, finalmente, a criação da Ordem, determinando a realização de estudo sobre seus estatutos[225]- observe-se, por

[223] SODRÉ, Ruy de Azevedo. Ética profissional e estatuto do advogado. Ed. LTr, 4. Ed. P.235 apud RAMOS. Loc.cit.
[224] LOBO, Paulo Luiz Netto. Op. Cit. P.225.
[225] MAMEDE, Gladston. Op.cit.

oportuno, que somente com o Decreto n. 20.784 de 1931 adotou-se o nome Ordem dos Advogados do Brasil.

Interessa-nos observar que o citado decreto tinha seu motivo em reorganizar a Corte de Apelação da Justiça local do Distrito Federal, e, não, a criação propriamente dita da OAB. A inserção se deu pelo sonho e coragem desse magistrado.

Assim, nos adverte Gisela Ramos que é justamente nesse ano, em que o Brasil passará por uma intensa revolução política, instalando-se um governo provisório, e "...exatamente neste momento histórico tão delicado, que o velho ideal de criação da Ordem dos Advogados do Brasil encontra sua melhor oportunidade". E conclui, citando Ruy Sodré, pois "foi exatamente em regime de governo discricionário, em que se aboliram as liberdades públicas e se restringiram os direitos individuais, no momento em que a insânia do poder estatal se instalava no país, nesse momento, subtraída a centralização dominante, que a Ordem dos Advogados do Brasil foi criada". De modo que, pela grande união intelectual dos magistrados e advogados da outrora *Casa de* Montezuma, passando por todas as turbulências políticas e sociais que agitaram a nação, veio finalmente à tona a esperada organização dos advogados brasileiros.

Em reunião ordinária ocorrida no Conselho Federal da OAB, em 1955, reiterou a surpresa daquele momento que seria determinante para instauração da Ordem, dizendo que "a criação da Ordem dos Advogados, naquele momento histórico, constituiu um verdadeiro milagre, em que hoje eu mesmo custo a acreditar. Em verdade, ao mesmo tempo em que a derrocada das Instituições rasgava, pela revolução vitoriosa, a Constituição e as leis, e concentrava nas mãos do ditador os três poderes constitucionais da República, ferindo o próprio Poder Judiciário, no momento em que a insânia do poder pessoal se instalava no País, com todas as agravantes do arbítrio e da violência, foram subtraídos à centralização dominante e entregues a órgãos da própria classe a disciplina e seleção de seus membros" [226].

A Ordem dos Advogados de São Paulo disponibilizou em seu sitio institucional, mais precisamente no item chamado "portal memória", no qual elucida ainda mais o episódio da inserção do artigo 17 no decreto que criou a OAB, elucidando que uma carta citada pelo advogado e historiador Alberto Venâncio Filho, onde o Desembargador André de Faria Pereira revelou:

[226] OAB. Conselho Federal. *passim.*

> "(...) levei o projeto (que viria a se tornar o decreto 19.408/30) a Osvaldo Aranha, que lhe fez uma única restrição, exatamente no artigo 17, que criava a Ordem dos Advogados, dizendo não dever a Revolução conceder privilégios, ao que ponderei que a instituição da Ordem traria ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura. A argumentação sustentada por Pereira foi convincente e o artigo 17 foi mantido no decreto, acabando por criar a OAB" [227].

O decreto n. 20.784, de 1931, aprovou o primeiro regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo responsável foi o então presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Levi Fernandes Carneiro, também eleito como primeiro presidente da Ordem dos Advogados do Brasil. O Instituto dos Advogados Brasileiros promoveu a instalação do conselho federal da OAB, aos 06 de março de 1933.

Veja-se que quase cem anos antes dessa conversa acima citada, entre o Ministro Osvaldo Aranha e André de Faria Pereira, o presidente Montezuma, nos idos de 1843, quando da inauguração do IAB, também procurou embasar sua criação definindo o que seria o papel do Instituto, ocasião em que se referiu à admiração que o monarca, Imperador D. Pedro II, nutria pelo instituto. As qualidades de Montezuma merecem o destaque de Lucia M. P. Guimarães:

> "(...) Orador de amplos recursos, para começar agradeceu o apoio e enalteceu o tratamento que o jovem monarca costumava dispensar às Letras e às Ciências ao se aproximarem do Trono Imperial[228], sublinhando assim o caráter acadêmico do Instituto. Logo em seguida, dispôs-se a enumerar as virtudes da (...) Ordem que vai ser organizada em proveito geral do estado e da Ciência da Jurisprudência, destacando-lhe a dimensão de 'utilidade pública', isto é (...) o melhor auxiliar do governo, e da Assembleia Geral, na dificílima tarefa do melhoramento da Pátria legislação, civil, administrativa, comercial e política".

É de todo oportuno ressaltar a convicção da classe dos bacharéis desde 1843, no início da organização, e quase cem anos depois, quando em 1930 finalmente, também por meio dos bons argumentos daqueles que desejavam a fortificação dos bacharéis, criou-se a Ordem dos Advogados do Brasil, estando a magistratura nacional na vanguarda dessa sólida conquista.

---

[227] Alberto Venâncio Filho, *Notícia Histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (1930-1980)*, Brasília: OAB, 1982, p.25/30. a*pud*Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de São Paulo. Portal da memória. http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/a-criacao-da-oab/.Acesso em: 10 de junho de 2012.

[228] Francisco Gê de Acaiaba e Montezuma, "Discurso proferido em 7 de setembro de 1843", *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano I, t. I, jan., fev., mar. de 1862, p. 68, *apud* Lucia Maria Paschoal Guimarães *in* BAETA, Hermann Assis, *op. cit*..

1.6 DA FINALIDADE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Com o advento do novo estatuto, cumpre ressaltar o que fora incumbida à classe dos advogados, de forma sublime. Assim, dispõe o artigo 44, I do estatuto[229] que a Ordem dos Advogados tem por finalidade (I) Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.".

Podemos compreender a essência dos advogados que nestas palavras definiu-se sua força motriz, o seu caminho, seu motivo de ser. E nas palavras do conselheiro federal da OAB, Paulo Luiz Netto Lobo[230], "a função da OAB não é indicar políticas conjunturais, porque não é o parlamento do país, mas denunciar os desvirtuamentos dos parâmetros do Estado democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, colaborando para a melhoria das instituições, inclusive com propostas político-legislativas, tendo em mente sempre as linhas estruturais da vida nacional".

São grandes as atribuições dadas à OAB e ao IAB, pois, cada ponto de suas finalidades representam imensas atitudes a nortearem sua função social. Devemos, pois, ser os estandartes desses mandamentos. E a história nos relata bem o feito de advogados que honraram e engrandeceram sua classe, seu país, como a impressionante atuação do advogado Heráclito Sobral Pinto que, "ao defender com coragem a defesa de presos políticos durante a ditadura da década de 1937, diante do Tribunal de Segurança Nacional, invocou a Lei de proteção aos animais para livrar seus clientes das prisões torturantes a que estavam submetidos" [231], conforme nos relatou o presidente da OAB Nacional, em 2003, Rubens Approbato Machado.

Ao longo da trajetória histórica dos bacharéis, desde a criação do primeiro curso jurídico no Império brasileiro que, nas palavras de Luiz Flávio Borges D'Urso[232],

[229]Estatuto da Advocacia e da OAB e Legislação complementar Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Paraná – Blumenau: Nova Letra, 2011. Pg. 77.
[230] Comentários. p. 153. *apud*Gisela Gondin Ramos
[231] OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. História da Ordem dos Advogados do Brasil: o IAB e os Advogados no Império. Coordenador Hermann Assis Baeta. Brasília. Ed. OAB. 2003. V. 1.
[232] D'URSO, Luiz Flavio Borges. Revista Jurídica Consulex. Ano X – N. 231. 31 de Agosto de 2006. P. 50 e ss.

"começava a ser escrita a história de grandeza e independência da advocacia", até o período pós-proclamação da república, percebemos inúmeras batalhas e conquistas, as quais se deram por incansável articulação dos personagens que participaram desses dois séculos da nossa história jurídica. Elucida, ainda, que "todas as grandes causas da vida brasileira (...) foram endossadas pelos bacharéis em direito". Por isso, o artigo 44 do Estatuto da Advocacia e da OAB ressalta ser sua finalidade a defesa da Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os Direitos Humanos e a **justiça social**, seguindo a vanguarda do Instituto dos Advogados Brasileiros (art. 2º do Estatuto do IAB).

