INCLUSÃO SOCIAL:

LIBERDADES, HISTÓRIA E CONTROLE SOCIAL:

VOLUME 1B

ORGANIZADORES

ILTON GARCIA DE SOUZA
EVERSON APARECIDO CONTELLI
NIVALDO FERNANDES GUALDA JUNIOR

COORDENADORES

PABLO RODRIGO FRANCA
WALMIR GERALDE
RENAN CAUÊ MIRANDA PUGLIESI

AUTORES

ALLAN CÉSAR DE ARRUDA
ANA CAROLINA DAL PONTE AIDAR
ANA CRISTINA LEMOS ROQUE
ANTÔNIO SÉRGIO CORDEIRO PIEDADE
BRENDA CAROLINE QUERINO SILVA
BRUNNA RABELO SANTIAGO
BRUNO HENRIQUE MORAIS DE OLIVEIRA
BRUNO MELO MOURA
CAIO VINÍCIUS ROLDÃO AGARIE
CHRISTIANE RABELO BRITO
DANIELLE REGINA BARTELLI VICENTINI
ELIEL BATISTA MIRANDA JÚNIOR
EMILY CORAL FERNANDES SOMENZARI
FABIANA POLICAN CIENA
FERNANDO FLORES FANAIA
GUILHERME ALVES DOS SANTOS
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO
ILTON GARCIA DA COSTA
JAIME DOMINGUES BRITO
JOSÉ GOMES DE BRITTO NETO
JÚLIA NATÁLIA ARAÚJO SANTOS
LAERTY MORELIN BERNARDINO
LAYANA MARA LAITER MARTINS
LAYSA MARIA DE LIMA
LETÍCIA GABRIELLA ALMEIDA
LIA TESSER GRIZZO
LUMA GOMES GÂNDARA
MARCELO ANTÔNIO THEODORO
MARCO ANTÔNIO TURATTI JUNIOR
MARCOS ANTONIO DE ARRUDA
MARCOS CÉSAR BOTELHO
MARIANA FORDELONE ROSA CRUZ
MICHELÂNGELO BARUC MAZZARO
MÁRIO JOSÉ RAMOS GÂNDARA
NAYARA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI
NICOLAS BORTOLATTO GARCIA COSTA
RAMON GOMES GÂNDARA
RENAN CAUÊ MIRANDA PUGLIESI
RICARDO ALVES PEREIRA
ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI
ROSA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI
TAIGONARA FINARDI MARTINS
THAÍS BRATIFICH RIBEIRO
THIAGO CESAR GIAZZI
TIAGO DOMINGUES BRITO
VALTER FOLETO SANTIN
VIVIANE BOANACIN YONEDA SPONCHIADO

ORGANIZAÇÃO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP – 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 de Souza
Everson Aparecido Contelli
Nivaldo Fernandes Gualda Junior

COORDENADORES

Pablo Rodrigo Franca
Walmir Geralde
Renan Cauê Miranda Pugliesi

AUTORES

Júlia Natália Araújo Santos, Bruno Henrique Morais de Oliveira, Marcelo Antônio Theodoro, Nicolas Bortolatto Garcia Costa, Emily Coral Fernandes Somenzari, Christiane Rabelo Brito, Brunna Rabelo Santiago, José Gomes de Britto Neto, Fernando Flores Fanaia, Valter Foleto Santin, Marcos César Botelho, Letícia Gabriella Almeida, Thiago Cesar Giazzi, Marco Antônio Turatti Junior, Caio Vinícius Roldão Agarie, Thaís Bratifich Ribeiro, Marcos Antonio de Arruda, Mariana Fordelone Rosa Cruz, Allan César de Arruda, Bruno Melo Moura, Henrique Ribeiro Cardoso, Ilton Garcia da Costa, Laysa Maria de Lima, Lia Tesser Grizzo, Renan Cauê Miranda Pugliesi, Jaime Domingues Brito, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Tiago Domingues Brito, Guilherme Alves dos Santos, Taigoara, Michelângelo Baruc Mazzaro, Fabiana Polican Ciena, Brenda Caroline Querino Silva, Laerty Morelin Bernardino, Viviane Boanacin Yoneda Sponchiado, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi, Ana Cristina Lemos Roque, Rosa Maria Silvério da Costa Dallefi, Eliel Batista Miranda Júnior, Layana Mara Laiter Martins, Ana Carolina Dal Ponte Aidar, Antônio Sérgio Cordeiro Piedade, Ricardo Alves Pereira, Luma Gomes Gândara, Mário José Ramos Gândara, Ramon Gomes Gândara

INCLUSÃO SOCIAL: LIBERDADES, HISTÓRIA E CONTROLE SOCIAL: SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: VOLUME 1B

1ª Edição
Bandeirantes/PR
Redige Produção Editorial
2016

2016 Ilton Garcia da Costa, Everson Aparecido Contelli, Nivaldo Fernandes Gualda Júnior, organizadores
Direitos reservados de publicação
Redige Produção Editorial
Rua Prefeito José Mário Junqueira, n.º 149, Conj.08
Bandeirantes – PR CEP.
86.360000

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] : liberdade, história e controle social : Simpósio ISO Certos 2016, volume 1B / organização Ilton Garcia de Souza, Everson Aparecido Contelli Nivaldo, Fernandes Gualda Junior ; coordenação Pablo Rodrigues França, Walmir Geralde Renan Cauê, Miranda Pugliesi. -- 1. ed. -- Bandeirantes : Redige Produção Editorial, 2017.
1 Mb ; PDF

Vários autores.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-66668-12-4

1. Controle social 2. Direito fundamental 3. História 4. Inclusão social 5. Liberdade I. Souza, Ilton Garcia de. II. Nivaldo, Everson Aparecido Contelli. III. Junior, Fernandes Gualda. IV. França, Pablo Rodrigues. V. Cauê, Walmir Geralde Renan. VI. Pugliesi, Miranda.

17-01020 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.º2.848, 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 PolicanCiena
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 BiassioMazzutti
Doutoranda em Direito – Universidade de Lisboa
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

SUMÁRIO

CAPÍTULO I
A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – UMA ANÁLISE DO HATE SPEECH A PARTIR DO CASO ELWANGER..... 15
Julia Natália Araújo Santos
Bruno Henrique Morais de Oliveira
Marcelo Antônio Theodoro

CAPÍTULO II
INDIVÍDUO E COMUNIDADE EM KANT: DESENVOLVIMENTO DE AUTONOMIA DA VONTADE..... 29
Nicolas Bortolatto Garcia Costa
Emily Coral Fernandes Somenzari

CAPÍTULO III
DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS A PARTIR DA CONSTRUÇÃO DO EMPODERAMENTO FEMININO..... 41
Christiane Rabelo Brito
Brunna Rabelo Santiago
José Gomes de Brito Neto

CAPÍTULO IV
DISCURSO DE ÓDIO E TEORIA DOS PRINCÍPIOS..... 54
Fernando Flores Fanai,
Marcelo Antonio Theodoro
Valter FoletoSantin

CAPÍTULO V
ESTADO, RECONHECIMENTO E INCLUSÃO..... 68
Marcos César Botelho

CAPÍTULO VI
DA MODULAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RAZÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 85
Letícia Gabriella Almeida
Thiago Cezar Giazzi
Marco AntonioTuratti Junior

CAPÍTULO VII
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA..... 104
Caio Vinícius Roldão Agarie
Thaís Bratifich Ribeiro

CAPÍTULO VIII
LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA..... 115
Marcos Antônio de Arruda
Mariana Fordellone Rosa Cruz
Allan César de Arruda

CAPÍTULO IX

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A PRISÃO DO SENADOR DA REPÚBLICA..... 129
Bruno Melo Moura
Henrique Ribeiro Cardoso
Ilton Garcia da Costa

CAPÍTULO X
MORALIDADE ADMINISTRATIVA: SUA PROTEÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DEMAIS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS..... 141
Laysa Maria de Lima
Lia TesserGrizzo
Renan Cauê MirandaPugliesi

CAPÍTULO XI
O ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.213/91 E A QUESTÃO RELATIVA À CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA..... 165
Jaime Domingues Brito
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Tiago Domingues Brito

CAPÍTULO XII
A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DE CIDADANIA..... 184
Guilherme Alves dos Santos

CAPÍTULO XIII
LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO..... 204
MichelângeloBarucMazzaro
Fabiana PolicanCiena

CAPÍTULO XIV
O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A BUSCA PELA LIBERDADE RELIGIOSA MATERIAL..... 219
Renan Cauê Miranda Pugliesi
Brenda Caroline Querino Silva

CAPÍTULO XV
RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE POR MOTIVO DE CONVICÇÃO RELIGIOSA: DA EVOLUÇÃO DO PATERNALISMO MÉDICO À AUTONOMIA DO PACIENTE..... 237
Laerty Morelin Bernardino

CAPÍTULO XVI
O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA..... 250
Viviane Boacnin Yoneda Sponchiado

CAPÍTULO XVII
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA SEARA DOS DIREITOS SOCIAIS..... 267
Nayara Maria Silvério da Costa Dalleri
Ana Cristina Roque
Rosa Maria Silvério da Costa Dallefi

CAPÍTULO XVIII
OS IDEAIS DE LIBERDADE, IGUALDADE, FRATERNIDADE E JUSTIÇA NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MULTICULTURAL DEMOCRÁTICA POR MEIO DE ESTADO DE DIREITO..... 274
Eliel Batista Miranda Júnior
Layana Mara Laiter Martins

CAPÍTULO XIX
POSITIVAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO COMO FORMA DE TUTELA PREVENTIVA DO MEIO AMBIENTE..... 300
Ana Carolina Dal Ponte Aidar
Antônio Sérgio Cordeiro Piedade
Valter FoletoSantin

CAPÍTULO XX
PRINCÍPIOS E REGRAS NAS PRERROGATIVAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ..... 314
Ricardo Alves Pereira

CAPÍTULO XXI
REFLEXÕES SOBRE A TOMADA DE DECISÃO APOIADA – INSTITUTO INTRODUZIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILERIO ATRAVÉS DA LEI Nº 13.146/2015..... 327
Luma Gomes Gândara
Mário José Ramos Gândara
Ramon Gomes Gândara

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
UENP
ISO CERTOS 2016

30 de julho de 2016. Há exatos 110 anos nascia um dos maiores poetas brasileiro: Mário Quintana. Dizia ele em um de seus escritos: "quem faz um poema abre uma janela. Respira, tu que estás numa cela abafada, esse ar que entra por ela. Por isso é que os poemas têm ritmo — para que possas profundamente respirar. Quem faz um poema salva um afogado". E é com esse mesmo entusiasmo do poeta que se firma essa data também como um marco na luta pela inclusão social e em defesa dos direitos dos excluídos, esses "afogados" da sociedade.

A presente coletânea de artigos vem comprovar este belo trabalho realizado nas dependências da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, motivando todos a pensar e agir em relação à situação dos "afogados" sociais. Utilizando o saber científico e, por que não, do desejo pela dignidade humana, foram realizados encontros, reuniões, discussões, entraves, entre outros, para documentar e refletir sobre as formas e caminhos de uma sociedade mais justa.

Não se trata de uma obra exclusivamente da Ciência Jurídica mas de uma obra sobre a condição do ser social: crianças, adultos, idosos, mulheres, pretos, pessoas com deficiência, imigrantes, LGBTs, índios, quilombolas... Ora, para todos aqueles que vivem e sentem na pele a discriminação e a marginalização.

Por intermédio da "Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social" esse grande evento, o Simpósio ISO CERTOS 2016, marcará a memória de todos aqueles que buscam dar voz a esses sujeitos. Em seu prólogo, a importância da universidade para discutir os fenômenos sociais merece destaque nas firmes e sóbrias palavras do Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa: "não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade". Esta coletânea de trabalhos, portanto, faz parte de um conjunto de obras em prol de um alvo maior.

Por fim, retomando os traços do poeta, assim como "quem faz um poema abre uma janela", sem dúvidas quem faz ciência abre tantas outras janelas, sejam elas do saber, de políticas públicas ou do próprio coração. Foi uma gostosa leitura.

Diego Nassif da Silva
Doutorando em Direito – UENP
Docente da Faculdade de Educação,
Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI

Luciano Ferreira Rodrigues Filho
Mestre em Psicologia Social – PUC/SP
Docente da Faculdade de Educação,
Administração e Tecnologia de Ibaiti - FEATI

CAPÍTULO I

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – UMA ANÁLISE DO *HATE SPEECH* A PARTIR DO CASO ELWANGER

Júlia Natália Araújo SANTOS[1]
Bruno Henrique Morais de OLIVEIRA[2]
Marcelo Antonio THEODORO[3]

RESUMO: Nesta pesquisa buscou-se cotejar de que forma a jurisprudência brasileira tratou o mais famoso caso de *hate speech* levado ao Supremo Tribunal Federal e as posições doutrinárias pró e contra a solução apresentada pelo nosso Tribunal maior. Para tanto se vale do método indutivo, que permite apresentar a partir do caso concreto, as principais teorias sobre a fundamentalidade da liberdade de expressão, ante o discurso de ódio (*hate speech*).

PALAVRAS-CHAVE: liberdade de expressão; *hate speech*; discurso de ódio; Supremo Tribunal Federal;

INTRODUÇÃO

Ao falar de Direitos Fundamentais, as pessoas estão habituadas a pensar nas garantias que os indivíduos têm, perante o Estado, tanto no aspecto positivo quanto negativo. Isso se deve, em grande parte, ao estudo da primeira geração dos direitos fundamentais, que, atualmente na melhor concepção, consideram-se dimensões, tendo início com as liberdades individuais. No entanto, ao longo dos anos, como resultado do próprio modelo de Estado e até socioeconômico, percebe-se a necessidade de uma

[1] Graduanda da Faculdade de Direito da UFMT. Membro do Grupo de Pesquisa Grupo de pesquisa Direito Constitucional – Novas perspectivas à luz da efetividade dos direitos fundamentais (UFMT) e-mail: xuliaaraujo@gmail.com;
[2]Graduando da Faculdade de Direito da UFMT. Membro do Grupo de Pesquisa Grupo de pesquisa Direito Constitucional – Novas perspectivas à luz da efetividade dos direitos fundamentais (UFMT) e-mail: bruno_oliveirat@hotmail.com
[3]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

proteção no âmbito das relações entre os próprios particulares, tendo em vista que, ao conviver em sociedade, o indivíduo terá contato de modo muito mais incisivo com os outros, necessitando de respeito às garantias conquistadas perante uns aos outros e não somente face ao Estado. Assim, explica Ingo Sarlet:

> Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado Clássico e Liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e Sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado Social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participe ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os Poderes Públicos, mas também contra a sociedade [4].

Nesse contexto, ganha relevo a discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, isso porque, diferentemente do órgão estatal, cria-se uma situação na qual teremos direitos fundamentais de ambos os polos e conciliá-los é um dos grandes desafios e a maneira como cada ordenamento jurídico vê e aplica tal instituto fará com que surjam diferentes soluções e aplicações para os mesmos casos práticos. Pelo cenário brasileiro, pode-se observar que, dentre as várias teorias existentes, a amplamente utilizada é a da *eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada*. Segundo essa teoria, que foi defendida na Alemanha principalmente por Hans Carl Nipperdey[5], os direitos fundamentais previstos na Constituição poderiam ser invocados diretamente nas relações entre particulares, com efeito erga omnes. Contudo, deve se ter em mente que o entendimento não é radical, pois a teoria enxerga a necessidade de, em cada caso concreto, realizar a ponderação do direito fundamental tendo em vista a autonomia que é típica da relação entre particulares. Dessa forma, Daniel Sarmento defende:

> Tampouco se pode acusar a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas de incompatível com o princípio democrático, por atribuir poder em demasia ao Judiciário, em detrimento do legislador. Isto porque, em primeiro lugar, a proteção de direitos fundamentais, no mais das vezes, não prejudica a

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 11.ed.rev.atual.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 386.
[5] ESTRADA, Alexio Julio. *La eficácia de losderechosfundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 103.

democracia, mas antes assegura as condições necessárias ao seu bom funcionamento[6]. Portanto, objetiva o presente trabalho, a partir do método indutivo, demonstrar o caminho trilhado pela jurisprudência brasileira, ainda que de forma não imune a críticas, cotejar no âmbito da colisão de direitos fundamentais, os limites para a liberdade de expressão, face ao chamado discurso de ódio.

O CASO ELWANGER

Partindo dessa contextualização, recentemente, por meio do HC 82.424[7], o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir um caso que envolvia a temática de direitos fundamentais entre particulares. O julgado ficou conhecido como caso Elwanger discutia a questão do *hate speech* e a liberdade de expressão. A conduta acusada foi a de escrever, edital, divulgar e comercializar livros que se faziam apologias de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, as quais negavam a existência do Holocausto.O requerido chegou a ser absolvido em primeiro grau, posteriormente foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por 04 (quatro) anos pela prática do artigo 20 da Lei 7716/89 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, com a redação da lei 8081/90, que estabelece os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza, a qual assevera:

> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.
> § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
> § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

A discussão chegou ao Supremo, após o Superior Tribunal de Justiça denegar ordem de habeas corpus ao impetrante o qual alegava que os judeus não constituíam uma raça, motivo pelo qual não enquadraria o crime de racismo, mas sim outra prática como

[6]. SARMENTO, Daniel, A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 131-65.
[7] HC 82.424, DJ 19/03/2004.

a de discriminação e, por isso, não guardaria as características de imprescritibilidade e inafiançabilidade. Essa defesa almejava que ao não ser considerado crime de racismo, seria reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ato fora praticado no ano de 2003.No entanto, essa tese não foi recepcionada pelo STJ porque não deveria fazer diferenciação entre as figuras das práticas, pois todo aquele que praticar uma das condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racismo, guardando as características estabelecidas pelo artigo 5º, inciso XLII.

O caso chegou ao STF por habeas corpus impetrado de forma substitutiva de recurso ordinário, no qual constava pedido liminar para a suspensão da averbação de imprescritibilidade constante do acordão, para que até o julgamento fosse suspensa a execução da sentença e ao final fosse reconhecida a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pois a condenação de dois anos com *sursis* ocorreu em 1996, quatro anos, onde meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia. O resultado do julgamento teve a seguinte configuração: por maioria de sete a três, foi negado o recurso, sendo vencidos os votos dos ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Os dois primeiros consideraram o crime prescrito, o último concedia o recurso de ofício para absolver o livreiro por falta de provas.

Dentre todos os votos, consideramos relevante comentar algumas posições e entendimentos de alguns ministros. Nesse interim, o relator originário do HC foi o ministro Moreira Alves que aceitou a tese da defesa e afirmou que não sendo os judeus uma raça, não poderia qualificar o crime de discriminação como delito de racismo e, assim, reconheceu a imprescritibilidade, deferindo o pedido. Sua decisão baseou-se na Emenda aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó que deu origem à redação do artigo 5º, XLII e teria a justificação de que, mesmo após cem anos da abolição, imperava no País a discriminação que afetava mais da metade da população negra e descendentes, privando o exercício da cidadania desse grupo em sua plenitude.

Contudo, pediu vistas o Ministro Maurício Corrêa ao pensar setal redação referiria tão semente à raça de um modo geral inspirada na cláusula do deputado Caó, que teria, em grande parte, a preocupação da circunstância de nascer negro ou haveria uma maior amplitude contra as discriminações de todos os segmentos da sociedade, sob a forma de racismo e até questionou se todos os constituintes votaram somente com base e, em concordância, com a posição de Caó. Aliás, o fato de ser a primeira vez que a Corte

pronunciaria especificamente sobre o tema, demandaria maior exame, bem como aprofundamento.

Assim, em seu voto pontuou:

> A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio que não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entende-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos[8].

Dessa forma, com base em uma pesquisa, bem como opiniões de professores, afirmou não existir respaldo genético para que o a sociedade descreva como raça, em verdade, porque apenas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra, não levando em conta existir tamanha diferença entre raças. Ademais, referido conceito estaria mais ligado a geográfica mundial do que propriamente as diferenças nos genes, concluindo que essa divisão seria resultado de um processo político e social e não, propriamente, de cunho cientifico. Por isso, aquela visão de raça por ter sido superado não serviria para a solução deste caso. A busca pelo poder e a afirmação de supremacia de um povo ao outro fez com que vivenciássemos tristes episódios históricos como a escravidão e o holocausto. Com isso, perde relevo determinar se os judeus seriam ou não uma raça, pois quem, ao pregar atitudes discriminatórias contra o povo judeu, acredita fielmente que eles seriam uma raça inferior e o que se deve levar em conta é que essas atitudes promovem a segregação e tende a hierarquizar valores dentro de certos grupos. Ainda, defende que a Constituição rejeitou a definição isolada e tradicional do termo raça da distinção pela cor da pele, pois quando determinou os preceitos fundamentais no inciso IV do artigo 3º tratou de cor e raça como conceitos diferentes o que levaria a dar ao termo raça um conteúdo mais amplo. Outrossim, também definiu como princípio que rege a política internacional o repúdio ao racismo.

Por esse ângulo, busca entender o significado do termo de forma harmônica e sistemática com a Carta Magna, bem como dos dois dogmas fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, quais sejam cidadania e dignidade da pessoa humana. No

[8]HC 82.424 Maurício Corrêa p. 557

tocante à liberdade de expressão e de pensamento, não vislumbra qualquer violação a este postulado, pois tais garantias não são absolutas e devem ser desempenhadas de maneira a harmonizar com os limites trazidos pelo texto constitucional. Por conseguinte, a liberdade de expressão conteria limites pois atos discriminatórios, independentemente da natureza ficara vedados, o que exigiria certos temperamentos. Seguindo esse raciocínio, coloca como resposta a essa possível colisão o próprio texto constitucional, dado que garantir liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo. O intérprete deveria realizar a ponderação de forma harmônica com os bens jurídicos tutelados de forma a garantir o verdadeiro significado da norma com vistas à uma conformação simétrica da Carta.

Logo, preponderaram os direitos de toda a sociedade atingida com essas obras e baseado em ensinamentos do professor Canotilho, buscou a interpretação que mais garantia a eficácia da norma constitucional, principalmente no que concerne a aplicabilidade dos direitos e garantias, não abarcando a ideia do impetrante por considerá-la uma negação do verdadeiro significado trazido pelo texto legal e, por conseguinte, votou por negar o habeas corpus. Agora, passemos a analisar o voto do Ministro Gilmar Mendes. Após reiterar algumas considerações já feitas por seus colegas, afirma que do ponto de vista histórico, não há como negar o caráter racista do antissemitismo e o Brasil, por meio dos tratados internacionais, firmou o compromisso de combater o racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive o antissemitismo. Para o professor, o julgamento não pode ficar preso ao conceito de raça, como proferido em alguns votos, pois o significado jurídico trazido pela constituição não se separa do histórico, sociológico e cultural. Nessa perspectiva, adentra na discussão do discurso de ódio versus a liberdade de expressão. Para ele, se essa manifestação do antissemitismo está inclusa dentro do conceito de racismo, necessário se faz questionar em como ela será articulada com a liberdade de expressão também prevista na CF que para ele constitui uma pedra angular do sistema democrático.

Citando Kevin Boyle, posiciona de um lado a liberdade de expressão e de outro o direito à não discriminação[9], sendo que este último visaria, dentro da sociedade, garantir à igualdade política. Dessa maneira, ao mesmo tempo em que coloca um em contraponto ao outro, os uni como pontos centrais de toda sociedade que pretenda ser democrática.

[9] BOYLE, Kevin. Hate speech- The United States versus the rest the world? In: Maine Law Review, v. 53:2, 2001, p. 490.

Dado esse enlace, Gilmar Mendes começa a discutir o princípio da proporcionalidade, como resposta à própria posição que tais direitos ocuparão na sociedade democrática. Nesse sentido, com exemplos explica como o Constituinte, em muitas situações, regulou a liberdade de expressão sem desconsiderar direitos, principalmente no que concerne aos de honra e imagem. Assim, aquele direito não seria absoluto, principalmente em uma sociedade pluralista e, por isso, teria que ser levado em conta em face de outros direitos como o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, e tal exigência seria própria do sistema democrático em que se preza pela tolerância de grupos. Para defender seu posicionamento, o Ministro socorre-se ao aqui já citado Robert Alexy e sua teoria dos direitos fundamentais e formula:

> O princípio da proporcionalidade, também denominado de princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição do excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (Theorie der Grundrechte, Frankfurt amMain, 1986), coincide igualmente com o núcleo essencial dos direitos fundamentais concebidos de modo relativo- tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último, da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental[10].