Rui Barbosa, nesse diapasão, disse-nos que "todos se acham sob a proteção das leis, que, para os acusados, assenta na faculdade absoluta de combaterem a acusação, articularem a defesa, e exigirem a fidelidade à ordem processual. Esta incumbência, a tradição jurídica das mais antigas das civilizações a reservou sempre ao ministério do advogado" [233]

Com esta compreensão histórica da importância do advogado, e sua condição inarredável à sustentação dos pilares do Estado Democrático de Direito, buscando, por meio de seu nobre exercício profissional, os princípios supremos "de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacifica das controvérsias" [234], colaborando para que se atinja os elevados fins sociais da lei, fazendo, pois, resplandecer o princípio constitucional norteador da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). Nesse passo, Farah elucida a importância consolidada do advogado dizendo que "diferente de outras ciências, a advocacia acaba sendo o resultado das experiências humanas ao longo dos séculos, postas entre os homens para lhes evitar ou dirimir os conflitos". [235]

Advogados e magistrados, cada qual em sua honrosa esfera de atribuição, não necessariamente iguais, mas conscientes de que suas distintas funções formam o edifício da justiça social, aglutinando leis esparsas que se completam pelo ideal norteador da Constituição Federal, contribuindo com a solidificação da justiça. Ressalte-se que "imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles (valores vigentes), a descobrir lhes o significado e a julgar os casos

[233]AZEVEDO, Raul Livino Ventim de. Processo disciplinar e o poder punitivo da Ordem dos Advogados do Brasil Revista juridica Consulex. Ano VII. N. 163. 31 de outubro de 2003. Pg.26.
[234] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, Preâmbulo.
[235]AZEVEDO, Raul Livino Ventim de.Advocacia e responsabilidade civil do advogado. Pg 202. Revista do IASP. Ed. RT. Ano 7. n. 13. Janeiro- junho de 2004.

concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação. Esse item lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal"; o advogado, completa Ruy Sodré, "... com sua cultura, com a técnica jurídica, pode extrair das circunstancias que envolvem o caso, o que interessa ao julgamento, apresentando a defesa com mais segurança. Ele transforma os fatos em lógica, e o juiz transforma a lógica em sentença." [236]

Afinal, disse o professor Vicente Ráo, que "de fato, forçoso é convir que a simples exegese do texto ou dos precedentes judiciais, jamais formará juristas e, sim, apenas práticos do direito. A própria aplicação dos textos aos casos concretos (quando os textos das disposições obrigatórias esgotassem o conteúdo do direito) não poderia efetuar-se por modo fiel e consciente, sem a subordinação dos elementos de fato aos princípios gerais. Nem o direito conseguiria progredir em o processo crítico da verificação da correspondência, ou não, dos diversos institutos jurídicos com as situações e necessidades sociais que tais institutos visam aplicar" [237].

Não olvidemo-nos, portanto, que para atingir tal supremo desiderato, segundo o professor da Escola da Magistratura e Juiz de Direito em Londrina-PR, José Ricardo Alvarez Vianna, "O intérprete/aplicador do Direito deve, nesta empreitada, apreender a linguagem prescritiva (mensagem) contida no texto legislativo – suporte de significados – para construir, no caso em exame, a norma jurídica adequada."[238]

Aqui, neste processo dialético entre juízes e advogados, encontra-se o forjar da luta pelo direito, e, portanto, o fim supremo da ordem jurídica: a justiça social.

Diante do exposto, ao prestarmos nossa homenagem ao "Dia do Advogado", comemorado em 11 de agosto, prestamos também sincera homenagem aos Juízes brasileiros, que tem como ancestrais a grandeza dos magistrados Francisco Alberto Teixeira de Aragão e André de Faria Pereira, precursores da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Não haveremos jamais olvidar a grandeza patriótica desses magistrados que foram a base propulsora da organização jurídica do Brasil, e são, pela função social que exercem, pilares de sustentação da soberania nacional e dos direitos e garantias fundamentais.

[236] SODRÉ, Ruy. Opus citatum apud RAMOS, Gisela Gondin op. Cit.
[237] RÁO. Vicente, O Direito e a vida dos direitos, 1º vol., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1960, p. 66.
[238] VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica. Disponível em: http://www.jrav.com.br/consideracoes-iniciais-sobre-semiotica-juridica/. Acesso em: 7.9.2016 (Dia da Independência).

Afinal, somente conhecendo o passado, poderemos compreender o presente e projetar o futuro.

REFERÊNCIASBIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto. **A crise da advocacia no Brasil**. São Paulo: Alfa Ômega, 1991.

ALMEIDA, Eneá de Stutz **e. "Ecos da Casa de Montezuma: o Instituto dos Advogados Brasileiros e o Pensamento Jurídico Nacional**". Disponível em: <http://www.iabnacional.org.br/rubrique. php3?id_rubrique=2>.

AZEVEDO, Raul Livino Ventim de. **Processo disciplinar e o poder punitivo da Ordem dos Advogados do Brasil Revista juridica Consulex**. Ano VII. N. 163. 31 de outubro de 2003.

_____. **Advocacia e responsabilidade civil do advogado**. Pg 202. Revista do IASP. Ed. RT. Ano 7. N. 13. Janeiro- junho de 2004.

BAETA, Hermann Assis. (coord.), GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; BESSONE, Tania. **A História da Ordem dos Advogados do Brasil: O IAB e os Advogados no Império.** v.1. 2003. Brasília. Ed. OAB.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e da OAB e Legislação complementar**. Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Paraná – Blumenau: Nova Letra, 2011.

_____. Império do Brasil. [*sic*] **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>>.

_____. Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979 **(Lei orgânica da magistratura nacional).** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Celso de Mello. HC 68.422. **Julgamento em 19-2-1991, Primeira Turma, DJ de 15-3-1991.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf >.

CABRAL, J. Bernardo**. O Advogado e a ordem constitucional.**Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205503929174218181901.pdf>.

COUTURE, Juan Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. Porto Alegre: Fabris, 1979.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **História do direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **"A instrumentalidade do Processo",** São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1987, p. 50, *apud* GOMES, Sérgio Alves, "Os poderes do Juiz na direção e instrução do processo civil", Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1995.

DUARTE, José. **A Constituição brasileira de 1946**. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. 1948.

D´URSO, Luiz Flavio Borges. **As prerrogativas dos advogados garantem os direitos dos cidadaos**. Revista Juridica Consulex. Ano VIII. N. 183. 31 de agosto de 2004.

_____. Orgulho de ser advogado. **Revista jurídica Consulex**. Ano X – n. 231. 31 de agosto de 2006.

FARAH, Elias**. A advocacia no novo milenio. Revista do Instituo dos Advogados de Sao Paulo**. Ed. RT. Ano 8, nº 16. Julho-dezembro de 2005.

_____. **Advocacia e responsabilidade civil do advogado.** Revista do IASP. Ed. RT. Ano 7, nº 13. Janeiro - junho de 2004.

FAUSTO, Boris**. História do Brasil**. 8. Ed. São Paulo: Edusp, 2000.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS. **150 Anos de História: 1843 – 1993**. Disponível em: http://www.iabnacional.org.br/biblioteca/e-book-do-iab.

LOBO, Paulo Luís Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB. 3**. Ed. São Paulo: Saraiva 2002.

MAMEDE, Gladston. **. A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil**: comentários ao estatuto da advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94), ao regulamento geral da advocacia a ao código de ética e disciplina da OAB. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed., São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

ORDEM DOS AVOGADOS DO BRASIL – **Conselho Federal. Edição: História da OAB: antecedentes.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/historiaoab/antecedentes.htm>.

_____. Biografia de Rui Barbosa. **Centro cultural Evandro Lins e silva.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/centrocultural/biografiaRuiBarbosa.asp>.

OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **A democracia coroada – teoria política do império do Brasil** -, Ed. José Olympio, Belo Horizonte, 1954.

PINHEIRO RODRIGUES, Francisco Cesar**. Uma sugestao aos futuros dirigentes da OAB**. Revista do IASP. Ano nove. Nº 17. Janeiro-junho de 2006. Ed. RT.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência comentada**. 4. Ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

RÁO. Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**, 1º vol., Ed. Max Limonad, São Paulo, 1960.

ROSENTHAL, Sérgio. **A inviolabilidade dos escritórios de advocacia.** Revista Jurídica Consulex. Ano IX. N. 201. 31 de maio de 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Notícia histórica da ordem dos advogados do Brasil (1930-1980).**Brasília: OAB/DF, 1982.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Considerações Iniciais sobre Semiótica Jurídica.** Disponível em: http://www.jrav.com.br/consideracoes-iniciais-sobre-semiotica-juridica

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito.**23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos Psicológicos na pratica jurídica**. Campinas: Millenium, 2002.

CAPÍTULO XX

O ESTADO DE DIREITO E UMA BREVE ANÁLISE SOBRE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE STATE OF LAW AND SUMMARY STUDY ABOUT A DEMOCRATIC STATE OF LAW

Julio Cesar Reccanello Magalhães[239].

RESUMO :O presente estudo tem como focos principais o Estado de Direito e o Estado de Democrático de Direito, porém, para dar uma contextualização, aborda-se suas origens, traçando um breve histórico do modo como ele veio a surgir, as duras baixas sofridas para que chegássemos ao estágio atual do constitucionalismo pós-moderno e as suas implicações para o surgimento do Novo Direito, um direito muito mais constitucionalizado do que o que tivemos a décadas atrás. Contudo, ainda, perfazendo uma breve abordagem sobre o surgimento do Estado, qual a legitimação deste para exercer a "força".

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito; Rule of Law; Igualdade; Democracia.

ABSTRACT: This present work has principal focus the State of Law and the Democratic State of Law, thus, to give a contextualization, pass for the origins, making a brief historic that way it come born, the hard forgiven to arrive the actual status of post-modern constitutionalism and his implication to come up a New Law, a law very much constitutionalized that many decades ago. Although, still, making a summary about how the State was borning, what is it legitimation these to have the "force".

KEY-WORDS: State of Law; Rule of Law, Equality; Democratic.

239 Julio Cesar Reccanello Magalhães, bacharelando em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti, FEATI- UNIESP, no 6º período – 3º ano. E-mail: reccanello_magalhaes@hotmail.com, cel.: (43) 9970-7798.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho é realizado um breve ensaio sobre o contrato social, para trazer qual a legitimação do Estado para que este possa criar o ordenamento jurídico do Estado de Direito. Aborda-se, como tema central, o surgimento das formas do Estado de Direito – uma análise sobre este também, ainda se realiza um breve estudo acerca do Estado Social e tenta-se explanar o que vem a ser o Estado Democrático de Direito, realizando uma breve comparação deste com o Estado de Direito Democrático.

O contrato social será abordado sob o enfoque de dois dos maiores contratualistas que já existiram, John Locke e Jean Jacques Rousseau. Tenta-se defini-lo e apontar qual das vertentes pactua-se, e, o principal, demonstrar onde surge o "Estado" e quem lhe confere todos os poderes que este tem.

O Estado de Direito, de um modo sucinto, pois a frente será abordado com maior ênfase, é uma forma de organização do Estado, onde o Direito assegura que não haverá violação à lei e que está (a lei) será quem dirá o que é certo e errado, o que se pode fazer e o que não se pode, basicamente norteado pelo Princípio da Legalidade, que estatui que: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei. Tenta-se fazer uma exposição das diferentes origens, a alemã, a francesa e a anglo-saxão (usado este terno no intuito de englobar a inglesa e estadunidense).

Sobre o Estado Democrático de Direito, primeiramente, é feita uma distinção dele para com o Estado Social, após isto abordar-se a sua origem, quais os seus objetivos, tais como: a igualdade material, a participação do Estado mais como um ente prestador de serviços que um mediador. E por fim é feito um comparativo entre Estado Democrático de Direito e o Estado de Direito Democrático, apontando suas nuances e suas influências para o constitucionalismo moderno, este, o qual, hodiernamente, vive-se.

2. BREVE ENSAIO SOBRE O CONTRATO SOCIAL

A séculos os homens tentam delimitar, definir onde, por que, como surgiu o poder do Estado de legiferar, judiciar e executar. Quem concedeu este poder ao Estado. Assim, muitos filósofos, vem, a séculos, tentando definir o que vem a ser o "contrato social", neste norte tem-se como base, e o qual pactua-se do mesmo pensamento, Jean Jacques

Rousseau, que em seu livro "Du Contract Social" cria uma das maiores vertentes, se não a maior, do pensamento acerca da origem do Poder do Estado, qual a sua fundamentação, qual o instituto que legitima este poder do Estado.

Contudo, cabe dizer que não se prende somente a este filósofo, também se faz necessária a observação dos outros dois grandes contratualistas, Thomas Hobbes e John Locke, os quais escreveram obras de imenso valor histórico-filosófico que são: O Leviatã e Segundo Tratado Sobre o Governo, respectivamente.

Assim sendo, quando o homem nasce, lá no "Estado de Natureza", este ainda é livre, Locke faz grandes referências a Deus, dizendo, e citando que tudo começou em DEUS quando este criou Adão e Eva, faz até citações que o poder do "Soberano" poderia ser presumido que descendesse de Adão, Noé, todavia como provar toda esta longínqua linha sucessória, e como saber quais seriam os reais sucessores destes, pois não havia um "direito das gentes"[240], que determinasse qual é devidamente a linha sucessória, qual dos filhos de Adão e Eva deveria ser-lhe seu sucessor. Neste sentido Locke diz:

> [... é impossível que os governantes hoje existentes no mundo obtenham qualquer proveito ou derivem a menor sombra de autoridade daquilo que julgam ser a fonte de todo o poder, ou seja o domínio privado e a jurisdição paterna de Adão. (LOCKE, 2011, p.13)

Ainda, cabe dizer que Locke pontuou uma das maiores verdades, que todo o poder, todo governo (aqui entende-se que incluísse o da Lei e do Estado Moderno) deriva da força e da violência e que somente essas mantém aqueles, em suas palavras:

> Portanto, aquele que não aceita o pressuposto que todo governo no mundo seja gerado apenas pela força e pela violência, e que os homens só vivem juntos regidos pelas mesmas regras dos animais, entre os quais o mais forte domina, estabelecendo assim as bases para perpétua desordem e discórdia, tumulto, sedição e rebelião – males de que os seguidores desta hipótese tanto clamam – , terá necessariamente de descobrir outra origem para o governo ...] (LOCKE, 2011, P.14).

Contudo, em sentido um pouco diverso Rousseau diz que a força não é capaz de convalidar um governo, que, somente ela não é suficiente moralmente para legitimar e fazer com que sempre o sigam, para isto que surge o Estado, para legitimar a força do

[240] Que nada mais é que o direito civil para nós atualmente, Montesquieu usa muito este nome em seu livro "O Espírito das Leis", pois desta forma que era chamado o Direito Civil quando este vivia.

mais forte, contudo não cabe falar já sobre o Estado, pois retoma-se mais à frente, sobre a força Rousseau faz a seguinte pontuação:

> O mais forte jamais é bastante forte para ser sempre o senhor se não transformar sua força em direito e a obediência em dever. Assim é constituído o direito do mais forte, direito tomado ironicamente em aparência e realmente estabelecido em princípio. (ROUSSEAU, 2015, p.13)

Retomando ao Estado de Natureza, Locke diz que este é quando o homem encontra-se livre e em paz, em igualdade plena, onde nenhum homem tem mais que o outro, onde todos são iguais, tendo somente como: a "lei da natureza"(LOCKE, 2011, p.15) desta maneira pontua que:

> Estado também de igualdade, no qual qualquer poder e jurisdição são recíprocos, e ninguém tem mais do que qualquer outro; [...] O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou posses. (LOCKE, 2011, p.15, 16).

E por fim analisando Locke faz-se necessário citar o que ele, brilhantemente, dispõe sobre o Estado de Guerra, que diverge do estado natural, pois nesse há paz, todavia naquele há a guerra, inimizades, mas é prudente citar o que o próprio autor diz das diferenças:

> Está pois clara a diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra que, apesar de terem sido confundidos, diferem tanto um do outro como um estado de paz, boa vontade, cooperação mútua e preservação, e um estado de inimizades, malícia, violência e destruição recíproca. Quando os homens convivem segundo a razão, sem uma autoridade superior comum no mundo que possa julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, o uso da força, ou sua intenção declarada, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer instancia superior comum sobre a Terra para quem apelas, configura o estado de guerra; ...].(LOCKE, 2011, p.24).

Agora indo mais à frente, dando início a análise do contrato social, este surge quando os homens, que viviam em estado de natureza, ou de guerra como ensina Locke, se agrupam para que possam defender-se melhor, para terem uma maior proteção frente aqueles que não respeitam as leis naturais, é neste intuito de proteção, ou melhor dizendo, autoproteção que os homens tais quais os animais se agrupam.

Segundo Jean- Jacques Rousseau a primeira instituição que existe é a família, esta que é unida somente pelo amor dos pais para com os filhos e destes para com aqueles, não há nada mais que o amor para ligar as pessoas que englobam esta relação, devido a isto que os pais exercem sobre os filhos o *pátrio poder*[241]contudo quando os filhos atingem uma determinada idade estes deixam o âmbito de sua família de origem para criarem uma nova família a qual estes exerceram o poder e serão os titulares do direito. Neste sentido Rousseau preleciona da seguinte maneira:

> A família é, portanto, se quisermos, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos e nascidos todos iguais e livres somente alienam sua liberdade a favor da própria utilidade. Toda diferença consiste em que dentro da família o amor do pai pelos seus filhos o recompensa pelos cuidados que lhes dedica e, no Estado, o prazer de comandar substitui esse amor que o chefe não dedica ao seu povo. (ROUSSEAU, 2015, p.12).

Locke tem um pensamento muito similar – para não dizer o mesmo, pois sempre há divergências, mesmo que mínimas –, que a primeira sociedade política é a família, a união entre o pai a mãe e a prole, todavia Locke não cita o amor como a "argamassa" que uni estes sujeitos e sim a necessidade da sua união (do pai e da mãe) para que possam criar seus filhos, até que estes possam "alçar" voo. Indo mais à frente para não estender-se demasiadamente neste assunto, o pacto social surge da necessidade do homem, como já dito alhures, de se manter vivo, da sua necessidade de manter a sua posse (esta que decorre da necessidade da perpetuação da espécie), o seu direito sobre aquilo que produz, que colhe que amealha. Assim sendo Rousseau preleciona:

> Ora, como os seres humanos não podem engendrar novas formas, mas somente combinar e dirigir as existentes, não lhe resta outro meio para conservarem senão formar, mediante agregação, uma soma de forças que possa vencer a resistência, impulsionando-as para um só móvel e fazendo-as atuar em conjunto. (ROUSSEAU, 2015, p.20).

Mas este pacto social, ou como Rousseau chama O Contrato Social somente surge da vontade de todos, da "vontade geral" que deve ser unânime, que todos concordem em unir-se, nisto Locke diz que todos devem aceitar unir-se para formar esta sociedade, e aqueles que não desejarem esta união não deverão ser submetidos a ela, pois não

[241]Cabe citar a crítica de Locke (2011, p.43) a nomenclatura, visto que o poder dos pais não é exercido somente pelo pai e sim por ambos os cônjuges, pois ambos deram a vida a prole e ambos devem exercê-lo (o pátrio poder).

concordaram com a sua formação, assim estes mantendo-se livres, em seu estado de natureza.