Com isso, a partir das lições de Alexyé possível de acordo com o voto explicar que em casos como esse, conflito de diferentes princípios constitucionais, é exigível que se estabeleça o peso relativo à cada direito e para isso são usadas o que ele vai denominar de máximas, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por essas três máximas ele irá analisar se a condenação do paciente, ao enquadrar o crime como racismo e, por conseguinte, imprescritível, levou em conta o princípio da proporcionalidade em suas três vertentes. Nessa lógica, entende que a condenação foi adequada, pois alcançou o fim pretendido que era salvaguardar a tolerância em uma sociedade pluralista. Foi necessária, tendo que vista que não haveria outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Por fim, atendeu a proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que preservou os valores de uma sociedade, bem como da dignidade da pessoa humana em face de um ônus à liberdade de expressão do paciente. Ressalta que a atitude do paciente não se trata de mera revisão de obras históricas que incitam a discussão, mas

[10]HC 82.424 Gilmar Mendes, p. 659

sim de textos que, de maneira frequente, incita o ódio e a discriminação contra judeus. Afirma também que, por meio do sopesamento, a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estimulo à violência.

Em consonância, o ministro Celso de Mello também comenta sobre os direitos e o caráter absoluto que não lhe são aplicados:

> O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão sempre "a posteriori", a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil. Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula de liberdade de expressão[11].

No decorrer dos votos, é importante comentar a posição do Ministro Marco Aurélio que deferiu o habeas corpus. Considerado por ele o julgamento mais importante de que já havia participado como ministro, entende que a censura tem sido algo que nos últimos tempos mereceu importante preocupação dos povos. Em sua argumentação refere-se especificamente a colisão entre a conduta do impetrante e a liberdade de expressão, bem como contextualizar a carta de 88, seu surgimento após o contexto histórico vivido e como a democracia tem raízes profundas, nas quais o constituinte buscou assegurar e montar os pilares desse sistema. A liberdade de expressão constitui um pilar do próprio sistema democrático, pois estrutura a ideia de democracia ao permitir externalizar as opiniões abertas ainda que contrárias à opinião do Estado ou da visão majoritária, caminho este necessário para a construção de uma sociedade livre e plural, uma vez que promove a autonomia individual e forma permite a participação democrática. Ressalta o ensinamento de Hans Kelsen para quem a democracia seria construída, sobretudo, quando fossem respeitados os direitos da minoria, visto que esta poderia, um dia, influenciar a opinião da maioria. Esse direito abarca também visões que possam parecer absurdas, radicais ou até mesmo contrárias ao pensamento oficial, este entendimento aproximaria muito do que prevalece na Corte Americana.

Proclama a proteção da liberdade de expressão como forma de proteção à tirania do costume de impor o politicamente correto, e adverte, pois, diminuir este direito criaria um ambiente mais propício a acomodação da sociedade frente a debates controversos, bem como impediria a propagação de ideias da mídia e do governo, deixando pouco ou

[11] HC 82.424 Celso de Mello, p. 928.

nenhum espaço para criação de um mercado de ideias livres. Ao analisar o caso em concreto, afirma que a atitude do paciente em publicar os livros não pode ser comparada a prática de distribuir panfletos com dizeres de "morte aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do país"[12], pois aquele apenas veiculou fatos históricos sobre o seu ponto de vista e o fez isso por meio de uma pesquisa cientifica. Todavia, salienta que a liberdade de expressão guarda em seu núcleo o princípio democrático, contudo isso não faz deste direito absoluto, até porque a manifestações de forma agressiva, fisicamente ou que exponha pessoas a situações de risco não são tolerados pela Constituição. Com isso, teria que ser realizador uma análise com a máxima cautela, baseada em provas do perigo que poderia advir do exercício da liberdade de expressão.

Assim como Gilmar, cita Alexy[13], deixando claro que em todas as colisões entre direitos fundamentais devem ser superadas somente com a realização de uma restrição a um dos lados. Contudo, diferentemente do Gilmar, pontua que que não pode ser realizado um exame de forma abstrata, mas se deve buscar examinar, de fato, se com o exercício da liberdade de expressão no caso, a dignidade da pessoa humana estaria mesmo em perigo a ponto de se limitar aquele direito ou se seria apenas um receio individual de que essa opinião fosse divulgada, e exatamente fazer este exame seria o caminho para solucionar o caso Elwanger. Com efeito, questiona a possibilidade de o ato do impetrante ter mesmo instigado a pratica do racismo e, caso positivo, se existia dados concretos que pudessem garantir com segurança esta afirmação e, em sua opinião, não restou demonstrado nos autos essa certeza. Nesse sentido, defender uma ideologia não poderia ser considerado crime, não devendo assim, ser apenada. Outro aspecto que deveria ser observado é que a ideia por meio de livros não é transmitida imediatamente sem que haja a vontade do leitor, diferente do que aconteceria em outros meios de comunicação. Posto isso, o pensamento de Elwanger não mudaria, por si só, a pré-compreensão, seria necessário para ser considerado perigoso, que existisse um ambiente receptivo e levando-se em conta a história da sociedade brasileira, sua realidade brasileira não conteria este ambiente receptivo às discriminações dos judeus. Com isso, conclui:

"Repita-se inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatórios à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, no tocante a

[12] HC 82.424 Marco Aurélio, p. 882.
[13] HC 82.424 Marco Aurélio p. 895.

países como a Alemanha. Por mais que hoje já esteja disseminada na cultura germânica a ideia de que o pensamento nazista foi uma aberração, as chagas dessa ferida ainda não restaram totalmente curadas. O direito de liberdade de expressão quanto a esse tema, naquele país, seria muito mais restrito, e um caso concreto viriam a ser tratado com muitíssimo mais rigor." [14]Na fase de aplicação do princípio da proporcionalidade, afirma que a decisão do TJ/RS não foi o meio mais adequado, necessário e razoável, pois condenar o impetrante por publicar livros com esse conteúdo não é o meio mais adequado (observa-se aqui se a conduta é apropriada para alcançar o objetivo) de acabar com a discriminação com o povo judeu, tendo em vista que ao expor sua opinião não quer necessariamente, dizer que vão discriminar os judeus. Com relação a necessidade (existência ou não de outros meios menos gravosos que também atendam ao objetivo) existiriam outros meios menos danosos, uma vez que a restrição do direito do impetrante sequer garantiria a dignidade do povo judeu. Já para a proporcionalidade em sentido estrito (análise se resultado é proporcional ao meio empregado e à carga coativa-interventiva dessa medida), não seria razoável restringir o direito do paciente uma vez que não existem mínimos indícios de que a ideia difundida causaria revolução na sociedade brasileira.

Daniel Sarmento[15], referência na discussão sobre este assunto, não concorda com a conclusão acima referida, porém, ressalta que o lembrete feito por Marco Aurélio é extremamente importante em uma sociedade pluralista, aberta e democrática porque a liberdade de expressão serve também para proteger ideias e opiniões impopulares e que em seu exercício não pode ficar refém das concepções do politicamente correto. No entanto, acredita que errou o ministro ao partir da premissa de no Brasil não haveria ambiente para que os livros insultassem os judeus, entendimento tido como duvidoso, ainda, discorda também por acreditar que a própria expressão do racismo já viola os direitos fundamentais das vítimas. Em conclusão, o professor diz que a posição do Supremo pareceu certa e louvável, no entanto, deve haver um cuidado para que não se suprima a liberdade de expressão em demasia, ainda que por propósitos elevados. Torna-se necessário, na ponderação do *hate speech*, que haja alguns parâmetros para esta ponderação, de forma a servir tanto de guia para o interprete, quanto uma garantia de

[14] HC 82.424Marco Aurélio, p. 894.
[15] SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "hate speech". In: Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

maior segurança ao processo e previsibilidade, reduzindo as margens de arbítrio do julgador[16].Segundo o Virgílio o julgamento poderia ser resolvido apenas pela subsunção do caso concreto às normas já existentes. Assim, para ele, a ponderação já teria sido realizada pelo Constituinte, ao prescrever o crime de racismo como crime inafiançável e, posteriormente, pelo legislador, ao prescrever de forma mais detalhada esse tipo legal.

Em seu livro defende: "Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e regra, já que regras são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio no qual a regra se baseia. Essa parece ser, no entanto, uma solução problemática, e que passa ao largo de um ponto central. Ela é problemática porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento."[17]Dado o exposto, percebe-se que o caso Elwanger, a princípio, seria resolvido pela subsunção do fato à norma geral, qual seja, sua prática de vender e publicar obras de caráter antissemita estaria enquadrado pela Constituição como prática de racismo e, por isso, seria imprescritível. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ampliou o assunto e debateu de modo mais profundo, discutindo a definição de racismo, bem como sua origem histórica para descobrir se o ato praticado estaria, de fato, incluído no artigo 5º, LXII e, caso estivesse, como estaria esse ato frente ao direito à liberdade de expressão, também previsto constitucionalmente. Em relação a este aspecto, dado ao entendimento majoritário de que os direitos, mesmo que fundamentais, não são absolutos, necessário seria fazer o sopesamento em cada caso concreto.

O que agora se pergunta é qual a importância que isso trouxe à sociedade? Optar por essa linha de decisão privilegiou e levou em conta as realidades já vivenciadas nos últimos séculos em que o antissemitismo violou os direitos não só de milhares de judeus, mas também dos seres humanos como um todo, questões essas que devem ser levadas em conta ao decidir uma matéria dessa magnitude. Assim, aceitar a visão e tese defendida pelo impetrante seria interpretar os direitos fundamentais de forma restritiva quando, em verdade, estamos em uma via contrária, qual seja, a da concretização das garantias fundamentais, principalmente no que concerne na relação entre particulares, o que vem a reforça a teoria da eficácia direta. Dessa maneira, ainda que a discutida decisão

[16] SARMENTO, Daniel. Op. cit.
[17] SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Pág. 52.

não tenha seguido, estritamente os ensinamentos do Alexy e nem como esperava Virgílio, tendo em vista que os julgadores acabaram fazendo sopesamento onde já teria sido realizado pelo legislador. O caminho que o STF seguiu visou garantir ao máximo a preservação da dignidade da pessoa humana, bem como os valores de uma sociedade democrática e, para isso, concentrou, a priori, mais no enquadramento de obras com conteúdo antissemitismo como crime de racismo, interpretando tanto a Constituição quanto a lei nº7716/89, em detrimento da real contraposição entre discurso de ódio e liberdade de expressão.

Deste modo, o ponto ganhou relevância em face da defesa do impetrante que arguiu a existência de apenas uma raça e, por isso, não haveria o que se falar em crime de racismo contra os judeus. Com isso, pelos votos dos ministros, percebe-se que a grande discussão girou em torno do núcleo do significado do racismo, bem como de sua abrangência, e se a publicação de livros com conteúdo antissemita configuraria um crime de racismo. O produto dessa construção foi o entendimento de que o racismo é tendência cultural, fruto de um processo de construção de valores, ideologias que visam sobrepor um grupo ao outro, e discriminar uma parcela da sociedade, não estando vinculado somente ao aspecto genético, visão esta que foi superada. Ainda que seja importante as ressalvas tanto do Daniel Sarmento, quanto do Ministro Marco Aurélio, no sentido de a liberdade de expressão contemplar em muitas vezes discursos tipos como impopulares ou contrários ao politicamente correto de forma a garantir uma sociedade plural, no caso foi verificado que o conteúdo das obras veiculadas ao negarem a existência do holocausto e imputar aos judeus a responsabilidade pelas tragédias na segunda guerra mundial, altera fatos históricos de modo a ferir a dignidade da pessoa humana e incitar a discriminação a dessa parcela da sociedade.

CONCLUSÃO

Destarte, temos que esta decisão constituiu marco histórico na jurisprudência do ordenamento brasileiro, pois não se sabia o posicionamento do Supremo em relação a este tema que já vem sendo muito discutido em outros ordenamentos. Conciliar tais direitos requer, como bem ressaltou Daniel Sarmento, uma enorme cautela, devendo analisar sempre cada caso concreto de modo a proteger os direitos e garantias fundamentais,

aplicando-os em sua máxima eficácia, seja na relação indivíduo-Estado, seja para indivíduo-indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto**. Da Falta de Efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <http://www.conjur.com.br>, acesso em 03 jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

BOBBIO, Norberto. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Santos. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Universidade de Brasília, 1994 e LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

BRASIL. HC 82.424, DJ 19/03/2004.

_____. **HC 82.424** Maurício Corrêa p. 557

_____.**HC 82.424** Gilmar Mendes, p. 659

_____.**HC 82.424** Celso de Mello, p. 928.

_____.**HC 82.424** Marco Aurélio, p. 882.

_____.**HC 82.424** Marco Aurélio p. 895.

_____.**HC 82.424**Marco Aurélio, p. 894.

BOYLE, Kevin. **Hate speech-The United States versus the rest the world?**In: Maine Law Review, v. 53:2, 2001, p. 490.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista de Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

REALE, Miguel. **Um Artigo-Chave Do Código Civil.**Disponível em <http://:www.miguelreale.com.br>, acesso em 03 jul. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang**. A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** 11.ed.rev.atual.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 386.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech".** Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br>, acesso em 03 jul. 2016.

ESTRADA, Alexio Julio**. La eficácia de los derechos fundamentales entre particulares.** Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 103.

SARMENTO, Daniel, **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "hate speech".** In: Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da**. Direitos Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Pág. 52.

CAPÍTULO II

INDIVÍDUO E COMUNIDADE EM KANT: DESENVOLVIMENTO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Nicolas Bortolatto Garcia Costa[18]
Emily Coral Fernandez Somenzari[19]

RESUMO: O artigo em questão trata sobre as relações entre a autonomia e a pessoa na filosofia de Immanuel Kant. A ética kantiana é uma ética a priori e a autonomia da vontade é o princípio fundamental desta. Primeiramente, buscou-se abordar um panorama de como o ser humano se desenvolve socialmente, inserindo o conceito de liberdade que é fundamental na autodeterminação do ser. O imperativo categórico surge justamente para afirmar a autonomia da vontade que, neste caso, constitui a vontade boa. Abordou-se também sobre as máximas kantianas como sendo princípios de vida e também como padrão de moralidade. Fez-se ainda uma conexão com o Direito Público, destacando que, para Kant, é o Estado jurídico que deve assegurar a liberdade dos indivíduos e que o cidadão é posto dentro da própria esfera do soberano, pois, a partir da personalidade civil, não há relações de hierarquia. Esgotadas as conexões feitas entre a pessoa e o meio social interno que esta constitui, passamos a analisar o indivíduo em esfera internacional, contando primeiramente com a desenvoltura de Kant sobre o Direito das Gentes, mencionando a busca pela Paz Perpétua, os meios de garanti-la e finalizando com o Direito Cosmopolita em paralelo com a sociedade hodierna em um tom de crítica. Buscamos, pois, através do presente artigo apresentar uma visão geral sobre a pessoa e as mais diversas relações que esta compõe, sempre ligadas à autonomia da vontade.

INTRODUÇÃO

Primeiramente, para explicitar o conceito de pessoa, é preciso explicitar como Kant entende o homem na sua parte prática (como se pode agir) e como isso é visto em sua filosofia. Depois, a partir do conceito de pessoa, tem-se o conceito de dignidade e como tal conceito pode ser observado em uma comunidade de pessoas, ou seja, uma

[18]Graduando em Filosofia pela PUC-SP; Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
[19]Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

individualidade vista na multiplicidade de indivíduos. A partir disso é possível falar do Direito das Gentes em Kant, como é analisado o "Direito Internacional" da época e como se dá o problema da soberania entre Estados e sua relação entre indivíduos. Para Kant, a filosofia pode ser dividida em teoria do conhecimento, ética e estética. Trataremos da ética, sendo essa a maneira como o homem pode agir. Na tradição filosófica há a faculdade da vontade que é separada da inteligência, sendo que a união entre inteligência e vontade é o que caracteriza um homem racional, normalmente. Em Kant, essa faculdade da vontade é algo subsistente por si só e ela é responsável por algo muito importante que é a autonomia da vontade. Para Kant, o que é afinal vontade? Vontade é: "a faculdade de agir conforme a representação de leis, isto é, conforme princípios - ou seja, tem uma vontade"[20].

Essa faculdade é, no ser racional, aquela que ele utiliza para determinar suas próprias leis ou máximas, agindo segundo elas. A autonomia da vontade estabelece constituições a priori[21] de como um sujeito em geral é apto à moralidade[22]. Com essa moralidade o sujeito tem uma personalidade, ou subjetividade moral, sendo capaz ele próprio de se auto legislar[23], no sentido de que ele é capaz de determinar suas próprias máximas. Essa autonomia da vontade é um princípio fundamental de toda ética, segundo Kant.

Princípio, no pensamento de Kant, possui um duplo significado. Primeiramente são procurados o conceito e o padrão de medida supremo de todo o agir moral. Em segundo plano, é o fundamento último para poder agir de acordo com o conceito moral e o padrão de medida[24]. No primeiro caso, trata-se do imperativo categórico e no segundo caso, da autonomia da vontade. Diante disso, a autonomia da vontade é que garante a possibilidade dos imperativos categóricos, ponto chave do pensamento kantiano que será

[20]Nour, Soraya. À paz perpetua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Pág. 9.
[21]A priori é aquilo que não depende da experiência.
[22]Hoffe, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 208.
[23]Essa ideia de auto legislação é remetente à obra O Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau, a qual Kant se inspira e conforme o trecho seguinte há uma amostra dessa influência impactante em Kant: "Se se procura saber em que consiste precisamente o maior dos bens que deve ser o objetivo de todo sistema de legislação, achar-se–á que se reduz a estes dois objetos principais: a liberdade e a igualdade. A liberdade, porque toda independência particular é outra tanta força subtraída do corpo do Estado, a igualdade, porque a liberdade não pode existir sem ela." (Rousseau, J.-J. Do contrato social. Versão disponível em domínio público. Pág. 26.). Para Rousseau, a renúncia da liberdade pelo homem faz com que este renuncie sua própria condição como ser humano. Além do mais, essa ideia exposta por Rousseau, significa que é partir de uma lei dada a si mesmo que se é livre, e não o contrário, como é mostrado no pensamento filosófico o qual se é livre e depois se determina a lei.
[24]Hoffe, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 216.

exposto posteriormente. Antes, é preciso explicitar a diferença entre legalidade e máxima, já que, no caso, imperativos categóricos só podem ser máximas. Depois de explicitados esses dois conceitos, voltaremos à autonomia da vontade, chave para entender a noção de pessoa e com isso a possibilidade de um Direito Público e uma Constituição.

Kant entende como máxima as proposições fundamentais subjetivas do agir. Se for subjetivo isso varia para cada indivíduo, assim sendo, cada indivíduo tem suas máximas[25]. A ética kantiana constitui-se de máximas e elas não são desconexas na vida de um indivíduo, mas sim maneiras com as quais as pessoas conduzem o todo na sua vida, sendo determinadas pela vontade. Essa ética de máximas tem quatro principais aspectos, segundo Hoffe[26]. O primeiro é que o modo de agir humano é complexo, mas as ações humanas muitas vezes tem uma qualidade comum. As máximas vão contra o relativismo e o dogmatismo. Acresça-se a isso que a máxima indica apenas uma generalidade para a ação concreta material (portanto específica) sendo necessária certa "contextualização", processos produtivos de interpretação e ajuizamento. Em um segundo átimo, as máximas são princípios universais de vida, que são vinculadas em interconexões unitárias de sentido, sendo que o imperativo categórico testará se elas são morais ou não. Como terceiro aspecto, há a expressão do caráter de um homem. As máximas são princípios de vida segundo os quais se podem efetuar o ajuizamento moral de um homem. Por fim, esse tipo de ética de máximas é, pela primeira vez, capaz de fornecer o padrão supremo de medida da moralidade enquanto tal. Isso porque apenas onde se provam os últimos princípios postos a si mesmo, é possível observar se o agir é apenas conforme ao dever, ou seja, legalmente, ou por dever, portanto moralmente. A legalidade é a ação conforme ao dever, que tem um fim por trás, um pressuposto que pode ser dispensável no imperativo categórico.

Esclarecidos esses dois conceitos, agora é precisada a noção de Imperativo Categórico, que é indispensável para entender a vontade boa. Para Kant, o moralmente bom é uma vontade boa, sendo essa algo ilimitadamente bom. Há uma dupla divisão nesse ilimitadamente bom, que é o simplesmente bom e o absolutamente bom. Enquanto o simplesmente bom é bom em si, sem um objetivo finalístico, um objetivo posterior, o absolutamente bom é bom por princípio, não sendo derivado de uma consequência. A ética kantiana é, assim, uma ética a priori, não fundada na experiência sensorial e tendo

[25]Hoffe, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 203.
[26]Hoffe, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Págs. 205-206.

por base uma reflexão racional dos princípios. Depois disso ela se deriva para experiência que, no caso, vai se mostrar na Doutrina do Direito na Metafísica dos Costumes. Portanto, a vontade boa é boa em si mesma, não tendo pressupostos ou um objetivo ulterior. Kant ressalta aqui a limitação do ser humano ao colocar os imperativos, já que se o homem fosse um ser totalmente racional, ele poderia tranquilamente não precisar de imperativos, mandamentos. Todavia, como o homem tem uma natureza específica e com isso tende a se inclinar para paixões e para tantas outras coisas além da razão, ele é limitado e precisa agir por dever, isto é, a moralidade na forma do mandamento, do imperativo. Há imperativos de dois tipos, os categóricos e os hipotéticos. Estes contêm pressupostos não necessários, uma finalidade, e podem ser expressos pela formula: "*Se* x, *então* y". Já aqueles são imperativos sem tal finalidade, sem esses pressupostos não necessários.

Os imperativos categóricos, portanto, sem uma funcionalização, são o agir moral. Imperativos porque se tem uma obrigatoriedade objetiva e uma observância não necessária e categóricos pela universalidade estrita, ao contrário da máxima, que tem uma universalidade apenas subjetiva, relativa. Os imperativos categóricos têm uma validade para todo ente racional. Eles podem ser encontrados em dois tipos de proposições no pensamento de Kant[27]. "Age somente de acordo com aquela máxima mediante a qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal". O que se tem como querer é empregar todos os meios na medida que estão a nosso poder e não só um pensamento esquecido ou uma demonstração pequena comparada a todos os meios. A segunda proposição é: "Age de modo que, como se a máximas de tua ação devesse tornar-se pela tua vontade lei universal da natureza". Há ainda uma terceira: "Age de modo tal que uses a humanidade tanto em tua pessoa como na pessoa de todo outro sempre ao mesmo tempo como fim, jamais simplesmente como meio".

Tendo colocado o que é imperativo categórico é preciso retornar ao conceito de autonomia da vontade, no qual esta é a condição de possibilidade dos imperativos categóricos e, portanto, da moralidade. Kant discute como isso possui impacto nas ações individuais, pois para ser universal, não se pode embasar a Ética em finalidades pessoais que estão inerentes a cada indivíduo particular. Cada indivíduo tem, por exemplo, uma crença individual de religião, mas isso não significa que se possa construir uma ética comum universal para um protestante e um agnóstico. Assim, esse tipo de ética tem de

[27]Essas proposições podem ser encontradas em Hoffe, Otfried. Immanuel Kant. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 202-203.

ser embasado em princípios por si.A partir da noção de autonomia da vontade pode ser extraído o que é liberdade e que Kant entende essa liberdade como autonomia (a capacidade de se auto legislar) e não como livre arbítrio. Com essa ética kantiana, se pergunta como é possível então dois indivíduos conviverem em um mesmo espaço, ou seja, como uma individualidade pode se dar em uma pluralidade de indivíduos. Abrimos espaço para pensar além do imperativo categórico e a noção de autonomia da vontade, que determinam a ética no plano particular para uma pluralidade de indivíduos, uma relação entre pessoas. E isso é exposto na Doutrina do Direito, na parte do Direito Público, na Metafísica dos Costumes.

1. DIREITO PÚBLICO

A primeira pergunta que pode ser feita ao se transpor para o Direito Público é: Como Kant vai do plano particular para o público, ou seja, como duas pessoas podem se relacionar tendo suas liberdades asseguradas? Isso é respondido no começo da Doutrina do Direito Público, com os indivíduos fazendo um Estado jurídico, sendo que nesse Estado jurídico são necessárias leis que precisam de uma proclamação universal para produzi-lo. Para Kant, é preciso haver um Estado jurídico para assegurar a liberdade dos indivíduos. Desta forma, segue o trecho: "Um Estado (civitas) é a união de um conjunto de homens sob leis jurídicas"[28]. Para Kant, a partir disso, o que se tem exposto no texto é a consequência empírica de como o homem no seu ponto de vista prático é, e o que isso impacta nas relações empíricas. Apesar desse impacto, não se pode chamar Kant de empirista, visto que na Metafísica dos Costumes, ele também quer partir de princípios a priori para construir o Estado, e este deve ser embasado em princípios a priori.

Assim, Kant também coloca no Direito Público sua noção de pessoa, a qual não pode se reduzir a um fim, sendo seres humanos em si e eles próprios dotados de vontade. Kant coloca o cidadão na esfera de soberano, e todo cidadão é soberano, sendo contrário à Hobbes, por exemplo, que diz ser no Estado necessário entregar a liberdade para garantir segurança e atributos mínimos para viver. Em Kant isso não ocorre, pois todo cidadão tem sua liberdade respeitada e resguardada, conforme mostra o seguinte trecho:

> "Os membros de uma tal sociedade (societas civilis), ou seja, de um Estado, unidos pela legislação, chamam-se cidadãos (cíveis), e os atributos jurídicos inseparáveis de

[28]Kant, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. Pág. 119.

> sua essência (enquanto tal) são: a *liberdade* legal de não obedecer a nenhuma outra lei senão àquela a que deu seu consentimento; a *igualdade* civil consiste em não reconhecer nenhum superior a si mesmo no *povo*, senão aquele que tenha tanta faculdade moral de obrigar juridicamente quanto ele de obrigá-lo; e em terceiro lugar, o atributo da *independência* civil, que consiste em poder agradecer sua existência e conservação não ao arbítrio de um outro no povo, mas aos seus próprios direitos e forças enquanto membro de uma comunidade política – por conseguinte, a personalidade civil, que consiste em não se deixar representar por nenhum outro em assuntos jurídicos"[29].

Kant fala da personalidade civil, tendo como pressuposto, é claro, a autonomia da vontade. Para Kant todos os cidadãos podem pertencer a uma "vontade unificada do povo", sendo que não há relação de hierarquia: todos são indivíduos que por si só podem externar suas máximas e, por meio de um processo de unificação da vontade popular, podem ser legisladores. Isso é entendido melhor citando o próprio Kant:

> "O poder legislativo só pode pertencer à vontade unificada do povo. Visto, com efeito, que dele deve proceder todo o direito, ele não deve por meio de sua lei *poder* fazer injustiça a ninguém. Ora, se alguém decreta algo contra um *outro,* é sempre possível que, com isso, cometa injustiça contra este, mas nunca naquilo que decide sobre si mesmo (pois *volenti non fit iniuria*). Somente a vontade concordante e unificada de todos, portanto, na medida em que cada um decida a mesma coisa sobre todos e todos sobre cada um, isto é a vontade popular universalmente unificada, pode ser legisladora"[30]

O que se pode ver nesse trecho? Exatamente que tendo um povo escolhido certas leis para eles, elas no fundo não podem ser ruins, visto que foram escolhidas racionalmente. Esse parágrafo também mostra como é possível, pelo menos parcialmente, duas pessoas coexistirem em um Estado. Isso ocorre da seguinte maneira: Todas as pessoas escolhem as leis por meio da vontade e há uma vontade unificada e concordante entre as pessoas, visto que cada lei que um indivíduo elegeu para si mesmo, se for de caráter universal, não vai querer lesar o outro, em conformidade com a terceira proposição apresentada do imperativo categórico. Essa proposição mostra que essa lei ao ser de caráter universal não vai querer nem lesar si mesmo nem ao próximo, já que a humanidade reflete em si mesmo. Se é criada uma lei em que se lesa alguém, o próprio indivíduo se lesa também e assim não se está de acordo com uma vontade geral unificada e, portanto, fere-se o princípio de liberdade. Isso abre espaço para responder outras questões e relacionar essa parte do Direito Público com o Direito das Gentes e o Direito

[29]Kant, Immanuel. Metafisica dos Costumes. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. Pág. 120.
[30]Kant, Immanuel. Metafisica dos Costumes. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. Pág. 119-120.

Cosmopolita. Esses últimos dois são necessários para se atingir a paz.Uma das adversidades que Kant se preocupa, seguindo a esteira desse problema da liberdade, é o problema de como é possível garantir a paz. Por meio do Estado jurídico e de diversas reflexões ele chega a algumas respostas, apresentadas na terceira parte deste artigo. Entretanto, é necessário ressaltar a dimensão do ser humano como fim em si mesmo e sua dignidade para depois ir para o Direito das Gentes e o Direito Cosmopolita.

Enquanto o Direito Público assegura elementos indispensáveis para uma coexistência de uma relação positiva entre as pessoas, regulando as relações básicas da sociedade como propriedade de coisas, contrato, casamento, etc.[31], o Direito das Gentes transcende isso assim como o Direito Cosmopolita. Dessa forma, nessas outras duas classificações de Direito, a pessoa não é objeto e não pode ser igualada a coisa, e a posição para se atingir a paz é resguardar isso em todas as esferas, tanto no âmbito de uma relação entre povos, quanto entre um cidadão sem um Estado específico ou um Estado específico.Seguindo essa linha, Kant desenvolve o pensamento de que todo ser humano possui a capacidade de se autodeterminar e essa característica gera a noção de dignidade. Isso porque a pessoa exige ser tratada como um fim em si mesmo. Desta forma, Kant distingue pessoa de coisa. Segundo ele, "Uma pessoa é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. A personalidade moral não é, portanto, mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais"[32].

Diferentemente, coisa é qualquer ser que não é capaz de se autodeterminar, podendo ser usada como meio para autodeterminação da pessoa. Tal característica faz com que se possa inferir a qualidade de mercadoria a uma coisa, podendo esta ser comprada, trocada ou substituída. A coisa acaba por tornar-se propriedade de uma pessoa. Kant afirma: "Uma coisa é aquilo ao que nada pode ser imputado. Dá-se, portanto, o nome de coisa a qualquer objeto do livre arbítrio que seja ele próprio carente de liberdade"[33].Dada a distinção entre coisa e pessoa e finalizando parcialmente a explanação que interliga a pessoa e a liberdade, deve-se tornar claro que a liberdade em Kant permanece a maior parte do tempo como uma mera possibilidade. Todavia, como veremos mais a frente, tal questão possui a mesma essência da possibilidade de alcance da Paz Perpétua de Kant. Isso porque, mesmo como mera possibilidade no caso da

[31]Nour, Soraya. À paz perpetua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Pág. 28.
[32]Kant, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru, SP: EDIPRO, 2008. Pág. 66.
[33]Kant, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru, SP: EDIPRO, 2008. Pág. 66.

liberdade ininterrupta e como impossibilidade no caso da paz perpétua, são essas buscas que oferecem os parâmetros das noções de justo e injusto, de certo e errado.

2. DIREITO DAS GENTES E DIREITO COSMOPOLITA

Posto isso, vamos continuar analisando a pessoa em Kant, mas agora em esfera internacional. Antes de dar entrada ao assunto, é importante ressaltar que a pessoa para Kant é todo ente com capacidade de se autodeterminar, produzindo suas próprias leis. Kant divide o direito internacional em Direito das Gentes e Direito Cosmopolita. Primeiramente, analisaremos o Direito das Gentes. Tal Direito se refere às relações entre os povos. Como dito anteriormente, a liberdade é uma mera possibilidade, tornando-se impossível ser sempre livre. Os entes podem se autodeterminar e produzir nossas próprias leis, mas isso tem um limite, já que se vive no mundo empírico. Assim, mesmo que haja a organização dos povos em Estados, ocorrem conflitos entre esses Estados através de disputas. É justamente a tentativa de solucionar esses conflitos que acaba sendo uma obrigação moral dos povos.Paz para Kant não é a ausência de conflitos, pois eles sempre existiram, mas sim a resolução desses conflitos a partir do direito, o equacionamento jurídico deles. Kant propõe então uma Federação de Estados livres. Nesta, os Estados mantêm sua soberania, tendo como foco a autonomia dos indivíduos. Surgiria então a aliança de povos (völkerbund), cujo objetivo não estaria voltado para a intromissão mútua nos desentendimentos de cada nação, mas na proteção contra os ataques externos. A partir disso, entramos no questionamento que Kant aborda no §55 de A Metafísica dos Costumes.É distinta a visão que Kant tem quando comparado a Rousseau sobre o poder que tem um soberano sobre seus súditos em um estado de guerra. Observemos o que ressalta Rousseau em "O Contrato Social":

> (...) quando o príncipe lhe diz: "Ao Estado é útil que morras", ele (cidadão) deve morrer, pois não foi senão sob essa condição que viveu em segurança até esse momento, e sua vida não é mais uma mercê da natureza, mas um dom condicional do Estado.[34]

É importante ressaltar, que para Rousseau, em uma sociedade corrompida como no caso da época em que este autor vivia, o soberano não é efetivamente o povo e sim o

[34]Jean-Jacques Rousseau, O contrato social. Disponível em: <http:// http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdfwww.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em 10/07/2016. Pág. 18.

rei, que no caso detém todo poder arbitrário e assim pode fazer o que bem entender com esse poder, sendo quase algo ilimitado. Como ilustrado acima, este soberano tem o poder sobre a vida dos seus súditos em caso de guerra. Rousseau descreve exatamente a França absolutista e seu tipo de abordagem com a soberania neste trecho.

Kant, por sua vez, afirma em A Metafísica dos Costumes que o soberano não pode conduzir seus súditos à morte, pois fazê-lo seria reduzir o ser humano à condição de coisa, de propriedade, ferindo, pois, a lei moral. O próprio pensamento de Rousseau é contra argumentado por Kant quando ele crítica o seguinte raciocínio:

> Ora, tal como dizemos que já que vegetais (por exemplo, batatas) e animais domésticos são, no que toca à sua copiosidade, um produto humano que ele pode utilizar, consumir e destruir (matar, parece que também podemos afirmar, visto que a maioria de seus súditos são seu próprio produto, que a suprema autoridade no Estado, o soberano, tem o direito de conduzi-los à guerra como os conduziria a uma caçada e a batalhas como a uma viagem de recreio.[35]

Logo em seguida, Kant sustenta que tal argumento não seria válido com os cidadãos, pois além de configurar o polo passivo, os cidadãos também configuram o polo ativo na condição de representantes do próprio soberano e, por essa razão, não são somente cidadãos, mas também colegisladores de um Estado, não podendo ser tratados como meio, assim como ocorre com as coisas, mas como fins em si mesmos. Desta forma, em uma situação de guerra, o Estado só pode dirigir seus súditos para o combate se houver livre assentimento de cada cidadão através de seus representantes. É o povo que dá seu voto para ir à guerra. Portanto, o poder do soberano sobre seus súditos é limitado.Passemos agora a dissertar sobre outro aspecto da concepção ética tendo em vista a pessoa em Kant, ainda dentro da esfera que trata sobre o Direito das Gentes, a questão do direito durante uma guerra. Segundo Kant,

> O direito durante a guerra teria que ser, então, o travar a guerra de acordo com os princípios que deixam sempre em aberto a possibilidade de abandonar o estado de natureza entre os Estados (na sua relação externa entre si) e ingressar numa condição jurídica.[36]

Além disso, nenhuma guerra entre Estados poderia ser punitiva e nem de extermínio.É importante destacar que mesmo sendo difícil o estabelecimento do direito em uma guerra, pois guerras são fenômenos anajurídicos, há limites impostos quanto aos

[35]Kant, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru, SP: EDIPRO, 2008. Pág. 188.
[36]Kant, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru, SP: EDIPRO, 2008. Pág. 189.

meios de defesa que envolvem os súditos de um Estado. Não são permitidas defesas que tirem a qualidade de cidadania de um súdito. Essas são destacadas por Kant: o uso de súditos como espiões, o uso de súditos ou estrangeiros como assassinos a partir de emboscadas e o uso de súditos para espalhar falsas notícias. Isso porque esses meios configuram a deslealdade e esta, por sua vez, destruiria a possibilidade de uma paz duradoura no futuro devido à ruptura na confiança que se faz necessária para a paz.Estes foram conceitos do direito durante a guerra. Vejamos, pois, como se dá a condição jurídica após uma guerra. O direito pós-guerra envolve um tratado de paz. O vencedor é o responsável por estabelecer as condições de um acordo com o povo vencido a fim de alcançar a paz. Dito isto, não é permitido ao vencedor a propositura de indenizações relacionadas aos custos da guerra, pois tal ato poderia configurar a guerra como injusta ou punitiva e essa condição fere com o princípio da autonomia dos indivíduos. É importante ressaltar que mesmo que um Estado tenha sido vencido, seus súditos não perdem sua liberdade civil com a conquista de seu país, ainda que o Estado vencedor detenha supremo poder executivo sobre o Estado vencido.

Vimos então que a busca pela paz é bastante importante na doutrina de Kant. A paz deve ser assegurada por estruturas jurídicas institucionais, fundada a partir do Direito Público em um Estado civil, o que significa a saída de um estado de natureza. Nesse contexto ele afirma que o objetivo de uma aliança entre os Estados seria a Paz Perpétua, a meta final de todo o Direito das Gentes. Entretanto Kant afirma que a ideia da Paz Perpétua é inatingível a partir da seguinte fundamentação:

> (...) se um tal Estado constituído por nações se estendesse demasiado longe sobre vastas regiões, governar esse Estado, assim, também proteger cada um de seus membros acabaria por se tornar impossível, enquanto várias corporações desse jaez novamente gerariam um estado de guerra.[37]

Todavia, Kant retorna ao seu raciocínio dizendo que mesmo que a Paz Perpétua seja inatingível, os princípios direcionados a ela não o são, pois se baseiam no dever.Assim, deve se agir como se a Paz perpétua fosse algo real, pois isso é um dever, completando da seguinte forma:

> (...) admitir que a lei moral de nós é ela própria enganosa faria nascer em nós o desejo, que suscita nossa abominação, de preferirmos nos livrar de toda razão e nos

[37]Kant, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru, SP: EDIPRO, 2008. Pág. 193.

> encararmos como lançados por nossos próprios princípios ao mesmo mecanismo da natureza de todas as demais espécies animais.[38]

Além da Federação entre Estados, o Republicanismo devia ser a primeira condição para o estabelecimento da paz, pois somente a Constituição Republicanafaz com que o Estado seja administrado conforme as leis que um povo daria a si próprio e é justamente neste conceito que se encaixa a liberdade, ou seja, se obedece a uma lei exterior a qual é provida do consentimento de cada cidadão.Por fim, deve-se falar acerca do Direito Cosmopolita. O ius cosmopoliticum se refere à relação dos indivíduos não como membro de seu próprio Estado, mas membro ao lado de cada Estado, de uma comunidade cosmopolita[39]. Segundo Kant, esse Direito é a possível união de todas as nações com vistas a certas leis universais para o possível comércio entre elas. A partir do Direito Cosmopolita, não pode ser suprimido o direito dos cidadãos de visitar todas as regiões da terra e de estabelecer relações comuns com todos, lembrando que tal direito não permite o estabelecimento de colônias no território de outras nações. A partir desse conceito explicita-se a hospitalidade. O mesmo se dá com o asilo, sendo ambos direitos fundamentais.Como se pode observar, o direito cosmopolitano possui um caráter bastante progressista em Kant e a questão da hospitalidade é uma crítica que pode ser feita às relações internacionais hodiernas. Vivemos em tempos que a xenofobia está acima da hospitalidade e que a economia se põe sobre o estabelecimento das relações. Por qual razão o pensamento kantiano eticamente fundamentado no século XVIII ainda não ganhou espaço no século XXI? Será que estamos mais longe da autodeterminação a partir do conceito de liberdade para Kant? Será que a República é mesmo o sistema ideal? A filosofia de Kant levou muitas respostas para suas indagações e problemas, mas há questões que ainda são passíveis de serem analisadas.

CONCLUSÃO

Concluindo, analisou-se no artigo a noção de autonomia da liberdade e de pessoa em Kant, tendo em vista que a liberdade é o pressuposto para se ter os imperativos categóricos que, no plano individual, são importantes para a ação humana. Já no plano

[38]Kant, Immanuel. A metafísica dos costumes. Bauru, SP: EDIPRO, 2008. Pág. 196.
[39]Nour, Soraya. À paz perpetua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Pag. 55.

coletivo, no qual há uma vontade unificada, cria-se um conjunto de leis, que é a Constituição. A partir disso, no Direito Público há depois essa dimensão da liberdade na esfera entre povos e entre Estados, sendo fundamental para entender como é possível ter dois povos se relacionando.

Mostrar-se algumas consequências jurídicas e empíricas dessas relações, o que ressalta a importância do direito para atingir uma possível paz. Analisou-se no artigo a dimensão da autonomia da liberdade no plano individual e no plano coletivo, mostrando como é possível isso nos dois planos e algumas de suas consequências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Herrero, Francisco Javier. **Moral, Direito e Política**. In: Travessoni, Alexandre (Coord.). Kant e o Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

Hoffe, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Kant, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2013.
_____. A Metafísica dos Costumes. Bauru, SP: EDIPRO, 2008

Nour, Soraya. **À paz perpetua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Pascal, Georges. **Compreender Kant.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

Rousseau, Jean-Jacques. **Do contrato social.** Disponível em: <http:// www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em 10/07/2016.

CAPÍTULO III

DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS A PARTIR DA CONSTRUÇÃO DO EMPODERAMENTO FEMININO

Christiane Rabelo Britto[40]
Brunna Rabelo Santiago[41]
José Gomes de Britto Neto[42]

RESUMO: Este trabalho estuda a concretização dos direitos humanos das mulheres dentro da sistemática jurídica, através da construção de um empoderamento feminino, como rompimento à sociedade conservadora e sexista. Portanto, o problema posto consiste em como garantir a efetividade dos direitos humanos femininos, a partir da promoção do empoderamento das mulheres. Objetiva-se, dessa forma, entender como ocorreu a construção dos direitos humanos e, ainda, delimitar o tema a partir da conceituação dos direitos humanos das mulheres, trabalhando, então, a relação existente entre o empoderamento feminino e as possibilidades de efetividade dos direitos aqui citados. Considera-se, com isso, que este empoderamento figura como caminho viável para a garantia e eficácia dos direitos humanos femininos. Desenvolveu-se esta pesquisa, a partir da utilização do método dedutivo como método de abordagem, bem como de técnicas de pesquisa indireta bibliográfica, por meio de estudos pautados, em principal, nas obras de Flávia Piovesan e Judith Butler.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Humanos. Direitos Humanos das Mulheres. Empoderamento Feminino. Consciência Feminista. Efetividade de Direitos.

INTRODUÇÃO

[40] Advogada. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Faculdade Anhanguera. E-mail: christianebritto@yahoo.com.br
[41] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: brunnarsantiago@hotmail.com
[42] Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

O presente artigo refere-se à evolução dos direitos humanos das mulheres em contrapartida a uma sociedade patriarcal e sexista, evidenciando-se a inefetividade dos mesmos. Em que pese a evolução desses direitos terem iniciado em 1972, verifica-se que promover apenas o bem-estar da mulher torna-se insuficiente, sendo necessária a inserção desta, como sujeito de direitos, na sociedade. Abordar-se-á nesse trabalho a necessidade de empoderar grupos minoritários, neste caso representado pelas mulheres, para que se alcance a aniquilação da sua situação de subordinação, com a implementação de uma sociedade mais justa e participativa. O fator primordial para esta exclusão é a visualização da mulher sempre em plano secundário quando relacionada ao papel do homem no seio social. Demonstrar-se-á, então, que a eliminação dessa desigualdade de gênero representará um benefício para toda a sociedade.Neste contexto, restar-se-á evidente que o empoderamento da mulher contribuirá para que ela ocupe o papel de agente na sociedade em diversos setores: na política, no mercado de trabalho, na educação. Desta forma, será capaz de exigir a prestação dos direitos humanos que lhes são inerentes, da mesma forma que os são para todo e qualquer ser humano.A abordagem do presente artigo iniciar-se-á a partir da construção histórico-filosófica dos direitos humanos, seguindo-se com a abordagem da efetivação dos direitos humanos das mulheres. Ademais, far-se-á uma análise do empoderamento feminino como instrumento propulsor para a concretização dos direitos da mulher.

Essa temática mostra-se extremamente atual, tendo em vista que, em pleno século XXI, apesar de totalmente descabida quaisquer formas aniquiladoras da dignidade da pessoa humana e tolhedoras dos direitos fundamentais, o tratamento desigual entre os homens e mulheres ainda existe, contribuindo para a inefetividade dos direitos humanos da mulher. Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo, a partir da abordagem geral da construção dos direitos humanos e posterior especificação do tema, ao tratar da efetivação dos direitos humanos das mulheres, através do empoderamento feminino para se alcançar a concretização desses direitos. Além deste método, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, principalmente, com o estudo das obras dos doutrinadores Flávia Piovesan e da filósofa feminista Judith Butler, possibilitando a interação dos estudos sobre a reconstrução dos direitos humanos e a indispensável busca pela sua efetividade, bem como a erradicação da qualquer forma de discriminação que exclua a mulher do seu processo de agente transformadora e integrante de uma sociedade justa e igualitária.

1. CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, torna-se necessário dirimir possíveis dúvidas a respeitos de expressões corriqueiramente utilizadas como sinônimas, mas que guardam entre si algumas distinções. São elas: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos naturais.É imperioso destacar a inexistência de consenso a respeito do signo mais adequado para se referir aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Tem-se na própria Constituição Federal de 1988 diversas expressões para mencionar os referidos direitos, tais como: direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5°, §1°), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI); direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV) (Guerra, 2013). Ingo Sarlet (2015) pondera que os Direitos Humanos constituem os direitos inerentes ao indivíduo reconhecidos na esfera internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional; enquanto que direitos fundamentais são os direitos da pessoa humana reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico constitucional interno; por sua vez, os direitos naturais do homem assumem uma dimensão pré-estatal (*supra* estatal), diferentemente do que ocorre com os dois *suso* mencionados. Os direitos humanos constituem normas caracterizadas pela vagueza, abstração e abertura (RAMOS, 2015, p. 33). Isto posto, torna-se imprescindível a atividade jurisdicional para a efetivação dos conteúdos dessas normas. André Ramos (2016), assevera que:

> Os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados na Constituição ou nos tratados internacionais. A fundamentalidade dos direitos humanos pode ser formal, por meio das inscrições desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo não expresso – é indispensável para a promoção da dignidade humana. (RAMOS, 2016, pág. 30).

Por sua vez, Barba assim discorre a respeito dos direitos humanos:

> [...] são faculdades que o Direito atribui a pessoas e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política, ou social ou qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes

> públicos para reestabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação (PECES-BARBA *apud* RAMOS, 2015, p. 38).

Por conseguinte, os direitos humanos asseguram a vida digna, dando condições adequadas de existência aos indivíduos, a fim de que possam participar ativamente da vida da sua comunidade (RAMOS, 2015). Note-se que os direitos humanos emergem de processos que demandam lutas emancipatórias em prol da firmação da dignidade humana. Nesse horizonte de lutas destaca-se especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com o legado que atenta à concepção contemporânea de Direitos Humanos. Tal Declaração constitui marco do contexto histórico, ao qual ela faz parte. Esse documento emerge ao mundo jurídico como resposta aos abusos, aos arbítrio totalitário. (PIOVESAN, 2015).O processo de criação normativa dos direitos humanos tem início no pós-Segunda Guerra Mundial. Constituem uma resposta jurídica às atrocidades e horrores perpetrados em face dos judeus durante o nazismo. (Celso Lafer in Flávia Piovesan). Nesse contexto, Flávia Piovesan assevera que:

> [...] se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução (PIOVESAN, 2015, p. 45)

Assim, os direitos da pessoa humana ganharam extrema relevância, consagrando-se internacionalmente, surgindo como respostas aos horrores praticados nos campos de concentração da Alemanha Nazista (Guerra, 2013, p. 96). Para Hitler, apenas os descendentes da raça superior ariana deveriam fazer jus aos direitos humanos, enquanto que as demais pessoas poderiam ser descartadas. Logo, a dignidade não constituía um atributo do ser humano como um todo, mas dos membros da raça ariana.É imperioso mencionar que todas as barbáries perpetradas contra os judeus estavam protegidas pelo regime legal em vigor na Alemanha à época. Leis foram aprovadas durante o regime nazista que oficializaram e corroboraram o antissemitismo. O Nazismo ascendeu ao poder tendo com suporte a legalidade. Pairou no mundo o sentimento da necessidade de serem criados mecanismos internacionais para a garantia de direitos do indivíduo em face do

estado, marcada pela universalidade. Tanto é assim que Flávia Piovesan discorre neste sentido:

> O Processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do "mínimo ético irredutível" (PIOVESAN, 2015, p. 49)

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993(PIOVESAN, 2015, p. 44). Em 1945, a ONU (Organização das Nações Unidas) foi criada pela Conferência de São Francisco. Tal organização possui como objetivo a resolução pacífica dos conflitos internacionais. (CAMPOS *apud* ÁVILA, 2014). É importante destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada na Assembleia Geral da ONU. Nesse sentido, Flávia de Ávila afirma que:

> No âmbito jurídico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos nasceu com a significativa força de uma importante carta de intenções, dos membros da ONU, mas não como a obrigatoriedade de um tratado. Ao longo dos anos de aplicação, sua natureza jurídica foi se transformando de tal maneira que sua respeitabilidade perante os Estados já se considera fluente do Direito Costumeiro, em razão das reiteradas menções ao seu conteúdo em documentos importantes, bem como nas jurisprudências dos Estados e de tribunais Internacionais (ÁVILA, 2014, págs.245 e 246).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa o primeiro documento legal que reconheceu direitos próprios dos seres humanos que não poderiam ser violados pelo Estado. Primeira tentativa de limitação do comportamento do Estado em relação aos direitos de seus cidadãos (ÁVILA, 2014). A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção (PIOVESAN, 2015, p. 49). A concepção contemporânea dos direitos humanos decorre da sua internacionalização, movimento recente na história, tendo em vista que surgiu a partir do Pós-Guerra, justamente para que os horrores cometidos durante o nazismo não fossem repetidos (PIOVESAN, 2015). Essa concepção é caracterizada por três conquistas: a) os direitos humanos são universais, posto que para tê-los basta ser pessoa; b) seu fundamento ético

é a dignidade da pessoa humana; e c) esses direitos são interdependentes, Inter relacionados e indivisíveis. (op. cit.). Nas palavras de Thomas Buergemthal:

> O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (BUERGENTHAL *apud* PIOVESAN, 2015, 45).