Todavia, cabe dizer que aqueles que concordam na união, devem estar cientes que o descumprimento de alguma das suas regras implicará na imposição das penalidades – as quais devem ser previamente determinadas – , sujeitos ao que viria a tornar-se o Estado de Direito. Para que esta punição ocorra é necessário que a força de todos seja cedida, que todos quando consentem com o contrato social devem dispor da sua força para o todo, para o soberano (que nada mais é que a união de todos) para que este possa tomar as medidas cabíveis a coibir novas práticas de tais atos que venham a macular o contrato e prejudicar o todo. É disto que derivam as leis, do contrato social, para mantê-lo, para que o laço entre o indivíduo e o soberano esteja sempre "justo", nunca afrouxe, pois se isto ocorrer o Estado desmoronará e retorna-se ao estado de natureza ou de guerra que Locke ensina.

Para concluir esta parte cabe citar Rousseau: "Qual é o fim da associação política? É a conservação e a prosperidade de seus membros."(ROUSSEAU, 2015, p.77) Assim sendo, é neste norte, de continuar na evolução do pacto social que o Estado de Direito surge, para continuar dando a proteção ao sujeito, pois foi para isto que este abriu mão se sua soberania particular em face da soberania do soberano, para que ele esteja protegido e resguardado da ameaça de possíveis violadores do contrato social.

2. BREVE HISTÓRICO

O constitucionalismo segundo Fachin é: "Em sentido estrito, traduz uma técnica jurídica de proteção das liberdades, surgidas no final do século XVIII, permitindo aos cidadãos protegerem-se contra o arbítrio dos governos absolutistas (BULUS, 2003,p.7)." (FACHIN, 2006, p.35)

Este movimento é a tentativa de frear o poder absoluto do suserano e trazer garantias, mesmo que em um primeiro momento pareçam pequenas são grandes avanços para a humanidade, que deram, dão e darão tranquilidade ao povo. Este movimento constitucional teve vários momentos desde a antiguidade clássica até os dias de hoje, com o Neoconstitucionalismo ou o Constitucionalismo do "Por Vir".(DROMI, 1997, apud LENZA, 2014, p.70).

Na antiguidade pode-se dizer que ele teve um surgimento com as ideias dos filósofos – como Aristóteles – e o sistema de governo das cidades-estados da Grécia, pois mesmo que "primitivo" a democracia surgiu lá, com a forma como se governava Atenas e outras *polis*. Cita-se como exemplo as garantias as decisões tomadas pelo povo, pelo direito de discursar na Ágora, de defender-se frente aos tribunais (tal qual o Aerópago, o de Efetas, que eram tribunais criminais, de onde veio a surgir as bases do Tribunal do Júri). Como Lenza preleciona citando Karl Loewenstein:

> Refere o autor, ainda, mais tarde, no século V A.C., a experiência das Cidades-Estados gregas como importante exemplo de democracia constitucional, na medida em que a democracia direta, particular a elas, consagrava "... o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos". (LOEWENSTEIN, 1970, p. 155, apud LENZA, 2014, p. 67)

Era ainda um rudimento do que viria a se tornar a democracia moderna, com seu modelo sofisticado de representação e de tripartição dos poderes. Em Roma pode-se citar a: Lei das Doze Tábuas, que trazia previsões garantindo os direitos da plebe, que muitas vezes era desrespeitada pelos patrícios, então este *codex* veio com o intuito de assegurar os direitos da plebe. Nisto Fachin e Camilo ensinam que:

> Sua origem acompanha as interações do homem com a sociedade e a necessidade de proteção individual em relação aos arbítrios do Estado, examinada, inicialmente, pelo Direito Romano com a edição da Lei das Doze Tábuas, como princípio dos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão. (FACHIN, CAMILIO, 2013, p.257)

Neste mesmo sentido Ferreira Filho pontua que:

> É esta a fonte, ao menos de inspiração, de muitos institutos e ideias que amoldam o constitucionalismo moderno. Compreende experiências e lições da Antiguidade, particularmente extraídas do pensamento filosófico, ou das instituições da democracia ateniense e da república romana.(FERREIRA FILHO, 2010, p.3)

Cabe mencionar a lei que Clotário, um dos primeiros reis dos francos, fez em 560[242] que proibia que qualquer pessoa fosse condenada sem que esta fosse ouvida, assim constituindo uma grande evolução para a proteção do sujeito frente a gigantes do Estado,

[242] Isto segundo Montesquieu, no já citado livro O Espírito das Leis, 2010, p. 199

e tornando-se, assim como outras leis, um marco para o direito, para as garantias do homem, dando-lhe meios de proteger-se frente aos abusos do Príncipe.

Agora mais próximo do modo que conhecemos, temos o Constitucionalismo Inglês, que iniciou este movimento com a Magna Charta Libertatum[243] de 1215, a *Petitonof Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Actof 1679*, o *Bill of Rights* de 1689, (LENZA, 2014, p.67) entre outros documentos da mesma época que vieram com o intuito de frear e controlar os poderes e garantir que houvessem liberdades [244]"intocáveis", ou seja, os direitos fundamentais. Neste norte Fachin ensina que:

> Neste período, surgiram vários documentos que continham normas de natureza constitucional, tais como a Magna Carta (1215), a Petição de Direito(1628) e a Lei do Habeas Corpus (1679). O principal deles foi a Magna Carta, editada na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra em favor dos senhores feudais e dos barões. (FACHIN, 2006, p.36)

Já sobre os movimentos que trouxeram as maiores marcas, o americano e o francês, começando pelo americano, tivemos a independência das 13 colônias Britânicas na América, neste movimento pode-se citar a Declaração do Direitos do Estado de Massachusetts de 1780 e a Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776.

A Declaração dos Direitos do Estado de Massachusetts estatui em seu artigo XXX, *in fine*, que terá um governo de leis e não de homens, deste modo trazendo garantias necessárias aos cidadãos de um país que preze pela democracia, *ipsis litteris*:

> Article XXX.[...to the end it may be a government of laws and not of men.[245]

[243] Contudo cabe fazer um aparte neste norte, pois seguindo um ensinamento de DIDIER JR. – em seu livro Curso de Direito Processual Civil v. 1 – quando fala sobre o devido processo legal (due processo of law) que é parte inerente ao Princípio do Estado de Direito, pois este como já dito tem a função de barrar o poder ilimitado do Príncipe, pode-se citar que em 1037 d.C. com o Édito de Conrado II houve o aparecimento de um freio e um contrapeso ao poder do suserano, deste modo havendo uma barreira que deu uma proteção ao povo, nas palavras de DIDIER JR. : " no qual pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o imperador está submetido às "leis do Império"." (DIDIER JR. p. 66, 2016).

[244]Tratando da liberdade cabe citar o celebre ensinamento de Montesquieu: "A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder." (MONTESQUIEU, 2010, p.167).

[245]Artigo XXX. [...por fim, deverá ser um governo de leis e não de homens. (*tradução livre*)

Após isto tivemos a Revolução Francesa (1789), e os grandes ideais de liberdade do homem, temos grandes autores que trouxeram enormes avanços para o pensamento constitucional, tais como: o Abade Emmanuel Joseph Sieyès, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau entre tantos outros grandes nomes que influenciaram todo o pensamento moderno e pós-moderno do constitucionalismo.

4. O ESTADO DE DIREITO

No Estado de Direito – também chamado por muitos doutrinadores simplesmente de Estado Liberal – há o império das leis, como preleciona Ferreira Filho (2010, p.177) que o artigo 30 da supracitada Declaração do Direitos do Estado de Massachusetts, que apregoa: "governo de leis e não de homens".

Neste norte deseja-se que o que impere seja a vontade da comunidade, da nação, e não de duas ou três pessoas que exerçam a autodefesa – injusta – por meio de atos como a Vingança Privada, assim retornando aos tempos onde não existiam normas legais que freassem os abusos, tanto dos cidadãos comuns, quanto daqueles detentores de muitos poderes. Neste sentido cabe citar um trecho do livro Do Espírito das Leis do grande Barão de Montesquieu, que bem denota a diferença de um Estado de Direito para um estado onde o soberano seja "a lei":

> Pois é claro que numa monarquia, em que aquele que faz que as leis sejam executadas se julga acima das leis, menos virtude é necessária que num governo popular, em que aquele que faz executar as leis sente que está ele próprio submetido a elas e que carregará o seu peso. (MONTESQUIEU,2010, p.39)

Deste modo o Estado de Direitos está intimamente ligado a Teoria do *Checksand Balances*, pois de nada adianta frear o povo, as massas, se não impusermos freios também aos mandos e desmandos dos detentores dos autos cargos da administração (aqui usada em sentido amplo).

Este Estado de Direito tem várias concepções, um formal, material, substancia, cada qual dizendo respeito ao seu alcance, a sua área de atuação, neste sentido cabe citar o grande professor Chevallier:

> Desde a origem, várias concepções de Estado de Direito foram, com efeito, abordados em profundidade: o Estado de Direito será colocado ora como Estado que age por meio do direito, na forma jurídica, ora como o Estado que está submetido ao direito,

> ora ainda, como o Estado cujo direito comporta certos atributos intrínsecos; essas três versões (formal, material, substancial) desenham várias figuras possíveis, vários tipos do Estado de Direito, que não estão isentos de implicações políticas. (CHEVALLIER, 2013, p.13).