Um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos começa a ser formulado, constituindo um constitucionalismo global, com a criação de um mecanismo internacional para a proteção destes direitos. Trata-se de um novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade da pessoa humana a pressuposto de todos os constitucionalismos (PIOVESAN, 2015). Nas lições de André de Carvalho Ramos, tem-se que:

> Uma sociedade pautada na defesa de direitos (sociedade inclusiva) tem várias consequências. A primeira é o reconhecimento de que o primeiro direito de todo indivíduo é o direito de ter direitos(..). A segunda consequência é o reconhecimento de que os direitos de um indivíduo convivem com os direitos de outros. O reconhecimento de um rol amplo e aberto de direitos humanos exige ponderação e eventual sopesamento dos valores envolvidos. (RAMOS, 2016, pág. 31)

Verifica-se, desta forma, a possibilidade da existência de conflitos entre direitos, os quais serão solucionados através da ponderação a ser exercida pelos órgãos jurisdicionais, a fim de que possa existir a convivência de direitos humanos numa sociedade de direitos. (Op.cit.).

2. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Os Direitos Humanos das Mulheres perpassaram por uma crescente evolução desde o início de sua conceituação em 1972, fato que ocorreu a partir da publicação da obra de Mary Wollstonecraft “A vindication of the rights of woman”. Em conceituação inicial, esses direitos tratavam do bem-estar da mulher, o qual era claramente precário quando comparado ao bem-estar do homem. (SEN, 2010). Resta clara a importância de se defender o bem-estar feminino, ou seja, o tratamento humano da mulher. Entretanto, entende-se que apenas essa defesa não se mostra suficiente para garantir o fim da

hierarquização dos sexos. Em outras palavras, não basta garantir à mulher um tratamento digno, faz-se primordial, também, inseri-la na sociedade como sujeito de direitos. Nesse ínterim, nota-se a evolução dos direitos humanos da mulher do status de defensor de um "bem-estar" para necessário status de garantidor da condição de agente do gênero feminino (SEN, 2010). Nesse sentido, afirma-se:

> A natureza dessa mudança de concentração e enfoque à vezes passa despercebida devido à sobreposição das duas abordagens. A condição de agente ativa das mulheres não pode, de nenhum modo sério, desconsiderar a urgência de retificar muitas desigualdades que arruínam o bem-estar das mulheres e as sujeitam a um tratamento desigual; assim, o papel da condição de a gente tem de concentrar-se, em grande medida, também no bem-estar feminino. Analogamente, vindo pelo lado oposto, qualquer tentativa prática de aumentar o bem-estar feminino não pode deixar de recorrer à condição de agente das próprias mulheres para ocasionar tal mudança. (SEN, 2010, p. 247).

Assim, demonstra-se primordial a atuação da mulher na sociedade de forma plena, como sujeito de direitos. Para o alcance dessa plenitude, portanto, a garantia do bem-estar, da vida digna, sem, contudo, garantir-se uma atuação social efetiva feminina, através de seu empoderamento, não se faz suficiente. Então, conclui-se que:

> Afinal, de que vale a vida sem dignidade? É certo que o Estado deve não somente garantir aos indivíduos o direito de viver, ou seja, de permanecer vivo, mas também oferecer a eles condições básicas para que tenham acesso aos direitos e garantias fundamentais. (BARBOZA; KAZMIERCZAK, in COSTA; CACHICHI, 2016, p. 124).

Conforme exposto, não basta garantir-se o direito à vida por si só para se considerar um ser humano como sujeito de direitos. Faz-se necessário, ainda, o acesso a direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, a participação na vida política, a possibilidade de formação intelectual, de atuação no mercado de trabalho, enfim, a plena participação social do indivíduo, acarretando, assim, na concretização de sua dignidade. É importante ressaltar que a efetivação dos Direitos Humanos das Mulheres enseja em benefícios não apenas para o sexo feminino, mas sim para todos os homens e mulheres da sociedade. Nesse sentido, destaca-se o dito pelo economista Amartya Sen. (2010, p. 248): "Mas ocorre também que o papel limitado da condição de agente ativa das mulheres afeta gravemente a vida de todas as pessoas – homens e mulheres, crianças e adultos". Assim, compreende-se a importância de se trabalhar a concretização do empoderamento

feminino e, consequentemente, dos direitos das mulheres. Como consequência da sociedade machista e patriarcal, a mulher sempre esteve às margens do direito, fato que dificulta a concretização de direitos e garantias femininos. Nesse diapasão:

> As sociedades sexistas organizaram o ordenamento jurídico de modo a garantir o establishment. As mulheres sofreram uma espécie de capitis diminutio, sendo que passaram a ser consideradas à margem do direito, da mesma forma que os presos, e aqueles que tem desenvolvimento mental incompleto, quer sejam crianças, quer sejam deficientes mentais. Mesmo as leis mais democráticas mantiveram as mulheres nesse patamar. (ALVES; PEGORER, in MAIA; BIANCON, 2014, p. 128).

Entretanto, a invisibilidade legal supracitada perpassa situações de importante consideração do ser feminino. Encontra-se, assim, legislação que trata da importância de se respeitar os direitos das mulheres, como atitude que afeta a toda a sociedade. Por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher estabelece que a distinção depreciativa de gênero viola os princípios da igualdade de direitos[43] e do respeito à dignidade humana, dificultando a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país. A citada exclusão social constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher como cidadã capaz de prestar serviço a seu país e à humanidade. (ONU, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979).

Portanto, através da referida análise, conclui-se, conforme já exposto, que a eliminação da desigualdade de gênero não representa um benefício apenas para as mulheres, mas sim para toda a sociedade. Dessa forma, a busca pela igualdade de direitos entre homens e mulheres deve constituir interesse de todos. Surge, a partir da discussão aqui fomentada, o seguinte questionamento: De que forma pode-se garantir que a mulher assuma a condição de agente e, consequentemente, de sujeito de direitos na sociedade? Momento em que, através da análise de estudos feministas, busca-se a fomentação ao empoderamento feminino como instrumento propulsor da concretização dos direitos da mulher.

1. O EMPODERAMENTO FEMININO COMO INSTRUMENTO PROPULSOR PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER

[43] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL. Constituição, 1988).

A posição de agente da mulher demonstra-se fundamental para a garantia de sua liberdade e, consequentemente, de seu poder de livre escolha. Entretanto, deve-se atentar para a concretização desses institutos. Sabe-se que a sociedade atual representa o domínio de uma minoria quantitativa sexista e opressora, apesar do regime democrático vigente. A esse respeito, pontua-se:

> A livre escolha é, assim, mais do que um ideal, uma condição para a legitimidade dos contratos e dos acordos. É justamente por isso que, no âmbito do pensamento e das instituições liberais, é possível aceitar a alienação parcial do direito dos indivíduos ao autogoverno. O foco na condição de liberdade do indivíduo quando consente voluntariamente com os termos de um contrato não diminui a relevância nem faz deixar de lado o problema de que o resultado desses contratos pode ser, e em muitos casos é, a submissão de alguns por outros. O autogoverno se torna, nessa crítica, o valor político central. Por isso é um problema se a condição inicial de livre escolha, como ausência de coerção, desdobra-se em restrições à liberdade futura dos indivíduos. Mesmo que não exista exploração em um contrato firmado voluntariamente, se ele permitir relações 'de domínio e subordinação em que se reduz a liberdade ou autonomia de uma das partes interessadas', há aqui um problema do ponto de vista da produção de uma sociedade democrática. (BIROLI in MIGUEL; BIROLI, 2014, págs. 110-111)

Em que pese o regime democrático vigente, conforme exposto, há um problema na efetivação plena dessa democracia. Quando grupos minoritários como mulheres, negros, índios, crianças, entre outros, estão inseridos em uma posição de exclusão, sem direito a voz, o dito "governo de todos" não condiz com a realidade. Dentro desse contexto, defende-se neste trabalho, então, a necessidade de se empoderar grupos minoritários, neste caso específico, representados pelas mulheres, para que haja a redução de uma clara subordinação e a criação de uma sociedade mais justa e democrática. A partir disso, poder-se-á garantir, em consequência, a concretização dos direitos das mulheres. Entretanto, o principal empecilho para a solução do problema aqui apresentado encontra-se no fato de que, numa sociedade conservadora e patriarcal, não se faz prioridade o interesse por causas femininas. Nesse sentido, aduz-se:

> Para Lévi-Strauss, a identidade cultural masculina é estabelecida por meio de um ato aberto de diferenciação entre clãs patrilineares, em que a "diferença" nessa relação é hegeliana – isto é, distingue e vincula ao mesmo tempo. Mas a "diferença" estabelecida entre os homens e as mulheres que efetivam a diferenciação entre os homens escapa completamente a essa dialética. Em outras palavras, o momento diferenciador da troca social parece ser um laço social entre os homens, uma união hegeliana em termos masculinos, simultaneamente especificados e individualizados. Num nível abstrato, trata-se de uma identidade-na-diferença, visto

> que ambos os clãs retêm uma identidade semelhante: masculinos, patriarcais e patrilineares. Ostentando nomes diferentes, eles particularizam a si mesmos no seio de uma identidade cultural masculina que tudo abrange. Mas que relação institui as mulheres como objeto de troca, inicialmente portadoras de um sobrenome e depois de outro? (BUTLER, 2015, p. 79).

O trecho extraído da obra feminista "Problemas de Gênero" esclarece que a cultura masculina, concretizada por meio de uma sociedade patriarcal, possui grande poder de abrangência social. No presente contexto, esse caráter abrangente, que se fortifica através da submissão da mulher a posições e participações sociais inferiores e de menor importância, influi diretamente no desinteresse estatal em relação à concretização dos direitos humanos das mulheres. O empoderamento da mulher representaria, portanto, uma forma de se modificar essa situação de opressão ao gênero feminino. De acordo com a pesquisadora Mirla Cisne (2014), a consciência militante feminista e o consequente empoderamento feminino compõe-se de alguns elementos, destacando-se para esta pesquisa dois em principal, quais sejam: "1) a apropriação de si e a ruptura com a naturalização do sexo; 2) o sair de casa" (CISNE, 2014, p. 176).

O primeiro ponto, "apropriação de si", refere-se ao fato da própria mulher perceber-se como sujeito, indivíduo que possui e domínio de suas escolhas, de seu próprio corpo e de suas ações. Para que essa tomada de consciência possa ser realizada, deve-se trabalhar a desconstrução da naturalização dos sexos e do conceito de família nos moldes patriarcais, como aquela instituição composta por um casal heterossexual com filhos havidos no casamento. (CISNE, 2014). Dessa forma, a referida desconstrução abrangerá a compreensão de diferentes formas de interação humana, como casais de diferentes sexos, gêneros, de orientações sexuais diversas, com filhos de relacionamentos anteriores, independentemente de vínculo sanguíneo ou apenas afetivo. Enfim, fora do ideal de família, criado por um Estado opressor, com o intuito de se manter a minoria conservadora, composta por homens, brancos, com poder aquisitivo e político, na estrutura governamental dominante.

O segundo elemento, "o sair de casa", na prática representa um dos passos mais difíceis de atuação da mulher para o encontro de seu empoderamento. Afinal, a casa é o local onde se compreende o patriarcado. Sair de casa, portanto, representa a liberdade de possibilidades da mulher, que ingressa no mercado de trabalho e, ainda, desprende-se das amarras da vida doméstica. Nessa etapa, defende-se não apenas a inserção da mulher nos campos do estudo e do trabalho, mas principalmente a divisão justa dos afazeres

domésticos e a introdução do gênero feminino na política de forma quantitativamente igualitária. Cumpre ressaltar que para concretização do exposto, faz-se necessária a ruptura com o conservadorismo cultuado pelas instituições da família e da igreja. (CISNE, 2014). Os dois principais elementos de alcance do empoderamento aqui abordados, quando concretizados, criam a base e força necessárias para a concretização dos direitos humanos fundamentais das mulheres. Assim, "os direitos fundamentais, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado à revelia das próprias envolvidas" (MENDES, 2014, págs. 195-196). Faz-se imprescindível, portanto, a atuação da mulher como sujeito ativo necessário. Afinal, uma mulher empoderada, que se reconhece como sujeito de direitos, possuindo acesso a todos os setores sociais: política, mercado de trabalho, educação, entre outros; estará apta a exigir a prestação de direitos humanos inerentes a todo e qualquer ser humano e, consequentemente, a toda mulher e a mulher como um todo.

CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos das mulheres são fundamentais não apenas para garantir o bem-estar do gênero feminino, mas principalmente para a evolução do ser humano como um todo, com o fito de se atingir uma sociedade mais democrática, justa e igualitária. Entretanto, para atingir esse ideal social, deve-se trabalhar a consciência feminista, fomentando, assim, o empoderamento feminino. A partir do momento que a mulher estiver realmente inserida na sociedade, de forma plena, como sujeito de direitos e portadora de garantias, esta deixará de ocupar a posição de sujeito passivo para adentrar na esfera de agente. Assim, participando ativamente da vida política, profissional e educacional, o gênero feminino estará apto a buscar a garantia dos direitos humanos das mulheres, os quais, infelizmente, apresentam graves problemas de eficácia na atualidade.

Cumpre ressaltar, ainda, a necessidade de se desconstruir o conceito patriarcal de família, fato que ensejará na "saída de casa" das mulheres. Em outras palavras, ao considerar como família diferentes formações, e não apenas o modelo conservador de homem e mulher unidos pela instituição do casamento, afastar-se-á o gênero feminino apenas do âmbito doméstico, permitindo a este a inserção plena em todas as esferas da vida social. Com isso, compreende-se que o empoderamento feminino é uma conquista que pode ser atingida através da consciência social e visualização da mulher como o ser

humano que realmente é. A desconstrução da sociedade sexista, através da colocação da mulher como indivíduo agente e atuante, garantirá a efetividade dos direitos humanos femininos, fazendo com que as mulheres continuem, agora mais fortes e seguras, a caminhada em direção à saída dessa esfera de exclusão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito; PEGORER, Mayara Alice Souza. **Direitos da Mulher: Alguns aspectos polêmicos quanto à afirmação da igualdade e a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos**. In: MAIA, Jorge Sobral da Silva; BIANCON, Mateus Luiz (orgs.). Educação das relações de gênero e em sexualidades: reflexões contemporâneas – Curitiba: Appris, 2014.

ÁVILA, Flávia de. **Direito e Direitos Humanos: Abordagem Histórico-Filosófica e Conceitual.**1ª edição. Curitiba: Appris, 2014.

BARBOZA, Maytê Ribeiro Tamura Meleto; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **O Direito de Morrer Dignamente e o caso de Ramón Sampedro: Do suicídio assistido à eutanásia, distanásia e ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro**. In: COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Crime, Direito, Arte & Literatura: Estado, Responsabilidade, Inclusão ou Exclusão Social. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2016.

BIROLI, Flávia. **Autonomia, dominação e opressão**. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. Feminismo e política: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 8ª ed. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CISNE, Mirla. **Feminismo e consciência de classe no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2014.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso complementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDADAS. ONU**. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Genebra, 1979

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**.12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das letras, 2010.

CAPÍTULO IV

DISCURSO DE ÓDIO E TEORIA DOS PRINCÍPIOS
SPEECH OF HATRED AND THEORY OF PRINCIPLES

Fernando Flores FANAIA[44]
Marcelo Antonio THEODORO[45]
Valter Foleto SANTIN[46]

RESUMO:O presente artigo é fruto das pesquisas realizadas pelo Grupo de Pesquisas e Direito Constitucional – Novas Perspectivas à Luz da efetividade dos direitos fundamentais, da UFMT em conjunto com o Grupo de Pesquisas em Políticas Públicas e efetivação dos Direitos Sociais da UENP, e busca analisar a partir da Teoria dos Princípios desenvolvida por Ronald Dworkin e posteriormente por Robert Alexy. A partir da compreensão de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em face do âmbito de proteção numa visão alargada e não restritiva, o desafio é verificar se é possível avaliar a partir de uma visão ampla da teoria dos princípios, o discurso de ódio salvaguardado como direito fundamental, ressaltando sempre o caráter prima facie dos direitos fundamentais. O método hipotético-dedutivo se mostrou o mais apropriado para a presente análise, e a utilização dos recursos bibliográficos se mostrou suficiente por ora para as conclusões apresentadas.

PALAVRAS-CHAVES: Teoria dos princípios. Direitos Fundamentais. Liberdade de expressão. Discurso de ódio.

ABSTRACT: This article is the result of research conducted by the Research Group and Constitutional Law - New Perspectives in the Light of the effectiveness of fundamental

[44] Graduando da Faculdade de Direito da UFMT. Membro do Grupo de Pesquisa Grupo de pesquisa Direito Constitucional – Novas perspectivas à luz da efetividade dos direitos fundamentais (UFMT) e-mail: fernandoffanaia@gmail.com
[45] 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
[46] 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.

rights, UFMT together with the Group for Research in Public Policy and realization of social rights of UENP and seeks to analyze from the principles of the theory developed by Ronald Dworkin and later by Robert Alexy. From the understanding that fundamental rights must be interpreted in light of the scope of protection in an enlarged and not restrictive view, the challenge is to see if you can assess from a broad view of the theory of principles, hate speech safeguarded as fundamental right, always emphasizing the character prima facie of fundamental rights. The hypothetical-deductive method was the most appropriate for this analysis, and the use of library resources proved sufficient for now to the conclusions.

KEYWORDS: Theory principles. Fundamental rights. Freedom of expression. Hate speech.

INTRODUÇÃO

1. DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Nas últimas décadas, a Constituição brasileira adquiriu, verdadeiramente, força normativa e efetividade[47]. Consoante destaca o Min. Luís Roberto Barroso, "as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como *integrantes de um documento estritamente político, mera convocação do Legislativo e do Executivo para desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais*"[48] (Grifo nosso). Nesse ambiente, desenvolveu-se um movimento conhecido como "doutrina brasileira da efetividade"[49], na qual se buscou superar a insinceridade normativa e a falta de eficácia de normas constitucionais.A Constituição, portanto, revela-se um instrumento essencial na criação de direitos subjetivos que, em regra, são direta e imediatamente exigíveis do Poder Público ou de particulares, seja por ações constitucionais, seja por ações infraconstitucionais.As normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de atributos que lhe são característicos. Há, todavia, particularidades que, quando comparadas às

[47] Sobre a força normativa da Constituição, v. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
[48] BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em <http://www.conjur.com.br>, acesso em 03 jul. 2016.
[49] Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

demais normas em nosso ordenamento jurídico[50], merecem ser ressaltadas. Em primeiro lugar, as normas constitucionais desfrutam de *supremacia* em relação às infraconstitucionais, estando no vértice piramidal[51]. Além disso, outra característica comum é o *elevado grau de abstração* nos textos que as consagram, bem como sua forte *dimensão política*. Esta dimensão é natural e decorre do fato de a Constituição ter a pretensão de disciplinar juridicamente o fenômeno político, situando-se, portanto, na fronteira entre o Direito e a Política.

Nessa quadra da história em que nos encontramos, há a exigência de convivência entre novos movimentos pós-positivistas, os quais se preocupam, prioritariamente, com as colisões entre normas constitucionais (normas-princípio ou normas-regra), bem como a necessidade de harmonizar direitos consagrados constitucionalmente, os quais serão tratados no próximo tópico.

2. DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise da teoria jurídica dos direitos fundamentais de determinado ordenamento jurídico, segundo Robert Alexy, depende de como seja definido o relacionamento entre as dimensões analítica, empírica e normativa da dogmática jurídica[52]. Tratam-se, em síntese, de modos pelos quais a ciência jurídica pode ser analisada: seja pelos seus conceitos elementares, estruturas e fundamentação (*analítica*); seja pela aplicação do direito positivo válido (*empírica*); seja pela elucidação crítica da práxis jurídica, sobretudo da práxis jurisprudencial de Tribunais Superiores (*normativa*) que, no sistema brasileiro, tem como foco primordial os precedentes do Supremo Tribunal Federal.Sob o prisma analítico, há acirradas discussões doutrinárias sobre as definições elementares de princípios e regras que, na realidade brasileira, tem como expoentes Virgílio Afonso da Silva[53] e Humberto Ávila[54]. Por entendermos ser predominante,

[50] Para uma análise aprofundada sobre o tema ordenamento jurídico, ver: BOBBIO, Norberto. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Santos. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Universidade de Brasília, 1994 e LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
[51] V. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista de Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
[52] V. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 32 e ss.
[53] SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais**:** Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
[54] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

utilizaremos nesta pesquisa a doutrina de Virgílio Afonso da Silva, que desenvolveu seus estudos sob a orientação do próprio Robert Alexy[55].A teoria dos princípios, a qual é umbilicalmente associada à teoria dos direitos fundamentais, incialmente, desenvolveu-se a partir da obra "Taking Rights Seriously" de Ronald Dworkin, em 1977, porém, coube Robert Alexy a sistematização e estruturação conceitual desses por meio da obra "Theorie der Grundrechte" em 1986.Explica *Alexy:*

> O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes[56].

A importância desta constatação reside no fato de que os princípios são, *prima facie*, mandamentos de maximização que são restringidos pelas possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso, garantindo, portanto, a correta adequação de determinada norma-princípio a proteção de determinado direito subjetivo. A tensão entre possibilidades jurídicas é algo inerente à natureza dos princípios. Esta, por sua vez, pode ser solucionada, dentre outras formas, por duas leis: da colisão e do sopesamento. A primeira é enunciada como "[a]s condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência"[57]. Trata-se de uma reflexão sobre o caráter de mandamento de otimização dos princípios: inexiste relação de precedência absoluta, visto que, a cada caso, haverá um *suporte fático condicionante* a cada princípio colidente e, por consequência, a referência a essas situações não são quantificáveis, visto serem relativas ao contexto no qual se encontra inserido os princípios.

Conforme visto, nesta lei há a análise do *suporte fático* conflitante, ao qual definirá as relações de precedência para a consequência jurídica que advirá. A lei de sopesamento, por sua vez, é formulada como "[quanto maior for o grau de não-satisfação

[55]Sobre a polêmica entre Virgilio Afonso da Silva e Humberto Ávila ver THEODORO, Marcelo Antonio. A Constituição como um sistema de princípios e regras. In Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 65 | p. 179 | Out / 2008, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
[56] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90.
[57] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 99.

ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro"[58]. Segundo esta lei, a medida permitida de não utilização de determinado princípio depende do grau de importância da satisfação de outro princípio. Versa, assim, sobre as *possibilidades jurídicas* de princípios colidentes em determinada relação jurídica. Assim, a carga valorativa principiológica depende dos pesos dados aos princípios colidentes, razão pelo o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta.

3. DOS DIREITOS COMUNICATIVOS[59]

O chamado right to communicate[60] (ou "R2C"), também conhecido como Kommunikationsrechte é dialógico, no sentido de que engloba o direito de quem comunica e de quem é o destinatário deste comunicado. A ideia é que ninguém pode ser obstado de expressar o pensamento ou de sofrer qualquer espécie de danos pelo exercício dos direitos comunicativos. Assim, este direito conecta-se com a característica da sociabilidade, paradigma do Código Civil de 2002[61] e essencial ao ser humano. Tais direitos possuem natureza principiológica e, como tal, não são incondicionadas, devendo ser exercidos de maneira harmônica às demais liberdades públicas asseguradas na Constituição Federal.De modo geral, é vedado fazer apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias, crimes, violência, hostilidade, ódio ou guerra[62].

Atualmente, um dos pontos mais destacados é o chamado discurso de ódio, ou hate *speech.* Este é entendido como uma espécie agressiva de manifestações do pensamento e que provoca ou dissemina o ódio em relação a grupos sociais, na maioria das vezes minorias, abrangendo a discriminação social, religiosa, ou racial. Uma vez vistos tais temas analíticos, aprofundar-se-á no tema "discurso de ódio" para, então,

[58] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 167.
[59] V. por todos: SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br>, acesso em 03 jul. 2016.
[60] V. <http://righttocommunicate.com/?q=human_rights>.
[61] REALE, Miguel. Um Artigo-Chave Do Código Civil. Disponível em <http://:www.miguelreale.com.br>, acesso em 03 jul. 2016.
[62] V. art. 13, V, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A própria CF cuidou de restringir e limitar os direitos comunicativos: o art. 5º, em vários incisos, impõe limitações aos direitos comunicativos, ao cuidar da indenização por dano moral ou à imagem (inc. V); da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (inc. X), podendo, em caso de violação, haver até sanção penal; da proteção à família e à pessoa contra formas de expressão que possam desrespeitar valores éticos e sociais da pessoa e da família ou que divulguem produtos ou serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º). O ECA impõe multa administrativa para a apresentação, exibição ou transmissão de programa ou espetáculo sem o prévio aviso de sua classificação e, em caso de reincidência, a autoridade responsável poderá até mesmo suspender a programação da emissora.

passar ao estudo empírico e normativo do hate *speech* à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy e da jurisprudência pátria.

4. O HATE SPEECH E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

Antes de se questionar propriamente acerca do lugar que ocupa o discurso de ódio, dentro da teoria dos princípios desenvolvida por Alexy, é prudente que se analise primeiramente os elementos que o compõem, isso é, o que o caracteriza e qual seria a mais correta definição desse comportamento. Segundo a Human Rights Watch, discurso de ódio é o termo utilizado para se referir: "a qualquer forma de expressão considerada ofensiva para grupos raciais, étnicos ou religiosos, além de outras minorias e mulheres"[63].Uma definição um pouco mais completa, formulada por Walter Claudius Rothenburg e Tatiana Stroppa, consiste o discurso de ódio: "(...) na divulgação de mensagens que difundem e estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ódio baseadas na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos"[64].Winfried Burger, por sua vez, delimita que o discurso de ódio: "refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas".[65]A partir das definições colocadas, pode-se chegar à conclusão de que o discurso de ódio se refere a toda forma de expressão, realizada pelos mais diversos meios, que possui como objetivo final gerar ódio e incitar a violência contra determinadas minorias e grupos mais vulneráveis.Historicamente, vários foram os termos designados para descrever essa conduta de gerar ódio contra determinados grupos através de meios de comunicação. Nas décadas de 20 e 30, nos EUA, se utilizava o termo "racial hate", enquanto na década de 40 já passou a se denominar "grouplibel".[66] Começou a se

[63]WALKER, Samuel. **Hate Speech:** The history of an American controversy. 4. ed. Lincoln: University Of Nebraska Press, 1996, p. 8.
[64]ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPA, Tatiana. **Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito discursivo nas redes sociais.** 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-21.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016.
[65] BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Trad. Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007
[66]Difamação de grupo.

perceber, contudo, que esse tipo de discurso não era utilizado tão somente para gerar ódio racial, mas também contra outras minorias, especialmente grupos religiosos e mulheres em geral, razão pela qual, na década de 80, acabou se cunhando o termo "hate speech", de forma a abarcar em uma mesma expressão toda espécie de discurso que visava apenas incitar o ódio e violência contra alguma parcela específica da população[67].Com relação à estrutura do discurso de ódio, muito interessante é a divisão feita pelo sociólogo norte-americano Anthony Cortese, segundo a qual nem todas as formas de expressão discriminatórias possuem o mesmo grau de repreensão, sendo algumas mais severas que outras. Com o intuito de proporcionar algum tipo de rigor metodológico ao seu trabalho, o autor dividiu as formas de se discriminar em quatro, variando o grau discriminatório da conduta[68].

Primeiramente há a discriminação não-intencional, que consiste na conduta de ofender minorias, mas não de proposito, apenas por mera ignorância histórica ou por nem mesmo saber que agir daquela forma consiste em uma atitude discriminatória, como ocorre quando alguém utiliza de expressões como "amanhã é dia de branco", que são eminentemente racistas, mas acabam sendo utilizadas cotidianamente por uma boa parcela da população. Segundo o autor, a melhor maneira de combater esse racismo é por meio de um processo de reeducação ou reaprendizagem, demonstrando para a pessoa que, mesmo ela não tendo intenção de ser racista, homofóbica ou discriminatória em geral, ela o foi e demonstrar as razões pela qual a conduta é assim considerada. Em uma segunda fase já se encontra a discriminação consciente, aquela realizada com a intenção de denegrir outras minorias, embora o efeito causado na outra parte possa ou não ocorrer, visto que existem determinadas condutas que, apesar de serem claramente discriminatórias, podem não causar abalo emocional na outra parte. Pensa o autor que a melhor maneira de combater essa espécie de discriminação é por meio de um processo educacional aliado a possíveis reparações civis, nas situações em que foi causado abalo psicológico na pessoa que sofreu a discriminação.Na terceira fase se encontram as condutas que buscam incitar o ódio discriminatório, ou seja, gerar um sentimento geral na comunidade de ódio contra determinadas minorias. Nessa fase Anthony acredita que só a educação não é capaz de resolver o problema, tendo em vista a dificuldade de mudar a atitude, devendo haver algum tipo de reparação civil pela conduta praticada, visto que

[67]WALKER, Samuel. Ob. cit., p. 8.
[68]CORTESE, Anthony. ***Opposing hate speech*.** Westport: Praeger, 2006, p. 7, 8 e 9.

nesse caso o que se busca é criar um sentimento de ódio contra toda uma coletividade, não apenas difamar um único indivíduo, como ocorre na segunda fase.

Por fim, na última fase se encontram as condutas que objetivam incitar a violência contra grupos minoritários, não apenas criar um sentimento de ódio, típico das reuniões da Klu Klux Kan, por exemplo. Certamente a fase mais agressiva, ao se praticar esse tipo de conduta, não será possível se falar tão somente em responsabilidade civil, mas principalmente penal. Segundo explica o autor, apenas as condutas da segunda até a quarta fase podem ser consideradas abrangidas pelo discurso de ódio, visto que no primeiro cenário não existe o elemento volitivo, isso é, a vontade de agir de maneira discriminatória.Marcos Cesar Botelho entende que o discurso do ódio depende do intuito de ofender, desestabilizar e provocar a violência, em desfavor de determinados grupos ou pessoas, por sua condição pessoal, religiosa, sexual, racial, observando que "não é qualquer manifestação pública do pensamento que deverá ser considerado como discurso do ódio". Ele acrescenta que há necessidade de tolerância a opiniões contrárias, numa sociedade complexa e plural, enfatizando que "o desconforto com pensamentos e posicionamentos críticos não é suficiente para caracterizar o discurso do ódio", em especial pela própria liberdade religiosa de expressão publica de suas "impressões, opiniões e posicionamentos" em consonância com os seus princípios éticos e religiosos. Botelho conclui que há afronta à dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito o impedimento de manifestação pública religiosa, no confronto entre posição religiosa contrária e o entendimento favorável ao direito à opção sexual, para "harmonização dos direitos fundamentais envolvidos"[69].

Feita essa diferenciação, pode-se concluir que o hate speech consiste em uma conduta que possui o seu fundamento na liberdade de expressão, visto que consiste no uso de alguma forma de comunicação com o objetivo de incitar o ódio contra determinados grupos, e tendo em vista que a liberdade de expressão é um direito fundamental, previsto na maior parte das Constituições modernas ocidentais, inclusive a Carta Magna brasileira de 1988, faz-se necessário questionar se essa conduta, tão lesiva para a criação de uma sociedade pluralista, pode ser considerada protegida por esse direito fundamental. Isso posto, analisar se o hate speech é uma conduta permitida ou não dentro

[69] BOTELHO, Marcos Cesar. Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso do ódio. Argumenta Journal Law**,** Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR: UENP, 2012, n. 16, p. 299.

da teoria dos princípios de Robert Alexy, se resume a uma busca do âmbitode proteção da liberdade de expressão, assim como de seus limites, uma vez que é esse princípio, como analisado, que proporciona fundamento a essa conduta.

No que toca ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, existem aqueles que defendem um âmbito protetivo amplo, e outros que afirmam a necessidade desse âmbito ser restrito. Contudo, antes de analisar essas teorias e verificar qual delas melhor se adequa ao modelo de Alexy, é necessário ter em conta o que se entende por âmbito de proteção. Como Alexy bem coloca em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", o âmbito de proteção de uma norma de direitos fundamental diz respeito: "àquilo que a norma de direito fundamental garante prima facie, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições".[70] Assim, consiste o âmbito de proteção no espaço protegido pela norma, de forma que havendo alguma intervenção nesse espaço, é ativada uma consequência jurídica, fenômeno semelhante, como lembra Virgílio Afonso da Silva,[71] a hipótese de incidência no direito tributário e o tipo no direito penal[72].Ocorre, contudo, que o grande debate não se encontra na definição do conceito de âmbito de proteção, mas sim na fixação daquilo que se encontra dentro desse espaço protegido pela norma de direito fundamental, havendo aqueles que defendem a existência de um âmbito de proteção amplo, e outros que apoiam a ideia de que esse âmbito deve ser restrito.

Quanto ao âmbito de proteção amplo, claras são as palavras de Robert Alexy: "Uma teoria ampla de suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção"[73]. Assim, a teoria ampla apresenta a seguinte regra geral, também elaborada por Alexy: "Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente - seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estejam presentes"[74]. As teorias restritas, por sua vez, afirmam que nem toda conduta relacionada a determinado direito fundamental deve ser considerada

[70]Idem, P.302.
[71]Idem, Ps. 65 e 66.
[72]SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais**:** Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.Importante ressaltar, contudo, que apesar da lógica aplicada por Virgílio nessa comparação ser válida, existe uma grande diferença entre o âmbito de proteção de um direito fundamental e o âmbito de proteção de uma regra de direito penal ou tributária, principalmente pela definitividade da consequência jurídica, que inexiste no caso das normas de direitos fundamentais, pois tendo em vista que elas só protegem condutas prima facie, as consequências jurídicas delas emanadas também ocorrerão, tão somente, prima facie, não constituindo, portanto, uma certeza.
[73]ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 322
[74]Idem, IbIdem,

parte de seu âmbito de proteção, devendo ser realizado um exame para determinar, a priori, o que deve ou não ser considerado como protegido, mesmo que apenas prima facie, pelo direito fundamental em questão. Certamente o defensor mais conhecido dessa concepção é o também alemão, Friederich Müller, que desenvolveu uma regra geral segundo a qual fará parte do âmbito de proteção de um direito fundamental toda conduta considerada "específica", sendo "não-específica" todas as condutas que possam ser substituídas por uma conduta "específica" sem que haja perda para o exercício do direito fundamental[75].Um exemplo que facilita o entendimento do pensamento de Müller, elaborado por ele próprio, é o do artista que deseja pintar um quadro no meio de um cruzamento. Da mesma forma que a Constituição brasileira, a Carta Magna alemã também garante a livre expressão artística, de tal forma que é de se esperar que a conduta desse sujeito esteja, pelo menos à primeira vista, garantida por esse direito fundamental. Ocorre, no entanto, que consiste essa conduta em uma ação não-específica, isso é, intercambiável por ações consideradas específicas, como pintar o quadro em um parque ou em um ateliê, condutas estas que fazem parte do âmbito de proteção da liberdade artística, e são, consequentemente, garantidas por esse princípio fundamental.[76]

Em resumo, enquanto para a teoria ampla faz parte do âmbito de proteção de um direito fundamental tudo que se encontra minimamente relacionado a este direito, para a teoria restrita somente determinadas condutas, dentro do espectro de possíveis ações protegidas por determinado direito fundamental, farão parte de seu âmbito de proteção. Analisando o hate speech sob o viés da teoria ampla, se chega à conclusão de que essa conduta se encontra protegida, ao menos prima facie, pelo direito fundamental à liberdade de expressão, pelo simples fato de que ela possui elementos que a conectam a este direito fundamental, enquanto partindo da teoria de Müller, antes de afirmar que essa conduta estaria protegida por esse direito, seria necessário verificar se praticar o discurso de ódio seria uma conduta específica ou não, e somente no primeiro caso seria possível afirmar que o hate speech estaria garantido, prima facie, pela liberdade de expressão.Segundo Alexy, a teoria mais adequada ao sistema de direitos fundamentais por ele estruturado é a que defende um âmbito amplo de proteção, principalmente pelo fato de que a teoria restrita de Müller possui a debilidade de fundamentar a exclusão de uma conduta do âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental a partir de critérios

[75]Idem, P. 311 e 312.
[76] Idem, P. 312 e 313.

independentes do sopesamento.[77] Pode-se pensar, contudo, que aceitar a teoria ampla de âmbito de proteção acabaria por estender demasiadamente o leque de condutas protegidas por direitos fundamentais, abrangendo, inclusive, condutas eminentemente proibidas, como matar alguém argumentando estar protegido pelo direito fundamental à liberdade religiosa. Essa noção é, no entanto, apenas parcialmente correta, visto que apesar da teoria ampla, de fato, aumentar o número de condutas permitidas, esta permissão se dá apenas prima facie, o que não significa que, em definitivo, tais condutas permaneceriam garantidas.[78]Assim, aceitar o hate speech como conduta prima facie garantida constitucionalmente pela liberdade de expressão é apenas parte do caminho, pois tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto,[79] o próximo passo é analisar como se dão as restrições a esses direitos, sendo que mais uma vez são duas as teorias que buscam proporcionar uma resposta, a teoria interna e a externa.

Segundo os adeptos da teoria interna, os limites dos direitos fundamentais são imanentes, ou seja, são os próprios direitos fundamentais que fixam seus limites, com base na ideia geral, advinda do direito civil, de que a partir de determinado ponto as condutas praticadas não constituem mais exercício de direito, e sim abuso de direito.[80] Partindo desse pressuposto, de que a definição de limite dos direitos fundamentais não sofre influência de colisões entre esses direitos, é possível chegar à conclusão de que não existe diferença, para os defensores da teoria interna, entre direitos prima facie e direitos definitivos, pois se determinada conduta já se encontra dentro do âmbito de proteção de um direito fundamental, ela será sempre garantida, por inexistir a possibilidade dessa conduta ser restringida posteriormente por outro direito fundamental, assumindo, portanto, a forma de um mandamento definitivo. Acerca do tema, claras são as palavras de Virgílio Afonso da Silva:

[77] Idem, p. 321.
[78] Idem, p. 324.
[79]A única ressalva feita por Alexy a essa regra geral de que nenhum direito fundamental é absoluto é com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que segundo o alemão possui ao mesmo tempo uma dimensão de regra, determinando a regra que o princípio da dignidade humana deve sempre prevalecer. Dessa forma, seria possível o sopesamento entre a dignidade da pessoa humana e outros princípios, mas apenas com o intuito de verificar se determinada conduta estaria ou não protegida por esse super-princípio, e se estivesse, deveria ser aplicada a regra da dignidade da pessoa humana. Essa construção vai ser criticada por Virgílio Afonso da Silva, pois na sua perspectiva, afirmar que um princípio sempre deve prevalecer acaba retirando sua qualidade de princípio, de tal forma que nem mesmo a dignidade da pessoa humana seria absoluta.
[80]SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais**:** Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128.

> Se direitos fundamentais, e sua extensão, são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar de um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva e não apenas *prima facie*. (...) Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver um direito 'em si', não pode ser ele exercitado por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos. Ou há o Direito ou não há.[81]

A segunda teoria que busca proporcionar uma explicação para a restrição dos direitos fundamentas é a externa, segundo a qual as restrições a esses direitos se formam a partir de um processo de colisão com outros princípios de mesma hierarquia,[82] sendo que essa colisão pode se dar antes do caso concreto, quando o legislador estabelece uma regra limitando o exercício de determinado direito fundamental, ou a posteriori, quando o juiz realiza o exercício de sopesamento para solução de um conflito. Assim, é possível perceber que as ideias de limites imanentes e colisão entre princípios são inconciliáveis, pois aceitando a ideia de que os limites são internos, deve-se aceitar, por conseguinte, que o exercício de condutas garantidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental assume o status de uma regra, de tal forma que não seria possível pensar em restrição por parte de outro princípio.Importante salientar, como bem pontua Virgílio Afonso da Silva, que apesar da tentadora ideia de dividir as teorias expostas em: suporte fático amplo/teoria externa e suporte fático restrito/teoria interna, como se uma teoria fosse reflexo da outra, essas ligações não são necessárias tanto do ponto de vista teórico como prático.[83] Isso porque uma coisa é o âmbito de proteção de um direito fundamental, isso é, o espaço no qual se encontram as condutas garantidas por aquele direito, e outra totalmente diversa, embora conectada com a primeira, são as restrições aos direitos fundamentais, que a depender da teoria adotada se darão por meio de uma autolimitação, ou de uma limitação externa. Inclusive, o modelo mais comum nos Tribunais atualmente é o de manter um suporte fático restrito, ao mesmo tempo que se aceita a ideia de restrição externa.[84]

Contudo, pelo que foi descrito até o momento, e em se tratando da teoria dos princípios desenvolvida por Alexy, o modelo correto surge da conjugação entre um âmbito de proteção amplo junto à teoria externa, e trazendo o hate speech para dentro

[81]Idem, Págs. 129 e 130.
[82]Idem, P. 140 141 e 142
[83]Idem, p. 158.
[84]Idem, p. 159.

desse esquema, a conclusão a que se chega é de que as normas de direito fundamental possuem um amplo âmbito de proteção, o hate speech, por ser um exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, poderia encontrar como fundamento de proteção, ao menos prima facie, por esse princípio.

Entretanto, como visto, anteriormente, estar garantido prima facie não significa que a proteção dessa conduta será definitiva, pois esse direito fundamental pode sofrer restrições posteriores, ou a partir de uma regra, normalmente elaborada pelo legislador, ou a partir de um princípio, em face do caso concreto, após um exame de peso.Esta verificação segundo a proposta alexyana será feita mediante o sopesamento ou ponderação, a partir da regra de colisão.

CONCLUSÃO

Desta forma, é possível sustentar, a partir da Teoria dos Princípios que, sob circunstâncias diversas, o cumprimento integral de um princípio, ainda que entendido como norma jurídica fundamental, pode ser parcelado ou até abandonado em favor de outro princípio mais racionalmente adequado ao caso concreto.

Finalmente, para caracterização do chamado discurso do ódio há necessidade de intenção deliberada de ofender, desestabilizar e provocar a violência, em desfavor de determinados grupos ou pessoas, por sua condição pessoal, religiosa, sexual, racial ou outro motivo, porque deve ser aceito e tolerado posicionamentos divergentes e contrários, em exercício de crítica e expressão do livre pensamento, como mecanismo de harmonização e coexistência de princípios e direitos fundamentais e humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto**. Da Falta de Efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <http://www.conjur.com.br>, acesso em 03 jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Santos. **Teoria do ordenamento jurídico. Brasília:** Universidade de Brasília, 1994 e LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

BOTELHO, Marcos Cesar. **"Liberdade religiosa, homossexualismo e discurso do ódio".**Argumenta Journal Law**,** Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR: UENP, 2012, n. 16, p. 283-301. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/224/223. Acesso em 21 jul. 2016.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano.** Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

CORTESE, Anthony. **Opposing hate speech.** Westport: Praeger, 2006,

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista de Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

REALE, Miguel. **Um Artigo-Chave Do Código Civil**. Disponível em <http://:www.miguelreale.com.br>, acesso em 03 jul. 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPA, Tatiana**. Liberdade de expressão e discurso de ódio: o conflito discursivo nas redes sociais.** 2015.
Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-21.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016.
SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br>, acesso em 03 jul. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

THEODORO, Marcelo Antonio Theodoro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional |** vol. 65 | p. 179 | Out / 2008 DTR\2008\604. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

WALKER, Samuel. **Hate Speech: The history of an american controversy**. 4. ed. Lincoln: University Of Nebraska Press, 1996, p. 8.

CAPÍTULO V

ESTADO, RECONHECIMENTO E INCLUSÃO

MARCOS CÉSAR BOTELHO

INTRODUÇÃO

Não é possível pensar a atividade política contemporânea sem a figura do Estado. Ele é uma das figuras centrais no estudo da Ciência Política, dada a sua importância, sobretudo porque permite a institucionalização das relações políticas.

O presente artigo pretende discutir o papel do Estado, a partir de uma consideração de sua característica gregária, no processo de reconhecimento em processos comunicativos inclusivos.

Considerando o surgimento do Estado, analisa-se como ele possui um aspecto gregário, importante para a garantia da higidez do espaço público para, finalmente, analisar como esse papel gregário garante processos de reconhecimento do Outro na arena pública e, por consequência, permite que haja inclusão dos diversos atores sociais, com seus pontos de vista particulares, nos processos comunicativos de tomada de decisão política.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SURGIMENTO DO ESTADO

O ser humano é gregário por natureza. Significa que o indivíduo possui, em sua essência, uma espécie de germe que o impulsiona a viver em comunidade. Segundo Karl-Otto Apel, "Todo aquel que argumenta tiene que dirigirse a otros sujetos pensantes en un

lenguaje común.[85]" Significa que o argumentar pressupõe o outro, sobretudo porque Apel adverte que tal indivíduo deve referir-se a um mundo que é publicamente interpretado[86].

Sem adentrar nas minúcias do pensamento apeliano, a ideia acima serve para nos mostrar que o ser humano possui um impulso natural ao ajuntamento social, pois somente quando está com o(s) outro(s) é que ele pode expressar seu mundo interior, o mundo da consciência e, assim, compreender o mundo de maneira intersubjetiva. Segundo Duguit:

> Nuestro punto de partida es el hecho incontestable de que el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no viver más que en sociedad con sus semejantes, y que la sociedad humana es un hecho primário y natural, y en manera alguna producto o resultado de la voluntad humana[87].

Viver em sociedade não é uma simples decisão humana. Ela resulta da necessidade inerente à natureza humana de viver com o outro, de relacionar-se com o outro.

O indivíduo pós-moderno compreendeu que a liberdade individual somente poderá ser fruto de um trabalho coletivo, consoante asseverou Zygmunt Bauman, pois somente o coletivo pode garantir aquela liberdade inerente a toda pessoa[88].

Todavia, esse "trabalho coletivo" somente é possível quando há uma determinada organização dos grupos sociais capaz de fornecer os elementos mínimos necessários para que a *práxis* coletiva produza os instrumentos requeridos para a garantia da liberdade individual.

Aqui, figura a relação existente entre o espaço público e o privado ou aquilo que Habermas denominou de equiprimordialidade entre autonomia pública e autonomia privada[89].

Embora a sociedade seja um produto natural[90], não se pode deixar de considerar que a sua organização e estruturação é um processo humano. Associar-se pode ser natural, mas permanecer associado não é. Logo, a forma que a sociedade irá assumir, estabelecendo suas instituições públicas e privadas, é decorrência da compreensão

[85] Karl-Otto Apel. Semiótica transcendental y filosofia primera, p. 40.
[86]Id. Ibid., mesma página.
[87] León Duguit. Manual de derecho constitucional, p. 6-7.
[88] Zygmunt Bauman. Em busca da política, p. 15. Para Darcy Azambuja (In: Introdução à ciência política, p. 20), "Para que exista sociedade são necessárias interações recíprocas e conscientes entre os indivíduos que a compõem."
[89] Marcos César Botelho. A corte constitucional como espaço público por excelência, p. 16.
[90] León Duguit. Manual de derecho constitucional, p. 7.

histórica que a coletividade tem, em determinado átimo da existência, habilitando-a a fornecer respostas as contingências a que está submetida.

Neste contexto, o Estado exsurge como a forma norma de organização das sociedades políticas[91]. Daí porque Jorge Miranda[92] afirma que "O Estado consiste, primordialmente, numa comunidade de pessoas, de homens livres." Ademais:

> Qualquer Estado surge como realidade necessária e envolvente, como ambiente em que cada cidadão ou súdito tem de se inserir. Mas localiza-se também na história, resulta de atos de vontade, sofre o influxo de fator muito variados, nasce e evolui, requer capacidade de adaptação aos tempos e às circunstâncias[93].

Importante trazer à baila, porém, a lição de Jorge Miranda[94] para quem se faz mister distinguir entre o Estado e a formação do Estado. Para Miranda, há uma coletividade estatal que é o povo, a qual não pode ser confundida com uma coletividade que historicamente precede o Estado.