Assim sendo, pode-se observar que de um lado o Estado de Direito existe para conter o Estado, para barrar os excessos que possam ser cometidos pelo "Príncipe" contra o cidadão, para defender esse da "gigantes" do Estado; ora pode-se ver que também ele (o Estado de Direito) existe para regular os atos dos próprios particulares, para não deixar também que este violem o pacto social.

Indo além, este Estado de Direito teve várias origens, cada uma com uma concepção, com um olhar por um prisma diverso, segundo a lição do professor Ferreira Filho (2010), o *Rule of Law*[246] – de origem inglesa – trás as dimensões práticas de controle do poder dos homens, para que o império das leis venha a reger a vida do povo e a forma como a sociedade é guiada, nas palavras do supracitado jurista: "Consiste, pois, no império da *Common Law*, o direito jurisprudencial construído a partir do direito costumeiro da Inglaterra" (FERREIRA FILHO, 2010, p.178).

Segundo Chevallier o Estado de Direito não é a mesma coisa que o *Rule of Law*, pois esse é inteiramente voltado a garantia das liberdades individuais, todavia é prudente citar o que o próprio autor leciona:

> Assim concebido, o Estado de Direito contrata fortemente com a Rule of Law britânica, sistematizada por Dicey (Introduction to the Study of the Law of Constitution, 1885), inteiramente fundada com a preocupação de proteção dos direitos e liberdades individuais: o respeito à hierarquia das normas se faz com a afirmação da autoridade suprema e exclusiva da Lei (o poder absoluto do Parlamento estando, entretanto limitado pela soberania política da Nação, a existência de "convenções da Constituição" e do peso da "opinião pública"); a legislação é obrigada a apresentar um certo número de qualidades intrínsecas (generalidade, publicidade, não retroatividade, claridade, coerência, estabilidade e, em primeiro lugar, previsibilidade); enfim as liberdades individuais são postas sob a proteção dos tribunais ordinários, o princípio da igualdade diante da Lei exclui todo privilégio da jurisdição a agentes da Coroa. [...] A teoria do Estado de Direito exige mais que um Estado regido pelo direito, ...] (CHEVALLIER, 2013, p.15)

Deste ensinamento de Chevallier pode deduzir-se que o *Rule of Law* é somente um Estado regido e que tem o seu funcionamento baseado no direito, nas leis e não necessariamente que este Estado tenha proteções e garantias aos seus cidadãos.

[246] Aqui pode-se usar a denominação dada por DWORKIN, de "Law's Empire", em seu livro de mesmo título, que, em tradução livre nada mais é que: O Império das Leis.

Avançando, na Alemanha ele surgiu com a denominação de *Rechtsstaat*, nome este que teria sido dado por Johann Wilhelm Placidus em 1798, isto ainda segundo os professores Ferreira Filho e Chevallier[247]. Esta parte germânica tem muita influência e um grande aporte filosófico, com grande contribuição do pensamento filosófico de Kant, Hegel, Fichte, Ihering, Spinosa, entre outros. Aqui, cabe lembrar, também, que tivemos um desenvolvimento com uma parte estritamente jurídica, com a positivação do direito, positivação esta que nos remete ao Positivismo Jurídico, que em um primeiro momento associamos as ideias do grande jurista Hans Kelsen, contudo segundo Chevallier (2013) também devemos creditá-las ao grande jus filósofo alemão Immanuel Kant[248]. Chevallier conceitua o *Rechtsstaat*, citando Johann Wilhelm Placidus, da seguinte maneira:

> [... um Estado cuja esfera de ação é limitada pelos direitos naturais dos indivíduos (proteção da liberdade e da segurança das pessoas, defesa do direito de propriedade): essa exigência conduz a certos princípios de organização, permitindo ao Estado ser governado conforme a Razão (Verstanddessataat) – a Constituição garante os direitos do homem, a separação dos poderes, a supremacia da lei, para cuja formação os cidadãos são convidados a participar por intermédio do Parlamento (o Estado de Direito estando associado à ideia de representação nacional – Volksvertretung), governo representativo, independência dos juízes; o Rechsstaat aparece então como a condensação dos valores do liberalismo, pregada pelos teóricos do Vormäz, que militam em reação contra o Estado autoritário, (Obrigkeitsstaat), por um conjunto de reformas políticas nos Estados alemães e o advento de uma monarquia constitucional. Sucedendo ao "Estado despótico", fundado sobre a lei do mais forte e ao "Estado teocrático", repousando sobre o reinado da fé, **o Rechtsstaat, dominado pelo culto do direito, aparece como estágio supremo da evolução do Estado** (Carl ThéodorWelker 1790-1869). (CHEVALLIER, 2013, p.16).(grifos nossos).

Esta doutrina alemã prega, como já dito, a supremacia da lei, que o Estado deve seguir a lei tendo-a como guia, como linha mestra a qual não pode desviar-se, que o Estado deve sempre seguir a lei, nas palavras de CHEVALLIER:

> A doutrina do Rechtsstaat conduz, na prática, à afirmação da supremacia da lei sobre a administração: não somente ela deve se abster de agir *contra* legem, mas ainda é obrigada a agirs e cundumlegem, em virtude de uma habilitação legal (reserva da lei). (CHEVALLIER, 2013, p.18)

[247]O Professor FERREIRA FILHO em seu livro Princípios Fundamentais do Direito Constitucional, 2010; e o Professor JACQUES CHEVALLIER, em seu livro O Estado de Direito, com tradução de 2013.

[248] Sobre o positivismo de Kant que Chevallier menciona cabe citar suas palavras: "Kant introduz os germes do positivismo jurídico, que o conduz muito naturalmente a legitimar o despotismo esclarecido de um Frederico II." (CHEVALLIER, 2013, p.19)

A teoria da autolimitação que advém da doutrina alemã é a base para a limitação do Estado por ele mesmo, pois como já dito alhures, para a doutrina alemã da época o Estado e o Direito são, basicamente, a mesma coisa, assim o próprio Estado autolimita-se, impondo a ele mesmo regras a seguir. Chevallier citando Espinosa vaticina que isto ocorre porquê: " a Razão deve forçar o Estado a observar as regras que ele editou." (CHEVALLIER, 2013, P.20).

É decorrente desta construção jus filosófica alemã que, pode-se dizer, deu surgimento ao direito administrativo, pois o Estado está sujeito às leis, todavia como ele cria, ou melhor dizendo, edita, ele também pode legiferar leis para que ele mesmo cumpra, todavia isto não significa dizer que o Estado é ilimitado, mas sim que ele tem prerrogativas para editar e alterar as regras de exercício do seu poder.

Neste sentido, de que o Rechtsstaat dá bases para o surgimento do Direito Administrativo é que Chevallier preleciona da seguinte maneira:

> Essa posição específica do Estado em relação ao direito explica que ele não pode ser regido pelas mesmas regras que os simples particulares: ele deve estar sujeito a um direito especial, o direito administrativo, que repousa totalmente na ideia de autolimitação; a teoria do Rechtsstaat sustentará, assim a construção do direito administrativo, do qual Otto Mayer (1846-1924) será na Alemanha, o verdadeiro fundador. (CHEVALLIER, 2013, 21).

Deste modo, entende-se que o Estado necessite de um direito diferenciado pelo fato de que ele reúne a soberania de todos, assim deve-se ter um maior controle sobre os seus atos, sobre as suas funções. Pois assim, como hodiernamente, o princípio da legalidade autoriza que os particulares, os cidadãos pratiquem todos os atos que a lei não os proíba, enquanto a administração pública somente pode realizar os atos que a lei a autorize praticar.

Entende-se que isto ocorra, pois como já dito acima, para proteger a res publica, porque com o que pertence a todos deve-se ter um maior cuidado, uma maior cautela no trato. Segundo Ihering (apud CHEVALLIER, 2013, p.21) o Estado tem grande interesse em cumprir o direito, vez que ele (o ordenamento jurídico) será mais respeitado se quem o cria – ou que o é (seguindo o pensamento alemão já exposto) – o segue também. Devemos ressaltar que no sistema jurídico alemão o Estado pode ser julgado também pela justiça "comum" (ou melhor dizendo, usando de exemplo o atual ordenamento jurídico brasileiro, seria o Estado ser julgado pelo Poder Judiciário) o que não ocorre no sistema

francês, todavia não nos cabe falar já do sistema francês, pois falaremos deste em momento oportuno.

Indo a frente umas das maiores se não a maior influência para o constitucionalismo moderno, que é o movimento francês, com este movimento, banhado de uma imensa produção intelectual, filosófica e jurídica, surgiu a maior defesa do ser humano, seguindo um caminho que vinha sendo trilhado pelas ciências. Pois na versão inglesa-americana apenas visava-se as liberdades, ou melhor dizendo, pretendia-se apenas barrar os poderes do "Príncipe" assim limitando os poderes estatais garantindo maior autonomia ao homem[249]. Na germânica, como já dito, eles desenvolveram grande parte da filosofia por trás deste instituto, todavia se preocuparam demasiadamente com a parte jurídica, mas em especial com a positivação do direito.