Esta distinção é importante e está fundamenta não apenas em um marco de ordem cronológica, onde se pode falar em uma ordem jurídica constitucional do Estado e uma ordem jurídica pré-estatal. Conforme alude Miranda:

> Entre a colectividade pré-estatal e o povo ou colectividade estadual a diferença não é tanto de índole cronológica ou sociológica – fases na sua existência ou transformação de estruturas sociais, econômicas e culturais – quando de índole jurídica – adstrição a um Direito, a um organização que não procede do exterior e que se torna a fonte objectiva da sua unidade[95].

A coletividade pré-estatal possui laços étnicos e geográficos, linguísticos e culturais, religiosos ou simplesmente políticos[96].

Segundo Miranda é a tomada de consciência de si própria, referente a uma natural aspiração visando à sua auto consideração como povo é que promove o despertar de ações buscando estabelecer a constituição do Estado[97]. Contudo, o elemento objetivo da transformabilidade em povo e o elemento subjetivo consistente na coesão da coletividade

[91] Cristina Queiroz. Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional, p. 23.
[92] Jorge Miranda. Teoria do estado e da constituição, p. 50.
[93] Id. Ibid., p. 55.
[94] Id. Ibid., mesma página.
[95] Id. Ibid., mesma página.
[96] Id. Ibid., mesma página.
[97] Jorge Miranda. Teoria do estado e da constituição, p. 56.

não são suficientes para promover a constituição do Estado, pois se deve "[...] verificar a presença de certos elementos jurídicos e políticos adequados a esse fim."[98]Assim:

> [...] pressuposto da criação do Estado é tanto a identidade de que o grupo se julga portador como o condicionalismo político interior e exterior, que propicia (ou não) a energia motriz de um Direito e de um poder independente ou soberano[99].

De fato, a identidade funciona como elemento propulsor deste processo de formação do Estado. Mas isso não é suficiente, já que fatores externos e internos fornecem outros elementos que fundamentam a necessidade de criação de um Estado. Não fosse assim, a identidade poderia, quando muito, levar a criação de sistemas sociais distintos do Estado.

A questão da identidade, todavia, pode levar a uma falsa compreensão do Estado, sobretudo quando se faz uma confusão entre Estado e Nação[100]. Para Doehring[101], "Também as minorias fazem parte do povo. A Comunidade Internacional conhece inúmeros Estados multinacionais."

Neste prisma, a identidade do grupo não é fator determinante para a formação do Estado, já que as minorias se apresentam com identidade própria, distinta de outros segmentos da sociedade e, nem por isso, pode se dizer que maioria e minorias não possuam uma consciência comum coletiva própria do conceito de povo[102].

2. O ASPECTO GREGÁRIO DO ESTADO

A importância do estado para a vida em sociedade há muito vem sendo investigada. Não é possível compreender a atividade humana na contemporaneidade de

[98]Id. Ibid., mesma página.
[99] Jorge Miranda. Teoria do estado e da constituição, p. 56. Karl Doehring (In:Teoria do estado, p. 45) assevera que "A população de um Estado compreende indiscutivelmente sua essência mais importante, pois o território e a autoridade estatal devem servir ao povo e é só por causa dele que o esclarecimento das relações jurídicas se faz necessário. Sem povo não existe Estado."
[100] Sobre o conceito de Nação, ver a discussão de Paulo Bonavides. Ciência política, p. 84-93.
[101] Karl Dohering. Teoria do estado, p. 46.
[102] Paulo Bonavides (In: Ciência política, p. 79) fala em um conceito político, jurídico e sociológico de povo. O conceito político, afirma Bonavides (Op. cit., p. 80) consiste no "[...] quadro humano sufragante, que se politizou (quer dizer, que assumiu capacidade decisória), ou seja, o corpo eleitoral." Sobre o conceito jurídico, entende Paulo Bonavides (Op. cit., p. 81) que "[...] o povo exprime o conjunto de pessoas vinculadas de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico." Já o conceito sociológico exprime a ideia naturalista ou étnica, ou mesmo proveniente de dados culturais, situação em que se tem uma equivalência do conceito de povo com o de nação, sendo que "O povo é compreendido com toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns." (Op. cit., p. 82-83).

uma maneira dissociada da figura do estado. Os avanços econômicos e culturais da sociedade política plural do último quartel do século XX e começo do século XXI somente são passíveis de entendimento quando inseridos em um contexto estatal, sobretudo porque decorrem da força dos direitos humanos, papel da religião na política, distribuição de riquezas, que são questões que somente têm vida em contextos decisórios inerentes à atividade estatal[103]. Não que o estado não tenha suas dificuldades e seus desafios. Na medida em que se deram avanços sociais, culturais e econômicos, problemas foram desvelados, alguns dos quais de difícil solução[104]. Lembra Touraine que "Uma sociedade moderna funciona em torno da luta dos dirigentes e dos dirigidos para a execução social da racionalização e da subjetivação."[105]

Por outro lado, Touraine adverte que um movimento social se caracteriza pelo esforço, enquanto ator coletivo, com vistas a tomar posse dos valores, das orientações culturais de uma sociedade, buscando opor-se à ação de forças contrárias com as quais este ator coletivo está ligado por laços de poder[106]. Pode parecer, à primeira vista, que o estado não detenha um papel agregador. As observações de Touraine, de certa maneira, caminham em sentido contrário, descrevendo um cenário pouco acolhedor à ideia de que o estado funcione como o instrumento agregador dos diversos pontos de vista.

Contudo, Touraine expressa justamente o sistema de lutas de classes sociais próprio das sociedades industriais, em um movimento que abarca industriais e assalariados, pois em seu entendimento, as relações sociais de produção expressam um movimento, seja ele capitalista ou operário, relativo aos mesmos valores culturais[107]. Este movimento ou essa dinâmica social somente é possível no ambiente propiciado pelo estado. Se o movimento operário existe enquanto ator coletivo, isso é possível somente porque há um estado que lhe garante um substrato social, econômico e jurídico. Karl Doehring preleciona que o declínio do estado pode levar à imposição de um novel ordenamento jurídico gerando uma intensa insegurança[108] e tal situação é assaz evidente se imaginarmos uma situação de total inexistência da figura do estado[109].

[103] Ronald Dworkin. Is democracy possible here? P. xi.
[104] Como exemplo, podemos citar a exigência do estado laico e a necessidade de conjugá-lo com a liberdade religiosa. Não se pode deixar de considerar que a liberdade religiosa implica a liberdade de manifestação exterior dessa crença.
[105] Alain Touraine. Crítica da modernidade, p. 255.
[106] Id. Ibid., p. 253.
[107] Id. Ibid., mesma página.
[108] Karl Doehring. Teoria do estado, p. 104.
[109] Nas palavras de Cristina Queiroz (Direito constitucional, p. 23), "O Estado apresenta-se como a forma normal de organização das sociedades políticas."

O Estado expressa uma forma de racionalização e generalização da ideia de política nas sociedades contemporâneas[110], tornando as relações políticas estáveis e viáveis em determinado território. Habermas nos adverte que a auto compreensão dos grupos sociais e de seus pontos de vista são articulados através de uma linguagem ordinária como mediadora que busca construir uma hermenêutica capaz de apropriar-se das tradições enquanto tradições[111], exigindo, ainda, uma discussão racional, que não se apoia exclusivamente na análise do significado técnico ou não ou da aplicação tradicional das normas de conduta. E, este quadro descrito por Habermas somente é possível quando há uma moldura que permite que a auto compreensão se dê dentro de determinada cultura.

O caráter agregador do Estado é patente nestas situações, pois ele fornece os elementos necessários para o surgimento de instituições e interesses comuns entre os diversos indivíduos que compõem o grupo social. Nunca é demais lembrar que a tradição é vista por Habermas como o prosseguimento de forma não problematizada de algo que outros iniciaram e fizeram antes de nós[112].

Michael Sandel lembra que existem obrigações de solidariedade que, embora não sejam universais, abarcam uma gama de responsabilidades morais que devemos ter não apenas em relação aos seres racionais, mas sobretudo, pelo fato de partilhamos uma história comum[113]. As obrigações de solidariedade não se confundem com os deveres naturais, que são universais e não demandam o consentimento, tampouco com as obrigações voluntárias, que são particulares e exigem consentimento. Segundo Sandel, as obrigações de solidariedade possuem caráter particular não exigindo, todavia, o consentimento[114].

Este processo de apropriação das tradições necessita de uma base sólida, capaz de reunir indivíduos com pontos de vista distintos, capazes de manter suas as identidades particulares frente a discursos públicos. Assim, a apropriação das tradições se dará de forma reflexiva (discursiva) e, portanto, dentro de uma racionalidade pós-convencional, além de fomentar uma maior diversidade e inclusão.

---

[110] Cristina Queiroz. Direito constitucional, p. 24.
[111] Jürgen Habermas. Toward a rational society: student protest, science, and politics, p. 53.
[112]Id. Identidades nacionales e postnacionales, p. 113.
[113] Michael J. Sandel. Justiça: o que é fazer a coisa certa, p. 277.
[114]Id. Ibid., mesma página. Segundo Sandel (Id., p. 287), "[…] se acreditamos que o patriotismo tem um fundamento moral, se acreditamos ter responsabilidades especiais para o bem-estar de nossos compatriotas, devemos então aceitar a terceira categoria de obrigações – as obrigações de solidariedade ou da condição de membros de uma sociedade que não podem ser reduzidas a um ato de consentimento."

As formas associativas mais primitivas possuem esse viés agregador. Contudo, elas não têm a capacidade de promover o respeito às individualidades, já que baseadas em uma visão pré-convencional do mundo, assentada em verdades não problematizáveis. Especificamente, no que tange a questão da tolerância, é fato que nós não processamos as informações com neutralidade[115], situação essa que decorre do fato de que nossa pré-compreensão não é possível de ser abandonada por nós. Todavia, a inexistência de neutralidade no que se refere às nossas visões de mundo não significa impossibilidade de convivência com o diferente; ademais, a impossibilidade de abandono de nossa pré-compreensão não significa obstáculo a sua problematização.

Exige, de um lado, que nossas opiniões estejam fundamentadas em fatos verdadeiros (ou que pelo menos consideremos verdadeiros) e não em simples boatos. Sunstein adverte sobre o perigo de pré-compreensões baseadas em meros boatos, na medida em que "Os mesmos processos que criam crenças falsas podem torná-las resistentes à correção."[116]E esta resistência à correção impede que entremos na arena pública com um discurso, já que nosso agir comunicativo é falho, na medida em que nossas pretensões de validade são colocadas em xeque. Em outras palavras, o boato falso obstaculiza o discurso, já que cria um substrato com falsa aparência de verdade, sobre o qual as pretensões de validade do discurso irão se desenvolver de maneira anômala.

O problema da fidelidade a ideias falsas é ressaltado por Sunstein, sobretudo quando há uma certa tendência de que as pessoas trabalhem com grande afinco para provar a falsidade dos argumentos que contradizem as suas crenças iniciais (Disconfirmation bias)[117], imunizando o boato de qualquer possibilidade de correção no espaço público. O aspecto gregário do Estado, por conseguinte, existe quando as informações circulam livremente, as opiniões têm livre trânsito e a tolerância e o respeito serve de substrato para elas[118].

Não se trata aqui de evocar o conceito de integração sistêmica existente entre o Estado e o mercado, já que o reconhecimento pressupõe algo distinto do que a simples coordenação da ação entre a economia capitalista e a administração. Arato e Cohen lembram que o conceito de integração social do mundo da vida passa pela compreensão

[115] Cass R. Sunstein. A verdade sobre os boatos, p. 59.
[116]Id. Ibid. p. 60.
[117]Id. Ibid. p. 61.
[118] Michael Walzer. Da tolerância, p. 72. Segundo Walzer, "A consociação provavelmente exige algo semelhante ao respeito mútuo, pelo menos entre os líderes dos diferentes grupos – pois os grupos precisam não apenas coexistir mas também negociar entre si os termos da coexistência."

interpretativa de um consenso que é normativamente assegurado e comunicativamente reproduzido[119].

O mundo da vida, porém, refere-se a um complexo de tradições que são implicitamente conhecidas, além de pressupostos automáticos que estão inseridos na linguagem e cultura e que, desta maneira, são utilizados pelos indivíduos em sua vida cotidiana[120]. Em outras palavras, nossos mundos da vida são compartilhados intersubjetivamente, com sobreposição parcial, subentendendo-se um amplo consenso que serve como pano de fundo, o qual Habermas afirma funcionar como uma conditio sine qua non para o funcionamento da prática comunicativa diuturna[121].

Importante destacar que o mundo da vide está dividido em conformidade com as componentes provenientes dos atos de fala, a saber, as partes de caráter proposicional, ilocucional e intencional, que se manifestam no Lebenswelt em cultura, sociedade e pessoa[122]. A cultura se considera como o arcabouço de saber em que os agentes comunicacionais utilizam como interpretação potencialmente consensuais, quando buscam o entendimento. A sociedade tem um significado específico no sentido estrito de uma componente do mundo da vida, já que expressa as ordens legítimas que fornecem aos atores comunicacionais uma solidariedade fundamentada na pertença a grupos. Por fim, a personalidade expressa as competências que são adquiridas e que habilitam o sujeito a agir e a falar[123].

O aspecto gregário do Estado se dá em função destes componentes estruturais do mundo da vida, pois mediante o agir comunicativo é que ocorrem os processos de reprodução necessários à subsistência da espécie humana, processe este que ocorre no mundo da vida, com a transmissão de valores e saber cultural, integração social e socialização de novos membros[124]. Neste contexto, o entendimento mútuo que os atores sociais empreendem leva ao compartilhamento de um horizonte comum com esteio em uma mesma tradição cultural. E isso ocorre com base em normas intersubjetivamente reconhecidas, decorrentes do reconhecimento mútuo de indivíduos pertencentes a um grupo social solidário. Por fim, a imersão em uma tradição cultural intersubjetivamente

[119] Andrew Arato; Jean Cohen. Sociedade civil e teoria social, p. 153.
[120] Andrew Arato; Jean Cohen. Op. cit., mesma página.
[121] Marcos César Botelho. Legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas, p. 122. Jürgen Habermas. Diagnósticos do tempo, p. 170.
[122] Antonio Cavalcanti Maia. Jürgen Habermas: filósofo do direito, p. 164-165
[123]Id. Ibid., p. 165.
[124]Id. Ibid., mesma página.

partilhada e a consequente internalização de orientações valorativas conduz para um agir e ao mesmo tempo levam ao desenvolvimento de identidade sociais e individuais[125].

Segundo Arato e Cohen é na diferenciação estrutural do mundo da vida, a qual se dá por intermédio da emergência de instituições especializadas na reprodução de tradições, solidariedades e identidades, que pode haver o entendimento do conceito de sociedade civil[126]. Segundo Arato e Cohen:

> A sociedade civil constitui uma dimensão do mundo da vida assegurada institucionalmente por um conjunto de direitos que a pressupõem, ao mesmo tempo em que a diferenciam das esferas da economia e do Estado.[127]

A sociedade civil não se confunde com o Estado. Contudo, nas sociedades modernas, a sua existência está ligada diretamente a presença de garantias jurídicas da reprodução das diversas esferas na forma de um plexo de direitos.

Aqui surge o papel agregador do Estado, fomentando através de suas instituições jurídicas os mecanismos hábeis para garantir a existência da sociedade civil, especificamente através de normas que permitam que os fluxos comunicativos no mundo da vida desenvolvam-se sem quaisquer óbices.

Uma formação racional da opinião e da vontade somente é possível através de um sistema de direitos que evidencie na garantia a cada um de igual participação em um processo de normatização jurídica, o que é possível quando tal processo é institucionalizado através de mecanismos estatais[128].

E não se trata aqui de considerar o papel do Estado como aquele que projeta contrafaticamente, através do Direito, as expectativas normativas na sociedade complexa e contingente, visando reduzir a carga de complexidade[129]. O Estado agrega não em razão de sua possibilidade de minimizar os riscos, pela normatização das expectativas.

Na verdade, o Estado age através do estabelecimento de garantias jurídicas ao fluxo de comunicação entre os indivíduos, permitindo que os componentes estruturais do mundo da vida reproduzam-se. Além do mais, a norma não deve servir apenas e tão-

[125] Andrew Arato; Jean Cohen. Op. cit., p. 153.
[126]Id. Ibid. p. 154.
[127]Id. Ibid. p. 156.
[128] Jürgen Habermas. Direito e democracia I, p. 140. Lembra Habermas (Op. cit., mesma página) que "[...] o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade."
[129] Niklas Luhmann. Sociologia do direito I, p. 62.

somente para estabilizar expectativas, mas deve permitir que aquilo que foi obtido por atores sociais autônomos na sociedade, dentro de processos comunicativos inclusivos, seja efetivamente garantido.

No entender de Arato e Cohen, nas sociedades civis inseridas em contextos modernos, uma pluralidade de atores sociais pode recorrer a um horizonte de normas e sentidos que são pressupostos mutuamente, participando, quando houver necessidade, na sua redefinição e negociação[130].

Nas sociedades complexas contemporâneas, esse processo de redefinição das normas e sentidos é intenso e constante. Essa percepção e apreensão de seu tempo, que Agamben denominou de contemporaneidade[131], exige a garantia jurídico-institucional de procedimentos comunicativos de produção normativa, que respeitem, ao mesmo tempo, as individualidades e os consensos obtidos.

Por outro lado, a liberdade comunicativa, que se movimenta na esfera pública, que é constituída através da linguagem, ao desenvolver-se em contextos de inclusão e anonimato crescente, pressupõe uma renúncia a linguagens de especialistas ou de códigos especiais, naturalmente excludentes de uma ampla participação[132].

3. RECONHECIMENTO E INCLUSÃO

Uma sociedade que é incapaz de contemplar e conviver com as diferenças é, na realidade, uma sociedade discriminatória[133]. Desta maneira, o reconhecimento deve abranger aqueles projetos compartilhados pela comunidade, propiciando que os cidadãos se enxerguem como pessoas dignas de direitos.

As sociedades plurais exigem uma democracia dramaticamente assumida, ou seja, como aquela que é abraçada integralmente nas relações político-sociais. Por este motivo, o reconhecimento não pode ser visto de uma maneira simplificadora; não se trata de aplicar o princípio heurístico "procurar o todo através das partes", tampouco liquidar a particularidade.

[130] Andrew Arato; Jean Cohen. Op. cit., p. 158.
[131] Giorgio Agamben. O que é contemporâneo? p. 59.
[132] Jürgen Habermas. Direito e democracia II, p. 93. Mesmo em questões que tocam mais especificamente à atuação do Estado, como é o caso da segurança pública, a participação da sociedade na formulação de políticas públicas e fiscalização dos órgãos estatais é fundamental, como assevera Valter Foleto Santin (In: Controle judicial da segurança pública, p. 124).
[133] Maria Eugenia Bunchaft. A filosofia política do reconhecimento, p.377.

Tanto uma forma como a outra revelam-se em processos de ideologização do reconhecimento, que perde a sua força emancipadora, figurando apenas e tão-somente como mecanismos de engessamento das desigualdades. Jean-Paul Sartre adverte para a necessidade de um exame a fundo do homem real[134]. No contexto da democracia tem-se que há uma exigência de uma análise que possua como ponto de partida as relações concretas.

Da mesma maneira, a ideia de reconhecimento não pode prescindir do real como ponto de partida, tendo em vista que as abstrações teóricas funcionam, neste campo, como obstáculos naturais ao papel emancipador e inclusivo do reconhecimento. A ideia de reconhecimento expõe processos dinâmicos encravados na realidade, exigindo uma compreensão das tensões presentes nas relações sociais entre grupos reais e perfeitamente definidos. E não pode ser diferente, principalmente se levarmos em consideração o entendimento de Arato e Cohen para quem a gênese dos direitos repousa nas reivindicações de grupos ou indivíduos nos espaços públicos de uma sociedade civil que emerge[135].

Não se trata de considerar o reconhecimento com esteio apenas no ordenamento jurídico. Consoante denunciou Safatle, "nenhum ordenamento jurídico pode falar em nome do povo"[136], ou seja, o reconhecimento pressupõe um olhar para o concreto e para a necessidade de real considerações de suas consequências. O reconhecimento vislumbra o concreto singular da vida, a luta real que ocorre na sociedade e todas as contradições e tensões das forças reais que agem na construção da democracia. Em outras palavras, o reconhecimento visualiza a particularidade de uma história e as contradições inerentes a ela[137]. E o concreto deve caminhar juntamente com o Zeitgeist da contemporaneidade, sob pena de produzir nichos de exclusão, onde a realidade está afastada dos centros de decisão.

[134] Jean-Paul Sartre. Questão de método, p. 130.
[135] Andrew Arato; Jean Cohen. Op. cit., p. 155.
[136] Vladimir Safatle. A esquerda que não teme dizer seu nome, p. 47.
[137] Sobre o concreto singular, suas lutas e tensões, conferir: Jean-Paul Sartre. Questão de método, p. 136-137. Em outro momento, já tiver oportunidade de tratar da necessidade de reconhecimento como umaexigência da cidadania: "[...] a cidadania se expressa não apenas no uso dos direitos de participação política, mas também na forma de uma segurança social e de reconhecimento reciproco entre os indivíduos que compõem a sociedade." (Marcos César Botelho. Democracia, república e responsabilidade política: estudos em teoria discursiva, p. 12). Sobre o debate "procedimentalismo x substancialismo" conferir: Thadeu Augimeri de Goes Lima; Ilton Garcia da Gosta. Três dilemas do estado democrático de direito no constitucionalismo contemporâneo: reflexões a partir da Constituição Federal de 1988, p. 14-17.

Aqui deve ser considerada a ideia de justiça que tem como esteio a noção de paridade de participação. Segundo Nancy Fraser, essa concepção de justiça demanda um arranjo social que permita a todos os membros da sociedade interagir uns com os outros como iguais[138]. Este cenário exige duas condições, a saber, a garantia de distribuição de recursos materiais aos participantes, garantindo-lhes independência e voz (condição objetiva), e a intersubjetividade, que pressupõe modelos institucionalizados de valor cultural expressos no igual respeito a todos os participantes e a garantia de oportunidades iguais para o alcance de uma estima social (condição subjetiva)[139].

Hannah Arendt asseverou que a democracia consiste na ativa participação nos processos de gestão dos assuntos públicos e não apenas um mecanismo de manutenção de certos direitos fundamentais[140]. Implica o direito de ser visto, ouvido e reconhecido no espaço público, como o agente necessário no processo de construção do bem comum. Tal cenário exige não apenas mecanismos de redistribuição, mas igualmente medidas de reconhecimento. A participação no espaço público demanda condições materiais, mas igual respeito, razão por que simples políticas de redistribuição de renda, embora necessárias, não podem vir desacompanhadas das medidas de reconhecimento, sob pena de se transformarem em atos paternalistas.

O reconhecimento aliado à redistribuição tem forte conteúdo emancipatório, com nítido caráter empoderador das minorias e grupos vulneráveis. Além do mais, o reconhecimento propicia a construção de processos decisórios em que os participantes se enxergam como iguais em direitos e dignidade e, portanto, aptos a construir juntos uma sociedade inclusiva[141].

Enquanto demanda por justiça social, o reconhecimento objetiva contribuir para um mundo onde a diferença seja preservada, afastando ideias assimilacionistas em que a adesão ao pensamento e modus vivendi da maioria é condição para o igual respeito[142]. Isso somente é possível valorizando-se identidades que foram injustamente depreciadas e opondo-se a tendências que Fraser denomina desconstrutivas, que rejeitam o "essencialismo" da política de identidade tradicional.

[138] Nancy Fraser. Feminist politics in the age of recognition: a two-dimensional approach to gender justice, p. 27.
[139]Id. Ibid., mesma página.
[140] Hannah Arendt. Estado nacional y democracia, p. 191.
[141] Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla; Marcos César Botelho. A definição jurídica de pessoa e o conceito de pessoa com deficiência: a importância do reconhecimento e valorização da diversidade, p. 135-137.
[142] Nancy Fraser. Redistribuição, reconhecimento e participação. Por uma concepção integrada de justiça, p. 167.

A democracia possui um aspecto institucional, na medida em que suas formas de comunicação pública e geral são assegurados institucionalmente[143]. Isso só é possível quando o Estado assume seu papel agregador, propiciando que as diversas vozes na sociedade tenham garantido o reconhecimento de suas especificidades.

Por este motivo, o reconhecimento garante o status de parceiros plenos na interação social, permitindo um rico tecido social de interações e argumentos, revelando um mundo da vida em que a integração social, embasada em relações intencionais simbolicamente constituídas, prevalece frente à modelos de integração sistêmica em que a interdependência funcional prescinde da consideração das diferenças entre os atores sociais.

Essa participação paritária, que segundo Fraser, expressa uma justiça que "[...] requer arranjos sociais que permitam a todos os membros adultos da sociedade interagir uns com os outros como pares"[144]. Segundo Habermas, as formas de comunicação produzem um direito legítimo, quando sua formação ocorre de maneira discursiva, em que os cidadãos expressam sua opinião e vontade em um ambiente que garante os mesmos direitos de participação[145].

A formação discursiva pressupõe o reconhecimento mútuo dos participantes enquanto sujeitos capazes de participar da vida social. E o caráter plural das sociedades contemporâneas revela que não é possível pressupor que todos os atores sociais precisem da mesma coisa, em todos os contextos, para serem reconhecidos. Em outras palavras, o reconhecimento não implica o estabelecimento de pautas objetivas, rígidas, que desconsiderem as condições particulares de grupos e pessoas.

A condição do Outro, enquanto pessoa dotada de dignidade, não pode ser satisfeita a partir de *standards* abstratos, desvinculados as condições concretas[146]. A reprodução do mundo da vida revela que seus componentes devem ser observados a partir de dados concretos, de realidades contextualizadas.

[143] Jürgen Habermas. Toward a rational society: student protest, science and politics, p. 57.
[144] Nancy Fraser. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça, p. 181.
[145] Jürgen Habermas. Direito e democracia: entre facticidade e validade II, p. 146.
[146] "[...] a realidade da esfera pública conta com a presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser inventado". (Hannah Arendt. A condição humana, p. 67)

Se a esfera pública funciona como uma estrutura intermediária, mediando o sistema político e os setores privados do mundo da vida, o Estado propicia, mediante seu papel agregador, a higidez de um espaço público efetivamente inclusivo e plural[147].

Aliás, a ideia de público, segundo Arendt expressa tudo aquilo que pode ser visto e ouvido por todos, com a maior divulgação possível[148], fato que é possível quando a arena pública está apoiada em práticas de reconhecimento, sobretudo porque "Ser visto e ouvido por outro é importante pelo fato de que todos veem e ouvem de ângulos diferentes".[149]

É neste cenário que o Estado atua garantindo a higidez do espaço público, pois sua natureza agregadora permite que processos de reconhecimento fluam nas relações sociais, com a geração de efetiva inclusão dos diversos atores com os mais variados pontos de vista.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que o Estado possui um papel fundamental para as sociedades contemporâneas. Seu caráter gregário revela seu papel de garante da higidez da arena pública. Não é possível efetivar qualquer política de inclusão social que não passe pela noção de reconhecimento. É o reconhecimento de fomenta uma pluralidade de vozes e visões na esfera pública. Reconhecer é considerar o Outro enquanto tal, respeitando suas diferenças e características.

Mas isso não é possível sem que o Estado atue consolidando seu caráter gregário manifestado através de medidas que promovam a construção de uma arena pública intacta aos ataques de elementos sistêmicos que tentam colonizar o mundo da vida. Conclui-se, portanto, que a inclusão é possível em ambientes em que o reconhecimento é medida necessária, garantida institucionalmente pela atuação gregária do Estado.

[147] Segundo Hannah Arendt (In: A condição humana, p. 62), "A esfera pública, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo, evita que colidamos uns com os outros."
[148] Hannah Arendt. A condição humana, p. 59.
[149] Id. Ibid., p. 67.

REFEREÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? e outros ensaios**. Chapecó: Argos, 2009, p. 55-73.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
_____. Estado nacional y democracia. **Arbor Ciência, Pensamiento y Cultura**. mar-abr, p. 191-194, 2010.

APEL, Karl-Otto. **Semiótica transcendental y filosofia primera**. Madrid: Editorial Sintesis, 1993.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 17. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BOTELHO, Marcos César. Democracia e jurisdição: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia procedimental de Jürgen Habermas. Brasília: **Revista Direito Público**, nº 19, p. 218-233, Jan-Fev./2008.

_____. A corte constitucional como espaço público por excelência: considerações em Habermas e Häberle**.** Brasília: **Revista Jurídica Consulex**, Ano XIII, nº 294, 15 de abril de 2009, p. 50-51.

_____. A equiprimordialidade entre autonomia pública e privada: uma proposta procedimentalista para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. Londrina: **Revista Eletrônica do Direito Privado**. Universidade Estadual de Londrina. Vol. 2, Nº 1, p. 1-23, 2009.

_____. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Democracia, república e responsabilidade política: estudos em teoria discursiva. In: MIRANDA, Adriana Augusta Telles de; SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca (orgs.). **Discussões no direito contemporâneo**. Porto Alegre: Armazém Digital, p. 09-24, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
_____. **Ciência política**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. A filosofia política do reconhecimento. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.373-395, 2009.

DOEHRING, Karl. **Teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
DUGUIT, León. **Manual de derecho constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** New Jersey: Princenton University Press, 2006.

FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. **Social Text**. Durham: Duke University Press, nº 25/26, 56-80, 1990.

_____. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. **Eurozine**, p. 1-11, 2003.

_____. Feminist politics in the age of recognition: a two-dimensional approach to gender justice. **Studies in Social Justice**, v. 1, n. 1, p. 23-35, 2007.

_____. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 167-189, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Toward a rational society: student protest, science, and politics**. Boston: Beacon Press, 1970.

_____. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? **Political Theory**, v. 29, n. 6, p. 766-781, december, 2001.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2 v.

_____. A inclusão do outro: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. **Diagnósticos do tempo: seis ensaios**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1983.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: filósofo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HONNETH, Axel. **Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Editora Singular, Editora Esfera Pública, 2007.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes; COSTA, Ilton Garcia da. Três dilemas do estado democrático de direito no constitucionalismo contemporâneo: reflexões a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 83, abril, p. 13-26, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 359-389.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

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

SAFATLE, Vladimir. **A esquerda que não teme dizer seu nome**. São Paulo: Três Estrelas, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. **Questão de método**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; BOTELHO, Marcos César. A definição jurídica de pessoa e o conceito de pessoa com deficiência: a importância do reconhecimento e valorização da diversidade. In: TAVARES NETO, José Querino; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. **I Encontro de Internacionalização do Conpedi**. Barcelona: Ediciones Laborum, p. 125-165, v. I, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **A verdade sobre os boatos: como se espalham e por que acreditamos neles**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade.** 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

WALZER, Michael. **Da tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial trotta, 2005.

CAPÍTULO VI

DA MODULAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RAZÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Leticia Gabriella ALMEIDA*
Thiago Cesar GIAZZI**
Marco Antonio TURATTI JUNIOR***

RESUMO: A desconsideração da personalidade jurídica é instituto que, inicialmente em sua construção, permite ao credor buscar patrimônio junto à pessoa diversa, mas de justificável liame, daquela que originalmente figura como sua devedora. Com espécies positivadas nas legislações civil, trabalhista, ambiental, consumerista, vem permitir desconsiderar os efeitos de proteção patrimonial das pessoas dos sócios de uma pessoa jurídica, permitindo a busca do patrimônio necessário para saldar a dívida em outra esfera de propriedade que não a do devedor pactuado. Utilizando de método dedutivo, fundado em análise teórica e jurisprudencial, tem-se que é possível a utilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para beneficiar o próprio devedor, garantindo sua dignidade, aplicando, com isso, uma proteção patrimonial não verificada para a pessoa jurídica em razão da garantia fundamental do sócio.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade Jurídica. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Bem de Família.

*Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Área de Concentração - Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa - Estado e Responsabilidade: questões críticas. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

**Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP - 2016 Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina - 2010 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - 2009 Docente e Coordenador do curso de Direito na Faculdade Catuaí de Cambé - PR. Advogado Militante.

***Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UniversidadeEstadual do Norte do Paraná. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pelo curso de Alta Formação da Universidade de Pisa, na Itália, em 2013. Graduado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná em 2015. É conciliador voluntário da Justiça Especializada Federal de Jacarezinho/PR e profissional do Projeto Educação em Direitos Humanos (SETI/PR, USF, UENP).

INTRODUÇÃO

Integram como elementos de uma negociação jurídica a vontade das partes e o objeto de contrato. Dessa negociação, uma das partes assume a vontade de ser credora do objeto contratado oponível à outra parte, que assume a vontade de ser devedora do mesmo objeto do contrato. A regra é que as negociações privadas realizadas tenham oponibilidade direta somente em relação as partes que estão contratando, portanto, uma vez assumida uma prestação, o credor desta poderia opor a obrigação de quitação desta prestação somente contra aquele que figura como seu devedor.

Pensando em obrigações pecuniárias, o credor deve, para a quitação de sua obrigação, perseguir o patrimônio de propriedade de seu devedor, inclusive sendo previstas defesas caso o devedor persiga patrimônio de terceiro pensando que fosse do devedor – embargos de terceiros.

A desconsideração da personalidade jurídica, em que pese a crítica à nomenclatura tecnicamente equivocada que se adotou em nosso ordenamento jurídico, não vem a desconsiderar a personalidade em si, mas a limitação de proteção patrimonial entre as pessoas dos sócios e a própria sociedade. É um meio judicial de provocar a confusão patrimonial dos sócios e da sociedade, possibilitando ao credor a perseguição de patrimônio para a quitação de da prestação contratada em um monte patrimonial que envolva não só o patrimônio da sociedade, mas também aquele que constar como de propriedade dos sócios.

De modo geral, o artigo não tratará de todas as espécies de desconsideração da personalidade jurídica permitidas em nosso sistema jurídico, realizando um corte metodológico para tratar da conceituação do instituto e da possibilidade, já reconhecida pelo Judiciário brasileiro, de utilizar a ferramenta que, originariamente, foi criada em benefício do credor, ser utilizada em benefício do devedor.

Demonstrando os conceitos de personalidade jurídica, do próprio instituto da desconsideração da personalidade jurídica, da prevalência dos direitos fundamentais sobre os interesses privados eventualmente contratados, vem, o artigo, discorrer sobre a aplicabilidade da proteção dos bens de família, principalmente da impenhorabilidade do imóvel utilizado como moradia no caso de um imóvel pertencente à uma sociedade, ou destacado para atividade empresarial unipessoal limitada, quando o mesmo servir como moradia do sócio, garantindo, assim, a dignidade de sua pessoa.

1. DA PERSONALIDADE JURÍDICA

As contratações são realizadas entre partes, cujo sistema jurídico atribui uma personalidade, um reconhecimento no mundo jurídico de sua existência enquanto indivíduo. Dos indivíduos físicos, a existência da personalidade juridicamente reconhecida vem a ser óbvia, entretanto, os direitos e obrigações também podem possuir titularidade de um ente ficto, possuidor de uma personalidade jurídica. Rubens Requião[150], conceitua a pessoa jurídica:

> Entende-se por pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por que razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como rés, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que a constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhe deram origem, sem que esse fato incida no seu organismo. É o que acontece com as sociedades institucionais ou de capitais, cujos sócios podem mudar de estado ou ser substituídos sem que se altere a estrutura social.

Inicialmente, quando se resolvia criar um negócio, as pessoas não tinham força-se recursos necessários para criação de uma grande empresa. Assim, a associação com outras pessoas, estabelecendo uma sociedade, mostrou-se uma solução adequada ao problema. Além disso, as pessoas sempre tiveram medo de comprometer todo o seu patrimônio em atividades de risco. Os princípios da separação patrimonial e limitação de responsabilidades, características específicas da personificação societária, acabaram por viabilizar mais facilmente o negócio que se planejava começar. Caio Mário da Silva Pereira[151] explica a situação:

> A necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana a certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade aos entes abstratos assim gerados.

[150] REQUIÃO, R. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Forense, 1998. p. 204.
[151] Ibid., p. 185.

Desta forma, o agrupamento pessoal tornou-se mais frequente, visto os benefícios que seus participantes poderiam ter, uma vez que, adquirindo uma personalidade jurídica própria, ou seja, reunindo-se em sociedades, automaticamente existia um ente diferente da sua existência como pessoa física, lhes fornecendo benefícios próprios desse instituto. Nesse sentido, explica Silvio de Salvo Venosa[152]:

> As pessoas jurídicas, segundo essa corrente, são reais, porém dentro de uma realidade que não se equipara à das pessoas naturais. Existem, como o Estado que confere personalidade às associações e demais pessoas jurídicas. O Direito deve assegurar direitos subjetivos não unicamente às pessoas naturais, mas também a esses entes criados. Não se trata, portanto, a pessoa jurídica como uma ficção, mas como uma realidade, uma "realidade técnica".

Assim, surgiu a pessoa jurídica, ganhando vida e personalidade, sobressaindo-se aos indivíduos que a compõem, dando origem a um ente autônomo, com direitos e obrigações próprios, não se confundindo com a pessoa de seus membros, os quais, em se tratando de atividades econômicas, investem apenas uma parcela do seu patrimônio, assumindo riscos limitados de prejuízo de acordo com o seu investimento.

2. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica surgiu em razão de fraude e abuso de direitos cometidos pelas sociedades empresárias, uma vez que as mesmas estão amparadas pelo princípio da autonomia patrimonial, que é a explicitação da diferenciação do patrimônio dos sócios, em razão de sua personalidade jurídica própria, na medida em que é a sociedade o sujeito titular dos direitos e devedor das obrigações.[153]

Importante faz-se consignar que a nomenclatura trazida pelo nosso sistema é tecnicamente infeliz, vez que a personalidade jurídica, assim como todos os direitos da personalidade auferidos à uma pessoa jurídica, permanecem existentes. O que é desconsiderada é a divisão patrimonial entre sócios e sociedade, ainda que esta sociedade

[152] VENOSA, S. S. DireitoCivil**.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 257
[153] COELHO, F. U., op. cit., p. 55.

tenha sido formada com responsabilidade limitada.Neste sentido Ricardo Negrão[154] conceitua:

> A concessão de personalidade jurídica, tendo em vista seus efeitos, leva, muitas vezes, a determinados abusos por parte do titular da empresa individual de responsabilidade limitada e dos sócios das sociedades, atingindo direitos de credores e de terceiros. Nesse caso, vem-se admitindo o superamento da personalidade jurídica com o fim exclusivo de atingir o patrimônio do titular de empresa individual de responsabilidade limitada ou dos sócios da sociedade empresária envolvidos na administração dos negócios. Por essa razão a teoria do superamento da personalidade jurídica – disregardof legal etity– é também conhecida como teoria da penetração.

Ainda neste mesmo sentido Fábio Ulhoa Coelho[155], dispõe que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizarem, sendo ferramenta de controle da atividade privada dentro dos limites da boa-fé objetiva, da legalidade, da responsabilidade social, da função social da propriedade e respeito à dignidade da pessoa humana. Nota-se que este instituto tem objetivado a coibição de fraudes, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica, ou seja, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos seus membros. Em outros termos o seu intuito é preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, sem desabrigar terceiros, vítimas de fraude.[156]

Uma vez que a personalidade jurídica for desconsiderada, não pode considerá-la outra vez, mas isso não implica no fim da sociedade, não sendo, portanto, um ato definitivo, a desconsideração significa dizer que a divisão patrimonial da pessoa jurídica foi extinta – somente no ambiente processual que a determinou – e seus sócios responderão por todas as suas obrigações, com seus bens particulares, mas sua existência e funcionamento preservam-se.[157]

2.1 DA EVOLUÇÃO DO INSTITUTO E SEUS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

[154] NEGRÃO, op. cit., p. 267.
[155] COELHO, F. U., op. cit., p. 61.
[156] Ibid, p. 59.
[157] MAMEDE, op. cit., p.243

A pessoa jurídica, sob quaisquer das formas autorizadas por lei, é criada para alcançar fins sociais necessariamente lícitos. Quando o exercício de suas atividades, ao longo dos anos, forem desviados da correta forma esperada, ocorrendo atos ilícitos, abusivos ou fraudulentos, buscando, nesses casos, o proveito próprio dos sócios em detrimento do direito de terceiros, demonstra-se a necessidade de interferência do Estado em prol do interesse social envolvido.

A permissividade de tais condutas ilícitas acabaria gerando problemas na ordem social, ocasionando conflitos com as disposições legais que protegem os interesses dos indivíduos e os grupos de uma coletividade organizada, o que fatalmente ensejaria,mais cedo ou mais tarde, posicionamento dos tribunais a respeito da matéria. O direito inglês foi considerado o precursor da teoria da desconsideração, com o famoso caso Salomon vs. Salomon & Com, em 1897.

> Aaron Saloman, no intuito de constituir uma Sociedade, reuniu seis membros da sua própria família, destinando para cada um apenas uma ação da empresa, e para si, reservou vinte mil. Em determinado momento, talvez já antevendo a possível quebrada empresa, Salomon cuidou de emitir títulos privilegiados (obrigações garantidas), títulos esses que devem ser pagos antes de outros em caso de falência, que ele mesmo tratou de adquirir. No momento que se revelou insolvente a sociedade, Salomon, que passou a ser credor privilegiado da sociedade em razão dos títulos que ele mesmo emitiu, obteve preferência em relação a todos os demais credores quirografários (que não tinham garantia), liquidando o patrimônio da própria empresa e não precisando pagar as dívidas.[158]

Nesse caso, ficou demonstrado o ato fraudulento de Aaron Salomon sobre a sociedade, justificando, assim, a desconsideração de sua personalidade jurídica. Porém, apesar de Salomon ter utilizado a sociedade como sua proteção para lesar os demais credores, a Câmara de Lordes, que era o último grau de jurisdição daquele país, reformou as decisões de instância inferiores, acatando a sua defesa.

Alegou Salomon que, uma vez que a empresa foi constituída de forma lícita, e não se identificando a responsabilidade civil da sociedade com a do próprio Salomon, este não poderia, pessoalmente, responder pelas dívidas sociais, fazendo prevalecer o

[158]LUDVIG, G. T. Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Redirecionamento da Execução na Pessoa dos Sócios. PUCRS: Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/gabriel_ludvig.pdf >. Acesso em: 5 out. 2015. p. 7.

princípio da responsabilidade patrimonial.[159]Fábio Ulhoa Coelho[160] destaca tal importância:

> Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade.Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos da exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais.

Entretanto, o tema teve pouca discussão teórica na Inglaterra, embora tenha sido o primeiro relato histórico-jurídico de desconsideração da personalidade jurídica, não tendo sido acolhido realmente pela jurisprudência, o que somente ocorreu mais tarde, com o desenvolvimento doutrinário nos Estados Unidos e pelos países europeus. Nesse sentido:

> A tese das decisões reformadas das instâncias inferiores repercutiu, dando origem à doutrina do disregardof legal entity,sobretudo nos Estados Unidos, onde se formou larga jurisprudência, expandindo-se mais recentemente na Alemanha e em outros países europeus[161].

Apesar de ocorrerem mais julgados sobre a matéria nos Estados Unidos, o assunto somente evoluiu doutrinariamente a partir de década de 50, na Alemanha, com o estudo de Rolf Serick, professor da Faculdade de Direito de Heidelberg, que analisou os casos decididos anteriormente. Calixo Salomão[162], ao comentar Serick, esclarece que "o autor adota um conceito unitário de desconsideração, ligado a uma visão unitária da pessoa jurídica como ente dotado de essência pré-jurídica, que se contrapõe e eventualmente se sobrepõe ao valor específico de cada norma."

Neste estudo, Serick teve o cuidado de alertar que a teoria só poderia ser utilizada como exceção, para aqueles casos em que realmente se tenha comprovado a fraude ou o abuso de direito, ressaltando que o elemento intenção era de vital importância para caracterizar a aplicação da teoria e que a sua disseminação seria maléfica para a coletividade.

[159]COELHO, F. U., op. cit.
[160] Ibid., p. 14-16.
[161] COELHO, F. U., op. cit., p. 33.
[162]SALOMÃO FILHO, C.O Novo Direito Societário. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 85.

Oksandro Gonçalves[163], ilustra a evolução histórica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

> O estudo dos sistemas jurídicos segundo a metodologia oferecida pelo Direito comparado possibilita sintetizar as contribuições para a feição atual da teoria da desconsideração. Por sua origem no Direito anglo-americano, ela é conhecida como disregarddoctrine, extraindo-se do Direito inglês o exemplo clássico: o caso *Salomon & Salomon.* Se no Direito anglo-americano são encontradas as primeiras manifestações da teoria da desconsideração, no Direito alemão ela é sistematizada e consolidada, tomando o nome de Durchgriff *der* juristichenPersonen, destacando-se a obra de Rolf Serick, mais estudioso do tema e que definiu as bases da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No Direito francês, destaca-se a positivação do instituto da desconsideração, em especial quanto à sua possibilidade na falência e na concordata.Já no direito italiano destaca-se a obra de PieroVerrucolli, com especial enfoque à teoria da desconsideração nas sociedades de capitais. Finalizando, o estudo do Direito português demonstra o esforço dos doutrinadores para disseminar a teoria da desconsideração e implementar sua utilização

Assim, depois de amplas discussões e construções sobre o assunto nos direitos Anglo-Saxões e em diversos países da Europa, o assunto começou a ser tratados pelos juristas da América do Sul. No Brasil, o professor paranaense Rubens Requião foi o pioneiro do assunto, sendo o primeiro jurista brasileiro a tratar da matéria, já que o Código Civil de 1916, por ter sido elaborado no final do século XIX, época em que os tribunais da Europa ainda se deparavam com os primeiro casos de aplicação da teoria, não tratou legalmente sobre da matéria. Rubens Requião[164] transcreveu as seguintes observações de Rolf Seriksobre o assunto:

> A disregarddoctrine aparece como algo mais do que um simples dispositivo do Direito americano de sociedade. É algo que aparece como consequência de uma expressão estrutural da sociedade. E, por isso, em qualquer país em que se apresente a separação incisiva entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, se coloca o problema de verificar como se há de enfrentar aqueles casos em que essa radical separação conduz a resultados completamente injustos e contrários ao direito. Diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos.

Coube então ao Judiciário, fundamentado nos importantes estudos de Rubens Requião, o desenvolvimento e o aprofundamento da teoria no Direito Civil Brasileiro,

[163] GONÇALVES, O. Desconsideração Da Personalidade Jurídica. Curitiba: Editora Juruá, 2006. p. 184.
[164] REQUIÃO, R. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. São Paulo: RT, v. 410, dez., 1969. p. 14.

aplicando o instituto até que, somente em 1990, com a criação Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8.078/90)[165], nasceu o primeiro dispositivo legal a tratar a respeito da matéria, no seu art.28:

> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
> § 1° (Vetado).
> § 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
> § 3° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
> § 4° As sociedades coligadas só responderão por culpa.
> § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Com o Código de Defesa do Consumidor, e posteriores evoluções da teoria da desconsideração da personalidade jurídica por juristas brasileiros, o atual Código Civil, colocando-se ao lado das legislações modernas, consagrou, em norma expressa, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.[166]

Surge então a teoria como uma solução para evitar o uso desvirtuado dos benefícios da pessoa jurídica, uma punição para corrigir o rumo na sua utilização e atingir os responsáveis pelo desvio de rota que estaria a angariar descrédito. É meio jurídico, positivado em lei, para garantir que a atividade privada não tome proporções liberais que atinjam o interesse social, mas seja garantida a observância da boa-fé objetiva, da função social e da dignidade da pessoa humana.

[165] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12.09.1990.
[166] BRASIL, 2002. Ibid.

2.2 REQUISITOS GERAIS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

O Código Civil adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, que em decorrência da adoção da teoria menor, exige apenas a insolvência da pessoa jurídica para a aplicação do instituto. Desta forma, exige-se o preenchimento de certos requisitos legais para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, estabelecidos no art. 50 do Código Civil[167], que diz:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Primeiramente, verifica-se que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser aplicada de ofício pelo Juiz, dependendo, portanto, de requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo. Importante destacar que é desnecessária a propositura de ação autônoma para que seja determinada a desconsideração da personalidade jurídica, e por via de consequência, busque bens suficientes para a satisfação do crédito diretamente no patrimônio do sócio envolvido da prática abusiva ensejadora a aplicação do instituto.

O requerimento, uma vez comprovado o abuso da personalidade jurídica, pela parte ou pelo Ministério Público, pode ocorrer já na fase de cumprimento de sentença ou em execução autônoma, quando for o caso. Assim, já é possível constatar que é requisito para a desconsideração da personalidade jurídica o pedido expresso do interessado na medida, admitindo-se o pedido realizado pelo Ministério Público na qualidade de fiscal da lei, dispensando, contudo, a propositura de ação autônoma para tal desiderato.