Retornando a teoria francesa, temos o État de droit[250],que em tradução literal, nada mais é que o já supra citado Estado de Direito, da mesma fórmula Alemã do Rechtsstaat – chamada em italiano de Stato di Diritto, em espanhol de Estado de Derecho – porém com uma nascente mais voltada para a política, para a representação[251] do povo, para as formas como deveriam ser exercidas a democracia, se direita, se semidireta; as diferenças entre a representação-imputação e a representação-expressão; a forma como se daria a representação do povo pelos seus representantes, se estes deveriam seguir estritamente a

[249] Aqui cabe fazer uma menção ao ensinamento do Professor Rodrigo Perés Lisicic, professor da Universidade do Atacama no Chile, no 4º Simpósio Internacional de Direito Constitucional da FEATI-UNIESP no dia 27 de abril 2016, onde ele realizou uma diferenciação entre o movimento constitucional Norte-Americano e o Francês, dizendo que o movimento constitucional francês veio com o intuito de romper com um sistema de governo autoritário, monárquico e criar a ordem legal-constitucional pautada pela Legalidade, já o movimento americano veio no intuito de pedir\reivindicar para si autonomia frente ao Reino Unido, pois no Reino Unido já existia o "Rule of Law" e os americanos apenas o reivindicavam para si na aplicação de impostos, impostos estes que haviam sido aplicados arbitrariamente pelo Rei, diferentemente da França, onde não existia até então o Estado de Direito, onde o Rei era a lei. Aqui, o autor, gostaria de lembrar a frase de Luís XIV: "L'État c'est moi".Neste mesmo sentido cabe citar a lição do iminente professor Chevallier sobre o surgimento do "Estado de Direito" francês: "Os revolucionários tinham por ambição reconstruir o sistema jurídico sobre as bases inteiramente novas: ...]" (CHEVALLIER, 2013, p.24)

[250]Cabe citar o que DERRIDA fala, que uma das primeiras leis de um país, uma das que o torna país é a lei que unifica o seu idioma, pois esta faz com que todos compreendam a todos, que todos entendam os comandos legais e ele a considera umas das leis fundadoras de um país, dizendo o seguinte: "Como se sabe, em numerosos países, no passado como ainda hoje, uma das violências fundadoras a lei ou da imposição do direito estatal consistiu em impor uma língua a minorias nacionais ou étnicas reagrupadas pelo Estado. Foi o caso na França, pelo menos duas vezes, primeiro quando o decreto de Villers - Cotteret consolidou a unidade do Estado monárquico, impondo o francês como língua jurídico- administrativa e proibindo o latim, [...] O segundo grande momento da imposição foi a Revolução Francesa, quando a unificação linguística adotou por vezes as formas pedagógicas mais repressivas, pelo menos as mais autoritárias." (DERRIDA, 2010, p.40).

[251] A qual ROUSSEAU tem grande destaque, pois tratou da representação do povo em seu livro: O Contrato Social.

vontade somente dos seus eleitores\mandatários; como dar-se-ia a prestação de contas dos atos dos mandatários para os mandantes.

Contudo, faz-se necessário primeiramente ressaltar que o sistema francês não é propriamente um Estado de Direito, mas sim um Estado Legal, isto segundo Jacques Chevallier que cita iminente doutrinador Carré de Malberg (o qual é um dos maiores doutrinadores do Direito Constitucional e da Teoria do Estado). Desta forma o Estado Legal seria: " uma "concepção política tendo ligação com a organização fundamental dos poderes" e tende "puramente a garantir a supremacia do corpo legislativo".(CHEVALLIER, 2013, p.27 e 28). Assim sendo Chevallier preleciona da seguinte maneira:

> Para Carré de Malberg, a França não aplicaria o regime de Estado de Direito, mas "o sistema de Estado legal", que se diferencia ao menos em dois pontos essenciais: de uma parte a lei não é somente o limite da atividade administrativa, mas também sua "condição", a função administrativa se reconduzindo à execução das leis; de outra parte **o** primado da Constituição sobre a lei, não é garantida uma vez que isto não pode ser objeto de nenhum recurso. (CHEVALLIER, 2013, p.27) (grifos nossos).

Atribui-se a falta de garantida do primado da Constituição sobre as leis comuns a doutrina criada por Jean-Jacques Rousseau, de que toda a lei que deriva da vontade do povo, que todo ato o qual é produzido a partir da vontade geral deve ser considerado como valido, assim se o parlamento\congresso\assembleia ou qualquer outro órgão que tenha competência para legiferar com base no poder do soberano (relembrando que, em suma, o soberano para Rousseau é a união de todo o "povo" que abdica da sua soberania particular em favor da soberania da Nação) venha a editar uma lei que vá contra a *Lex Legum*, este não poderá ser contido, ser reformado o ato ou declarado inválido pelo poder judiciário, tal como ocorrer atualmente no sistema jurídico brasileiro. Pois tal ato decorreu de uma vontade do povo, a qual não pode ser contida, isto seguindo o pensamento do contrato social. Destarte, Jacques Chevallier, citando Rousseau, preleciona da seguinte maneira:

> Essa onipotência parlamentar foi favorecida pela representação da lei que, idealizada sob a influência de Rousseau, levou-a a Revolução: encarnação da Verdade, da Razão, da Justiça, a lei é concebida como um ato incontestável e sagrado, cujo legítimo fundamento não poderia ser colocado em dúvida. (CHEVALLIER, 2013, p.28).

Sobre o sistema de controle francês devemos fazer ressalvas, pois o sistema francês difere do sistema alemão e do sistema inglês; ele adota o chamado contencioso administrativo; diferentemente o alemão, já tratado alhures, adota um sistema em que o Estado\Administração está também subordinado aos administrativo, ou seja, aqueles existente no seio da própria administração e também está adstrito aos tribunais comuns; assim o francês é basicamente o oposto, vez que a administração está somente vincula aos tribunais administrativos, o que entende-se não ser tão benéfico para a *res publica*, e, ainda , infere-se que isto macule a teoria da Separação dos Poderes do grande Montesquieu, destarte prejudicando o controle de um poder pelo outro. Sobre o tema Chevallier ensina que:

> A realização do Estado de Direito não passará, pois, na França pela submissão da administração ao direito comum, mas pela construção de uma ordem jurisdicional em seu seio: será preciso, entretanto perto de um século para que o "princípio de separação da jurisdição administrativa e da administração ativa"(J. Chevallier, LGDJ, 1970) torne-se efetivo, pela outorga de reais garantias de independência aos juízes administrativos – o que explicam as críticas de Gneist, por outros motivos favoráveis à instituição de uma jurisdição especializada, que se endereçará ao sistema francês. (CHEVALLIER, 2013, p.27).

Porém, isto não trazia a igualdade de que os homens precisavam, ele apenas garantia que todas as pessoas estariam cobertas pela lei, que ela alcançaria a todos sem distinções. O Estado de Direito, continha, em seu bojo, uma igualdade formal, pois, como já dito, ele apenas assegurava que a lei alcançaria a todos. Neste sentido Capez, em brilhante ensinamento, preleciona que:

> Embora configurasse relevantíssimo avanço no combate ao arbítrio do absolutismo monárquico, a expressão "Estado de Direito" ainda carecia de conteúdo social
> Pela concepção jurídico-positivista do liberalismo burguês, ungida da necessidade de normas objetivas inflexíveis, como único mecanismo para conter o arbítrio do Absolutismo monárquico, considerava-se direito apenas aquilo que se encontrava formalmente disposto no ordenamento legal, sendo desnecessário qualquer juízo de valor acerca do seu conteúdo. (CAPEZ, 2005, p.5)

Destarte, este instituto jurídico tinha como intenção a proteção da primeira geração, ou como alguns juristas preferem, dimensão dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, a "Liberdade", que era o primeiro lema da revolução francesa. Este adveio no intuito de somente barrar as atrocidades cometidas pelo "Príncipe" pela falta de instrumento legal que o barrasse. Deste modo o Estado de Direito somente garantia a

igualdade formal, estabelecendo regras iguais para todos, mas não dando iguais meios para que estes alcançassem a igualdade.

Tratando desta ausência de igualdade, Montesquieu quando trata do luxo ele vaticina da seguinte maneira:

> O luxo é sempre proporcional à desigualdade das riquezas. Se, num Estado, as riquezas forem igualmente divididas, não haverá luxo, pois este se baseia apenas nas comodidades obtidas com o trabalho de outro.
> Para que as riquezas permaneçam divididas igualmente, é preciso que a lei só dê a cada um o necessário físico. Se for além disso, uns gastarão, outros adquirirão e se estabelecerá a desigualdade. (MONTESQUIEU, 2010, p.111)

Quando Montesquieu trata da "apropriação do trabalho de outro" ele está se referindo a, que mais tarde veio a ser chamado por Karl Marx de, "Mais Valia", ou seja, em suma, a apropriação do trabalho do proletariado pela burguesia. Deste modo, que o Estado de Direito não traria formas de conter esta apropriação, pois ele não interviria na propriedade privada, ele estaria adstrito somente à função de barrar a atrocidades, atrocidades estas cometidas tanto pelo Estado – como Suserano, pelo "Príncipe" tanto como as cometidas pelos homens comuns do povo.

Assim sendo é que se diz que o Estado de Direito pode muito bem coexistir com um regime totalitário, em um regime ditatorial onde não haja democracia, pois Estado de Direito não, ressalta-se que não é garantia de existência da democracia, muito menos a existência de direitos humanos, de direitos sociais, consubstanciando este pensamento, é pertinente citar uma lição de Montesquieu:

> Pode acontecer de a constituição ser livre e o cidadão, não. O cidadão ser livre, e a constituição, não. Nesses casos, a constituição será livre de direito, e não de fato; o cidadão será livre de fato, e não de direito. (MONTESQUIEU, 2010, p.198).

É com este pensamento que se usa de exemplo a Alemanha Nazista, a qual era um estado de direito, que vivia sob a égide de certas e determinadas leis, onde sabia-se quais seriam as punições aos crimes, mas o mesmo Estado de Direito que previa tudo isto era aquele onde ele autorizava as atrocidades cometidas nos campos de concentração, que autorizou as experiências desumanas praticadas contra a humanidade, que permitiu que toda a barbárie de uma crença higienista e xenofóbica ascendesse e perdurasse durante anos em um país o qual era um dos mais desenvolvido e com um dos maiores capitais intelectuais do mundo.

Mas para mudar isto é que o direito evolui, como a sociedade que se transmuta a cada dia, que se reinventando cria formas de ultrapassar estes pensamentos e buscar uma sociedade melhor.

5. BREVE ANÁLISE DO ESTADO SOCIAL

Primeiramente, antes de começar a falar do Estado Democrático de Direito, propriamente dito, é necessário que se faça algumas pontuações, a fim de que não o confundam com o Estado Social – também chamado de Estado Social de Direito[252] por autores como SILVA – pois esse tem influências no Estado Democrático de Direito, mas segundo alguns autores não são sinônimos. Assim sendo o Estado Social é uma evolução do Estado de Direito, ele veio após este na tentativa de trazer maiores garantias, visando proporcionar ao cidadão "uma maior participação social" por meio da inclusão. Todavia, este regime – "forma de Estado", segundo SILVA (1988, p.19)poderia ser usado para encobrir uma ditadura do capitalismo, sendo que ele foi usado para encobrir regimes totalitários e assim legitimando para que os "soberanos" permanecessem no poder. Em suas palavras:

> Ainda que institucionalizado no chamado Estado social de Direito, permanece sempre sob este – representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos – essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e a utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial, visando evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista. (SILVA, 1988, p.19)

Contudo, segundo José Afonso da Silva (1988, p.19) se o "social" viesse a qualificar o Direito e não o Estado, desta forma: Estado de Direito Social, seria uma maneira de contornar um pouco o problema do Estado Social, pois assim o Estado seria um Estado de Direito que respeitaria o princípio da Legalidade e demais princípios, e o Direito seria Social, assim evitando abusos e outras violações, mas mantendo um caráter social ao Estado.

6. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

[252]SILVA, José Afonso da. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. R. Dir. adm., Rio de Janeiro, 1988.

Agora analisando o Estado de Democrático de Direito, o qual é uma evolução do Estado de Direito somado a partes de grande valia do Estado Social e que como preleciona Silva:

> Dessa forma, e sem querer chegar com isso apressadamente 'à grande síntese final' ou a qualquer outra forma de 'culminação da História' (isto deve ficar bem claro), cabe dizer que o Estado democrático de Direito aparece como a fórmula institucional em que atualmente, e sobretudo para um futuro próximo, pode vir a concretizar o processo de convergência em que podem ir concorrendo as concepções atuais da democracia e do socialismo.(SILVA, 1988, p.22)

Deste modo o Estado Democrático de Direito – também chamado de Estado Democrático Social de Direito por Araújo e Nunes Junior (2005, p.93), de Estado Social de Direito por Kildare Carvalho – é aquele onde além de haver o "Freio e o Contrapeso" aos poderes do Estado há também uma preocupação com o cidadão, pensando nele como um sujeito de direitos. Em um de seus ensinamentos Ferreira Filho (2010, p.180) ensina que a expressão Estado Democrático de Direito "... foi cunhada pelo espanhol Elias Dias com um sentido preciso: o de um Estado de transição para o socialismo"(FERREIRA FILHO, 2010, p.180)[253], todavia quando se analisa a prática, pode-se notar que esta expressão perdeu um pouco do seu sentido original, passando somente a designarum Estado que seja pautado pela Democracia e que todos os princípios do Estado Democrático alcancem o Direito, pautando-o pelo princípio da legalidade trazido pelo Estado de Direito, com "deveres sociais" – estes que são os influências do *Welfare State*, no Estado de Direito – do Estado para com o cidadão.

Deste modo cabe ressaltar o que vem a ser a expressão "bem-estar social", ela acrescenta uma intenção social ao estado, de garantir que todos sejam iguais de verdade, que não haja diferenças, assim como já dito, garantindo a igualdade material, sobre isto CARVALHO (2010, p.91) preleciona que: "O Estado social de direito vem, portanto, "superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social" ".

Com isto temos agora o alcance da segunda geração dos direitos e garantias fundamentais, a igualdade, está que é fundamental para que se atinja um Estado Democrático. Este, o Estado Democrático de Direito, diverge do anterior, Estado de

253 Contudo, seguindo o ensinamento de CARAVALHO (2010, p.91), não se pode confundir o Estado Democrático de Direito – ou Estado Social de Direito – com os Estado Socialistas, onde há a coletividade dos meios de produção, nas suas palavras: "Não se confunde, assim, com o Estado socialista, este, sim, baseado na coletividade dos meios de produção e, no domínio político, na chamada ditadura do proletariado e numa concepção transpersonalista dos direitos fundamentais, bem como no regime de partido único, apresentando-se, então, como Estado totalitário."(CARAVALHO, 2010, p.91)

Direito, em alguns pontos, todavia quando se estuda atentamente o Direito Constitucional e a Teoria Geral do Estado pode-se notar que tem uma grande diferença, no outro apenas usava-se a lei para barrar o poder, já neste além de barrar o poder a lei vem garantir uma igualdade material[254], dando assim direito iguais para todos, não apenas na letra da lei, e sim na aplicação, não deixando que ela seja apenas letra morta, inócua. Contudo ele não deixa o caminho livre, assim como no Estado Social de Direito, para que haja governos totalitários, que usem da forma do Estado para se legitimarem, pois este qualifica o Estado como Democrático, assim não havendo espaço para governos antidemocráticos. Sobre esta diferenciação cabe citar o ensinamento de Agustín Gordillo:

> "A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e o Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios" (GORDILLO, apud ARAÚJO e NUNES JUNIOR, 2005, p.94)

Agora Capez tratando do Estado Democrático de Direito preleciona que:

> Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; ...] (CAPEZ, 2005, p.6)

Cabe destacar que esta forma de estado a qual veio a aparecer uma das primeiras vezes na Constituição de Weimar de 1919, na Constituição Mexicana de 1917[255], as quais pode-se dizer que foram as primeiras a trazer esta parte social, este poder\dever do Estado

[254] Neste norte cabe pontuar uma pequena parte do que o grande filósofo iluminista Montesquieu disse sobre a igualdade: "No estado de natureza, nascem os homens na igualdade: mas não podem nela permanecer. A sociedade faz que a percam, e só voltam a ser igual pelas leis." (MONTESQUIEU, 2010, 129), por este motivo se faz tão necessária a "ajuda", a mão do Estado para promover o equilíbrio da balança da justiça, assim não deixando esta livre para que penda para o lado do "mais forte".

[255] Sobre o seu surgimento CARVALHO, Kildare Gonçalves, ensina que: "Disso são exemplos as Constituições do México de 1917, e da Alemanha de 1919, Polônia e Iugoslávia de 1921. Os textos constitucionais deixam de ser breves para se alongarem: são as Constituições analíticas, que se sucedem às Constituições breves." (CARVALHO, 2010, p.91)

de não somente frear o poder, mas também de trazer proteções e garantias reais, propiciando formas de dar a tão sonhada igualdade real, material aos cidadãos, assim efetivando o princípio da isonomia, da igualdade, mas está sendo real, como pontua Rui Barbosa:

> A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (BARBOSA, 1999, p.26)

Neste mesmo sentido, cabe pontuar o que disse Montesquieu acerca da igualdade:

> Tão distante está o céu da terra quanto o verdadeiro espírito de igualdade está no espírito de igualdade externa. O primeiro não consiste em fazer que todos comandem ou que ninguém seja comandado; mas em obedecer e em comandar igual. Não procura não ter senhor, mas só ter iguais por senhor. (MONTESQUIEU, 2010, p.129).[256]

Ainda é pertinente citar o que Jean-Jacques Rousseau vaticina acerca da igualdade quando trata da vontade geral, dizendo desta forma:

> O que prova que a igualdade de direito e a noção de justiça que ela produz derivam da preferência que cada um se outorga e, consequentemente, da natureza do homem, que a vontade geral para ser verdadeiramente deve sê-lo no seu objeto bem como em sua essência, que deve partir de todos para se aplicar a todos e que perde sua retidão natural quando tende para algum objeto individual e determinado; porque no momento em que julgamos aquilo que nos é estranho não dispomos de nenhum princípio de equidade que nos guie. (ROUSSEAU, 2015, p.33)

E é com este intuito que o Estado Democrático de Direito veio a surgir, para promover a igualdade[257] entre os sujeitos, para que seja assegurado o direito de todos serem igual, desde o mais rico até o mais pobre. É para isto que, com o advento desse novo Estado – um estado mais atuante, que não somente visa frear o poder como no

[256]É pertinente salientar que a Magna Charta Libertatum de 1215 já trazia um sinal desta igualdade material, quando em seu artigo 39 dizia que um homem só poderia ser despojado de seus bens liberdades, entre outras coisas depois de julgado por seus pares, como Greco cita o artigo, ipisis literis : "Art. 39: Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País". (GRECO, 2006, p.99)

[257] Segundo Montesquieu (p.91) nos governos republicanos todos são iguais, pois o povo é tudo em um governo assim, em suas palavras: "Os homens são todos iguais nos governos republicanos; são iguais nos governos despóticos: no primeiro, porque são tudo; no segundo, porque não são nada." (2010, p.91).

Estado de Direito – são prestados os serviços públicos, para igualar os cidadãos, dando, "ao menos em teoria", iguais direitos de acesso a, *exempli gratia:* educação, saúde, etc. visando assim incluir a todos na sociedade. Sobre esta transmutação de um Estado Liberal Absenteísta para o Democrático de Direito é pertinente citar o que ensina Carvalho:

> A intervenção do Estado nos domínios social e econômico, em ambiente político onde têm significado especial a doutrina social da Igreja e a radicalização da ideologia marxista como resposta às questões sociais do entre guerras, acarretou a crise do Estado Liberal, que se revelou insuficiente para o atendimento das reivindicações sociais dos trabalhadores. O Estado absenteísta torna-se, então, atuante. De arbitro transforma-se em agente criador de serviços, mediante a prestação de inúmeras atividades sociais. (CARVALHO, 2010, p.90)

Destarte, é com este intuito de criar uma sociedade justa e igualitária, que o estado foi se transformando, e ainda se transforma todos os dias, pois o direito e a sociedade jamais param de evoluir e se transformar, até atingir o atual estágio do nosso constitucionalismo, um constitucionalismo mais atuante, presente em toda a sociedade, sendo, o que desde o início, a constituição deveria ter sido, a base de todo o ordenamento jurídico, ou como ensinou o ilustre jurista alemão Hans Kelsen que a constituição é o ápice da pirâmide hierárquica, atuando como uma fonte da lei infraconstitucional e de todo o ordenamento jurídico de um Estado.

E como norma suprema que a Constituição é, se as garantias sociais estiverem prevista nela, assim como estão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – chamada de constituição cidadã – serão muito mais cogentes, devendo e tendo uma maior aplicabilidade, ou ao menos uma maior força para que se faça cumprir.

7. A DIFERENÇA QUE FERREIRA FILHO FAZ ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ESTADO DE DIREITO DE MOCRÁTICO[258]

Para o grande constitucionalista brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho, há uma grande diferença entre o Estado Democrático de Direito e o Estado de Direito Democrático, pois no primeiro, que como alhures já dito, o Estado Democrático de

[258] Cabe dizer que a Lei Fundamental Alemã de 1949, traz ainda um quarta forma –a primeira seria o Estado de Direito, a segunda o Estado de Direito Democrático, a terceira o Estado Democrático de Direito – a qual é o "Estado de Direito republicano, democrático e social", isto na intenção\tentativa de barrar um Estado de Direito puramente legalista, assim evitando atrocidades como as cometidas pelo regime Nazista, que contudo estava cumprindo a lei vigente a época.

Direito tem uma orientação Socialista, vez que ele seria uma forma de estado de transição entre o capitalismo e um regime socialista. Contudo este sentido já se perdeu, pois como adotado no Brasil, pode o constituinte ter adotado com este intuito, todavia se está era a intenção ela perdeu-se com o passar do tempo, pois como sabe-se o Brasil é um Estado Capitalista, além do que aqui há a qualificação do Estado como Democrático e não o Direito. Já o Estado de Direito Democrático, nas palavras do próprio Ferreira Filho é:

> Com a qualificação do direito, e não do Estado, como Democrático, parece ter sido intenção dos constituintes vinculá-lo ao princípio da soberania popular. De fato, as Constituições portuguesa e espanhola também sucederam a regimes "ditatoriais", embora não totalitários. (FERREIRA FILHO, 2010, p.179)

Deste modo, pode-se notar que há uma diferenciação, por menor que seja, pois no primeiro ele tem uma intenção, vem com um intuito, que é: além de barrar as arbitrariedades e exercícios da força do mais forte é o de estabelece um Estado igualitário, com direitos sociais, mas que dirigir-se-á um sistema econômico, o qual é o Socialismo, já pré-determinado pela Carta Constitucional, assim sendo uma norma constitucional.

Do outro lado, temos o Estado de Direito Democrático, que traz em seu bojo elementos doWelfare-State, mas que delimita que o direito será democrático, que no exercício do direito haverá democracia, pois como já dito alhures, e muito bem preleciona José Afonso da Silva(1988, p.19): "[... que o Estado Social pode se compadecer com regimes antagônicos...]. Mas sendo uma forma de estado que não traz, em sua lei maior, um fim, um regime econômico que será seguido pelo estado.

CONCLUSÃO

Diante do breve estudo realizado, levando em consideração tudo o que foi exposto, pode-se pontuar algumas considerações importantes, tais como: que o Estado de Direito tem muitas origens, estas muito diversas, porém todas contribuíram demasiadamente para que pudéssemos atingir o ponto ao qual chegamos do nosso ordenamento jurídico, tanto nacional quanto global. Pode-se notar que hoje o que predomina é o Estado de Direito Democrático, contudo os países mais desenvolvidos, se observarmos a sua política econômica nota-se que estes estão em um caminho de transição do capitalismo, para não sei se assim podemos dizer com certeza, para um estado igualitário, similar ao socialismo.

Mas a principal, e maior vitória do Estado Democrático de Direito é dar a igualdade material a todos os cidadãos de um país, pois somente assim uma nação pode, verdadeiramente, atingir o seu ápice, pois só quando todos, tiverem iguais oportunidades e garantias de que os seus direitos não serão violados é que atingiremos o nosso objetivo que é uma sociedade, que siga o lega da Revolução Francesa: *Liberté,* Egalité, Fraternité.

Seguindo este norte é que o ordenamento jurídico nacional veio, nos últimos anos, em especial após a promulgação da constituição cidadã, a tornar-se muito mais um Estado Constitucional, onde impere sobre tudo e sobre todos a Carta Constitucional, não sendo objeto apenas de estudo e sim de aplicação, devendo esta guiar os passos do Estado, dando um caminho que será trilhado: pelas leis a serem editadas, e que as anteriores respeitem a carta magna – pois se não o fizerem devem não serem recepcionadas; pelos Governantes que devem respeitar e prezar pela aplicação do texto constitucional o tornando norma viva; pelos governados, ou seja, pelo povo que deve participar da democracia interpretando também a Constituição, seguindo a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição[259], deste modo criando um Sistema Constitucional Popular e que o Judiciário como última instância de poder preze, sempre, pela aplicação da Constituição, em sua totalidade e respeitando os Princípios Constitucionais, como norma fundamental do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL.** 9ª edição. Editora Saraiva, 2005.

BARBOSA, Rui. **ORAÇÃO AOS MOÇOS.** 5ª. ed. Rio de Janeiro. Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. Edição Popular Anotada por Adriano da Gama Kury.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **DIREITO CONSTITUCIONAL: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 16ª. ed. ver., atual. E ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

[259] Que Peter Häberle defende em um dos seus livros, Hermenêutica Constitucional. A sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição.

CHEVALLIER, Jacques. **O ESTADO DE DIREITO.** Tradução: Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DERRIDA, Jacques. **FORÇA DA LEI. O fundamento místico da autoridade.** Tradução: Leyla Perrone-Moisés. 2. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DIDIER JR. Fredie. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.**18ª.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **LAW'S EMPIRE.**The Belknap Press of Harvard University Press.Cambridge, Massachusetts, 1986.

FACHIN, Zulmar. **TEORIA GERAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL.** Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FACHIN, Zulmar. **CAMILO**, Andryelle. **DIREITOS FUNDAMENTAIS: Algumas Reflexões.SIQUEIRA**, Dirceu Pereira. **KAZMIERCZAK**, Luiz Fernando. (Organizadores). **ESTUDOS CONTEMPORÂNES DE DIREITOS HUMANOS**. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONSTITUCIONAL: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, principalmente, do direito positivo brasileiro.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. **CURSO DE DIREITO PENAL, parte geral.** 6. Ed. Niterói: Impetus, 2006.

HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**. A sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição. 2002.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO.** 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOCKE, John. **SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO.** Tradução: Alex Marins. 1. reimpressão São Paulo – SP: Martin Claret, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689- 1755. **DO ESPÍRITO DAS LEIS**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. **O CONTRATO SOCIAL, Princípios do Direito Político.** Tradução: Edson Bini. – Bauru, SP: EDIPRO, 2. Ed. 2015.

SILVA, José Afonso da.**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. R. Dir. adm., Rio de Janeiro, 1988.