Ademais, como requisito principal para a configuração da hipótese de aplicação da desconsideração, apresenta-se o abuso da personalidade jurídica pelos sócios ou gestores (o que na hipótese da desconsideração humanitária é afastado). A caracterização do uso abusivo da personalidade jurídica é verificada com a ocorrência do desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, conforme trazido pelo próprio Código Civil no

[167] Ibid.

dispositivo citado. Infere-se que o legislador preferiu indicar a maneira de constatação do abuso da personalidade jurídica, que na verdade trata-se de um verdadeiro abuso de direito na gestão da pessoa jurídica. A idealização do abuso de direito na gestão da pessoa jurídica é condizente à hipótese trazida por este artigo, pois o sócio da sociedade devedora, demonstrando que não realizou uma má gestão, poderia utilizar da desconsideração da personalidade jurídica em seu favor, em razão da proteção de sua dignidade.Ana Carolina Dihl Cavalin[168]cita como exemplos de uso abusivo da pessoa jurídica a constituição de sociedades fictícias; operações societárias com fins dissimulados; celebração de negócios jurídicos espúrios; promiscuidade entre o patrimônio da sociedade e o dos sócios.

Para Cristiano Farias e Nelson Rosenvald[169] "[...] o desvio de finalidade tem ampla conotação e sugere uma fuga dos objetivos sociais da pessoa jurídica, deixando um rastro de prejuízo, direto ou indireto, para terceiros ou mesmo para outros sócios da empresa". É possível verificar o desvio de finalidade na hipótese do gestor da pessoa jurídica contrair obrigações cujo objeto seja diverso, e até mesmo desnecessário, para as atividades exploradas pela sociedade, sem que esta tenha suporte financeiro para cumprir a obrigação.

Seria o caso de uma sociedade, a título exemplificativo, cujo objeto social seja a comercialização de gêneros alimentícios, no entanto, seu gestor passa a adquirir terrenos para edificação, sem possuir suporte financeiro para arcar com as obrigações assumidas. É evidente, neste caso, que o sócio desviou da finalidade social da pessoa jurídica. Em que pese não ser ilícito o fato da pessoa jurídica adquirir imóveis, observa-se que houve abuso do gestor, já que comprometeu o capital social da pessoa jurídica em atividade diversa da explorada.

No tocante a confusão patrimonial, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald[170] apontam tratar-se da hipótese em que o "[...] sócio utiliza o patrimônio da pessoa jurídica para realizar pagamentos pessoais e vice-versa, atentando contra a separação das atividades entre empresa e sócio". Anota-se, por oportunidade, que a desconsideração da personalidade jurídica possui os efeitos de uma confusão patrimonial plena, entre

[168]CAVALIN, A. C. D. Desconsideração da Personalidade Jurídica na Sociedade Empresária Limitada. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3507, 6 fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23664>. Acesso em: 27 out 2015.

169FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Direito Civil: Teoria Geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 386.

[170] FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 386.

sociedade e sócios, entretanto, tal confusão ocorre por força judicial, ainda que a lei disponha do direito objetivo, depende da aplicação coercitiva do Judiciário para sua eficácia.

A confusão patrimonial, justificadora da imposição da desconsideração da personalidade jurídica, é de fácil constatação, já que basta a verificação de desrespeito da autonomia patrimonial, inerente à pessoa jurídica.Ainda é de se salientar, que as hipóteses configuradoras do abuso da personalidade jurídica, quais seja, desvio de finalidade e confusão patrimonial, são tidas pela doutrina e jurisprudência como hipótese objetivas, no sentido de prescindir a demonstração de intuito fraudulento do sócio e/ou gestor na pratica do ato.Neste sentido, André Ramos[171] afirma que:

> Hodiernamente, todavia, tem-se tentado estabelecer critérios mais seguros para a aplicação da teoria da desconsideração, sem que seja necessária a prova da fraude, ou seja, sem que seja preciso demonstrar a intenção de usar a pessoa jurídica de forma fraudenta. Adota-se, pois, uma concepção objetivista da disregarddoctrine, segundo a qual a caracterização do abuso de personalidade pode ser verificada por meio da análise de dados estritamente objetivos, como o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

Por fim, como síntese da configuração das hipóteses da desconsideração da personalidade jurídica, repercute-se o entendimento de Wilges Bruscato e Leandro Rodrigues Júnior[172], que afirmam que sempre que o ônus ficar para a pessoa jurídica e a vantagem for para os titulares das quotas sociais ou terceiros por eles beneficiados, embora a aparência de legalidade, estaremos diante de um caso que comporta desconsiderar a personalidade jurídica – não se atentam a possibilidade central do artigo, que é a desconsideração da personalidade jurídica como benefício ao credor.

Neste esteio, celebrado negócio jurídico em nome da pessoa jurídica, sem que as vantagens do negócio sejam por ela percebidas, restando, contudo, apenas suportar as obrigações, em que pese a possível aparência de legalidade, se mostra cristalino o abuso

[171]RAMOS, A. L. S. C. Direito Empresarial Esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 407.
[172] BRUSCATO, W.; RODRIGUES JÚNIOR, L. M. A Limitação da Responsabilidade e a Desconsideração da Personalidade Jurídica após o Novo Código Civil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2769&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em:29 set. 2015.

de direito, a configurar a pratica de ato ilícito e caracterizador das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica.[173]

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA SOBREPOSIÇÃO AOS INTERESSES INDIVIDUAIS

Quando tratado de sociedades, negócios jurídicos privados e contratos, dívidas patrimoniais, é natural elencar tais fatos com o ambiente privado de atividade jurídica, permitida em nosso ordenamento, formadora das bases de circulação de riqueza e direitos. Entretanto, os interesses privados, dentro de nossa sistemática inaugurada pela Constituição Federal de 1988, não há dicotomia entre direito público e direito privado, mas sim uma situação de adequação, onde as atividades, ainda que privadas, devem respeitar o interesse social, a boa-fé objetiva, a disposição da lei, a função social e a dignidade da pessoa humana. Desta forma, a vontade privada é limitada por uma vontade maior, coletiva, devendo respeitar os demais indivíduos de uma sociedade, sendo que, dentre estes direitos de cada indivíduo, um núcleo não pode ser transigido: os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão previstos na nossa Constituição Federal de 1988, em seu Título II, e classificam-se em: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Há, ainda, outros direitos fundamentais espalhados no texto constitucional, quando os mesmos refletirem o vetor da dignidade da pessoa humana.

Não é muito fácil trazer uma conceituação precisa e sintética de direitos fundamentais, uma vez que tais direitos são chamados também de "direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem"[174], conforme o marco teórico adotado. Neste sentido Sarlet, Marinoni e Mitidiero explicam:

> Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica,

[173]COELHO, E.S. Desconsideração da Personalidade Jurídica a Luz do Código Civil Brasileiro - requisitos. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13662>. Acesso em: 29 set. 2015.

[174]SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 175.

> inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a necessidade de se adotar uma terminologia (e de um correspondente conceito) única e, além disso, constitucionalmente adequada, no caso, a de direitos (e garantias) fundamentais. [175]

Silva aduz que para a conceituação de direitos humanos, utilizar a expressão direitos fundamentais do homem é o método mais adequado, vejamos:

> Direitos Fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informa a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar o nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. [176]

O mesmo autor, justificando a denominação, complementa:

> No qualificativo fundamentaisacha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, no sentido de que todos por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e efetivamente efetivados. Do homem não no sentido macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. [177]

Neste sentido, Canotilho traz um conceito para os direitos fundamentais:

> Designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais a importância das normas de direitos fundamentais deriva do facto de elas, direta ou indiretamente, assegurarem um status jurídico-material aos cidadãos.[178]

Sarlet, Marinoni e Mitidiero abordam que "o termo "direitos fundamentais" se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado". [179]Para Silva, "expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana". [180]Verifica-se, portanto, que direitos fundamentais são direitos

[175]SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 248.
[176]SILVA, José Afonso da, op. cit., p.178.
[177]SILVA, José Afonso da, loc. cit.
[178]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 177.
[179]SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 249.
[180]SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 177.

constitucionalmente garantidos, que visam à proteção da pessoa humana, apresentando-se como garantias e direitos essenciais para a vida e dignidade. Sua oponibilidade é generalizada, sendo tratada como eficácia dos direitos fundamentais.

Quando o indivíduo opõe um direito fundamental contra o Estado, em razão, por exemplo, de restrição à liberdade de expressão, diz-se de eficácia vertical dos direitos fundamentais, pois o Estado é um sujeito jurídico com dever de promover a paz social e a aplicação dos direitos positivados, estando em uma situação verticalizada, hierarquicamente superior ao próprio indivíduo. Nem por isso, não deve obedecer os limites da fundamentalidade do direito, que está reconhecido justamente para promover e garantir a dignidade da pessoa humana.

Quando a relação envolvida for entre sujeitos privados, não interferindo o Estado diretamente, não havendo, portanto relação de hierarquia entre as partes, a oponibilidade dos direitos fundamentais se faz por eficácia horizontal. Ainda que as partes estejam em mesmo patamar, com vontades respeitadas igualitariamente, não é possível extravasar os limites dos direitos mínimos para a garantia da dignidade humana, sendo eles os fundamentais.

Aduz, ainda, as relações cuja presunção da vulnerabilidade de uma das partes está positivamente reconhecida (relações trabalhistas, relações consumeristas, relações com crianças e adolescentes, ações afirmativas, etc.), quando, mesmo não havendo a figura do Estado, não se opera uma igualdade material entre as partes, dizendo de uma eficácia diagonal dos direitos fundamentais, que também limitam as atividades e vontades privadas.

Assim, diante desse suporte teórico, sabendo que a dignidade da pessoa humana é fundamento ou vetor dos direitos fundamentais que, por sua vez, limitam a vontade privada e são cláusulas rígidas sob o aspecto dogmático do direito, seriam suficientes para fundamentar juridicamente dobras nas interpretações clássicas dos institutos, tais como o da desconsideração da personalidade jurídica.

4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA HUMANITÁRIA OU EXISTENCIAL

Já demonstrou-se que pessoa jurídica tem sua própria personalidade, não se confundindo com a pessoa física, ou seja, vale dizer que tem existência distinta do seu

sócio, adquirindo assim sua própria titularidade obrigacional, processual e patrimonial. Dotada de personalidade surge o princípio da autonomia patrimonial, onde os bens das pessoas jurídicas são responsáveis por satisfazer as obrigações contraídas por ela. A doutrina e jurisprudência entendem que em determinadas situações tal princípio pode ser mitigado em prol de outros valores, portanto, aplica-se então a desconsideração da personalidade jurídica, conforme já tratado.

Quando um imóvel de titularidade da pessoa jurídica for utilizado como moradia de um de seus sócios, vê-se a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de modo positivo, realizando por força judicial a confusão patrimonial entre o bem da sociedade e o patrimônio do sócio, não podendo, o imóvel, ser penhorado pelos seus credores, por aplicar a normatização referente ao bem de família – que seria possível se, desde o início, o bem fosse de propriedade do sócio - conforme expostos na Lei 8.009/90, justificando-se, ainda, pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988, na dignidade da pessoa humana, na solidariedade (art. 3º, I da CF/88), bem como da necessidade de preservar as bases de dignidade do devedor e possibilitar o seu recomeço de vida. Neste sentido há manifestação em decisão do STJ:

> Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça (Resp. nº 950.663/SC Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/04/2012, De 23/04/2012), entendeu ser impenhorável o imóvel cuja usufrutuária era genitora do devedor e o utilizava de moradia, os argumentos utilizados foram: o direito fundamental a moradia, com o consequente desdobramento no princípio da pessoa humana e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).Reforçam tal argumento outras ampliações jurisprudenciais, com base no patrimônio mínimo e na proteção do bem de família. Neste ponto vale citar o Resp. nº 621.399/RS (Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 20/02/2006, p. 207), o qual declara a impenhorabilidade de imóvel da pessoa jurídica (empresa familiar), que além de ser sede da pequena empresa familiar, também serve de moradia aos membros da entidade familiar.[181]

Estamos diante de um conflito jurídico, onde há interesses dos credores, utilizando de fundamentos no nosso Código Civil, confrontando com interesses privados, com fundamentos na nossa Constituição Federal e na Lei 8.009/90. Nesta situação aplica-se a nossa Lei hierárquica que está acima de todas as outras, a nossa Constituição Federal.

[181]BRASILINO, F. Impenhorabilidade do bem de família de titularidade da pessoa jurídica e a teoria da desconsideração da personalidade positiva: uma análise civil-constitucional. Jus Brasil, 2015. Disponível em:
http://fabiobrasilino.jusbrasil.com.br/artigos/155032798/impenhorabilidadedobemdefamiliadetitularidadedapessoajuridicaeateoriadadesconsid desconsideração da personalidade positiva>. Acesso em: 4 nov. 2015.

CONCLUSÃO

A existência de pessoas físicas e jurídicas tem reconhecimento pelo direito, pois necessárias para o cumprimento subjetivo das negociações jurídicas. Com o reconhecimento da existência pessoal, os direitos inerentes à essa personalidade também se formam, possibilitando, assim, a autonomia patrimonial entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a formam, em última análise.

Quando os sócios formadores de sociedades com personalidade jurídica dotadas de autonomia patrimonial utilizam esse instituto como meio de realizar negociações que não atendam a função social, a boa-fé objetiva, desrespeitem os ditames legais ou firam a dignidade da pessoa humana, há ensejo para a retirada dos benefícios da limitação patrimonial promove, forçando, por determinação judicial, uma confusão patrimonial entre os sócios e a própria sociedade.

Em que pese o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, cuja nomenclatura se faz tecnicamente incorreta por não haver, de fato, a desconsideração da personalidade, mas somente da autonomia patrimonial, ter sido desenvolvido para proteger os interesses dos credores diante de má-fé dos sócios da devedora, quando comprovado que a dignidade da pessoa humana será atingida, diante da boa-fé objetiva do sócio, poderá ser utilizado para fazer ocorrer a confusão patrimonial e, assim, aplicar os benefícios da legislação do bem de família, causando a impenhorabilidade do imóvel, originariamente de propriedade da sociedade, em razão, e para atender, direito fundamental do sócio da devedora, conforme a eficácia do direito fundamental aplicável à relação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12.09.1990.

BRASILINO, F. **Impenhorabilidade do bem de família de titularidade da pessoa jurídica e a teoria da desconsideração da personalidade positiva**: uma análise civil-constitucional. Jus Brasil, 2015. Disponível em: http://fabiobrasilino.jusbrasil.com.br/artigos/155032798/impenhorabilidadedobemdefamiliadetitularidadedapessoajuridicaeateoriadadesconsid desconsideração da personalidade positiva>. Acesso em: 4 nov. 2015.

BRUSCATO, W.; RODRIGUES JÚNIOR, L. M.**A Limitação da Responsabilidade e a Desconsideração da Personalidade Jurídica após o Novo Código Civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2769&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em:29 set. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAVALIN, A. C. D. **Desconsideração da Personalidade Jurídica na Sociedade Empresária Limitada.** Jus Navigandi**,** Teresina, ano 18, n. 3507, 6 fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23664>. Acesso em: 27 out 2015.

COELHO, E.S. **Desconsideração da Personalidade Jurídica a Luz do Código Civil Brasileiro** - requisitos. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13662>. Acesso em: 29 set. 2015.

FARIAS, C.C.; Rosenvald, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009 Lumen.

GONÇALVES, O. **Desconsideração Da Personalidade Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2006.

LUDVIG, G. T. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Redirecionamento da Execução na Pessoa dos Sócios.** PUCRS: Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/gabriel_ludvig.pdf>. Acesso em: 5 out. 2015.

RAMOS, A. L. S. C. **Direito Empresarial Esquematizado.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

REQUIÃO, R. **Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica**. São Paulo: RT, v. 410, dez., 1969.

_____. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Forense, 1998.

SALOMÃO FILHO, C.**O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros. 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

VENOSA, S. S. **Direito Civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CAPÍTULO VII
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

182
Caio Vinicius Roldão Agarie
183
Thaís Bratifich Ribeiro

RESUMO: O presente artigo se propõe a realizar uma análise dos institutos da Presunção de Inocência e do Trânsito em Julgado, especificamente dentro da persecução penal, tendo como escopo a mudança operada dentro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Habeas Corpus 126.292, que alterou o entendimento que vinha sendo adotado pela corte desde 2006 quando do julgamento do Habeas Corpus 84078, sobre a possibilidade do cumprimento das sentenças condenatórias antes de esgotados os recursos cabíveis, além de cotejar tal mudança com a não aplicação do entendimento da corte no Habeas Corpus 135.100 por parte do Ministro Celso de Melo, ignorando a jurisprudência e aplicando o texto constitucional literalmente, ocasionando atritos no sistema de intepretação da corte.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de Inocência; Transito em Julgado; Hermenêutica Constitucional; Coisa Julgada; Execução provisória da pena;

INTRODUÇÃO

Em recente mudança de posicionamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a execução da pena confirmada em segunda instância não fere o princípio da presunção de inocência. A decisão proferida no bojo do HC 126.292 ensejou um amplo debate acerca da execução provisória da pena, ou seja, da possibilidade de prisão no curso do processo diversa de prisão cautelar.

182
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2009-2013), Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina, Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – caioagarie@gmail.com
183
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2011-2015), Pós-graduanda *lato sensu* em Direito Penal e Criminologia (ICPC) – thaisbratifich@gmail.com.

A investigação deste problema tem como ponto de partida o estudo do direito fundamental à presunção de inocência um lado (artigo 5°, inciso LVII, CF/88), e da coisa julgada do outro, buscando a adequação destes conceitos aos problemas próprios do Processo Penal e sua necessária adequação constitucional.

O presente artigo será abordado com base no método dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibiliográfica-documental e análise jurisprudencial. Nesse sentido, o presente artigo aborda, em um primeiro momento, o conteúdo essencial do direito fundamental à presunção de inocência. Após, tece algumas considerações acerca do instituto da coisa julgada, fixando as distinções entre prisões cautelares (provisórias e preventivas) e prisões que derivam de um juízo de culpa, em sentido amplo.

Por fim, aborda os fundamentos da decisão que reputou constitucional a execução provisória da pena, proferida no HC 126.292, assim como o posionamento divergente apresentado pelo Ministro Celso de Melo, meses após, no âmbito do HC 135.100 com o intuito de estabelecer a relação da decisão do Ministro Celso de Melo em contrariar o entendimento da corte com a observância ou não do papel de guardião da constituição do STF.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em um Estado Democrático de Direito, o Processo Penal tem a função precípua de garantir o exercício regular do poder, impondo limites para a atuação do Estado. Nos escólios de Paulo Rangel (2012, p. 151-152), a democracia tem um custo que se traduz no respeito aos direitos e garantias fundamentais. Sendo assim:

> Os atos do Estado só valem até os limites estabelecidos pela Constituição. É um preço até módico quando se percebe e entende o quanto se ganha com a democracia frente a regimes ditatoriais de supressão de direitos. Não vale tudo, a qualquer custo e a qualquer preço, em especial em se tratando de persecução penal onde se encontram os mais sensíveis direitos fundamentais do indivíduo.

A presunção de inocência é um dos princípios constitucionais basilares do Direito Penal, segundo o qual *"*ninguém será considerado culpado "até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (LVII do artigo 5º, Constituição Federal). Por sua vez, artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos reza que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua

culpa”, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. XI, traz a seguinte previsão:

> Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

É nesse sentido que vem a lição de Uadi Lammêgo Bulos(2014, p.714) demonstrando o marco da Constituição Federal quando estalece que:

> A propósito, lembre-se que a presunção de inocência foi uma novidade da Carta de 1988. No passado, ela era extraída do contraditório e da ampla defesa, pois não vinha prevista taxativamente. Agora, todos são inocentes, exceto se for provado o contrário.

Ou seja, a presunção de inocência deixou de ser um princípio implícito dentro do ordenamento para se tornar um princípio expresso e portanto, adquirindo novo vigor interpretativo dentro do sistema legal pátrio, vinculando sua efetividade e aumentando a carga valorativa do mesmo, quando da aplicação dos princípios hermenêuticos.Ainda a respeito do estado de inocência, nas lições de Rogério Lauria Tucci (2004, p. 379):

> Consiste ele na asseguração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que a sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então, a coisa julgada de autoridade relativa.

Desse modo, observa-se que a presunção de inocência, no Processo Penal, está intimamente ligada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que lhe confere sentido e conteúdo.Indo mais além, a própria investigação penal está submetida a garantia da presunção de inocência, conforme se depreende dos escritos de Eugenio Pacelli de Oliveira (2011, p.48) quando o mesmo frisa que:

> Até mesmo para o ato de indiciamento, que vem a ser uma formalização da situação do investigado em inquérito policial, é possivel reclamar-se a presença de justa causa, que logo veremos tratar-se, ou poder tratar-se, de uma condição da ação penal. É que também O indiciamento impõe uma carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente.

Ora, se até o procedimento investigatório está submetido a observância do princípio da presunção de inocência, que impõe medidas menos gravosas que a

condenação penal, com mais razão se faz necessária sua observância nos procedimentos judiciais. Nesse sentido, o ministro Eros Grau, no Habeas Corpus 90.645, reforça o sentido e a necessidade do trânsito em julgado para a execução da pena. Para o ministro:

> Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Reforçando esse entendimento assenta-se o enunciado de Bulos (2014, p. 714) quando o mesmo afirma que:

> Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o réu tem o direito público subjetivo de não ostentar o status de condenado. Trata-se de uma projeção dos princípios do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, do contraditório, da ampla defesa, do favor libertatis, do in dubio pro réu e da nulla poena sine culpa.Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou juris tantum, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios.

Sendo assim, a presunção de inocência revela-se como norte interpretativo, seja na elaboração das leis, seja na sua aplicação pelo Poder Judiciário. Ela impõe que a liberdade seja a regra do sistema jurídico, só podendo ser afastada em casos excepcionais e que não impliquem no esvaziamento de seu conteúdo.

1. O INSTITUTO DA COISA JULGADA

A coisa julgada é a garantia de que o acusado não será submetido à punição antecipada, sem que lhe tenha sido proporcionado todos os meios de defesa previstos em lei, impondo que a decisão produza seus efeitos somente quando as vias de impugnação estiverem esgotadas. Para o processualista Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 386):

> Não podendo mais ser impugnada, seja pela preclusão dos prazos para interposição dos recursos, seja porque esgotaram os meios de impugnação, a sentença se torna imutável, inimpugnável, inalterável. Fala-se, então, em coisa julgada, significando tal

> expressão que o pronunciamento jurisdicional se tornou inalterável, adquiriu qualidade de imutabilidade.

Observa-se, assim, que a coisa julgada, além de promover a estabilização social, colocando um fim ao processo, é garantia intimamente ligada ao direito fundamental ao estado de inocência. No âmbito do processo civil, a coisa julgada também busca a segurança jurídica e a estabilização das relações sociais, porém seus efeitos são distintos, mormente em virtude dos valores que são tutelados pelo Processo Civil, cujo caráter é predominantemente patrimonial e não o *status libertatis* do indivíduo. No Processo Civil, o juiz pode decretar a execução provisória da sentença a pedido da parte. A respeito do tema, ensina Giuseppe Chiovenda (2002, p. 256 e 260)

> Uma coisa é a executoriedade, outra é a definitividade (...)Pode-se formular o pedido de execução provisória tanto no ato de citação quanto na audiência. Se a sentença estiver assim sujeita a oposição como apelação, e a execução provisória for decretada genericamente, entende-se que está se efetivará a despeito da oposição ou apelação.

Nesse sentido, é possível observar a impropriedade de uma eventual transposição do instituto da execução provisória da sentença para o Processo Penal. Em que pese ser possível a cisão entre definitividade e executoriedade no Processo Civil, a força executória da sentença penal condenatória está condicionada a sua definitividade, que só será alcançada ao revestir-se pela coisa julgada. Nos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 371), a execução provisória da sentença serve à utilidade e à instrumentalidade do processo:

> A afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo o proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma postura mental favorável a essa ideia instrumentalista. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade.

Embora os formalismos excessivos possam ser prejudiciais à efetividade do Processo Civil, no âmbito do Processo Penal, o estrito cumprimento das garantias processuais garantem o exercício regular do poder Estatal. Deste modo, não se vislumbra, no Processo Penal, sob o pretexto de "favorecer a efetividade do processo", violar direitos constitucionais fundamentais do acusado. A celeridade no Processo Penal é garantia em

favor do réu, que não pode sofrer o constrangimento de figurar em um processo criminal em razão de uma morosidade injustificada.Neste contexto, a ideia de que o processo pode ser analisado a partir de uma "Teoria Geral", aplicável tanto ao Processo Civil quanto ao Processo Penal é fonte de intensos debates na doutrina. Nas lições de Aury Lopes Jr (2014, p. 58-59):

> Todo um erro de pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal as categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida. É a velha falta de respeito, a que se referia GOLDSCHMIDT, às categorias jurídicas próprias do processo penal. (...) São a ausência de liberdade e a relação de poder instituída os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal.

Se a necessária adequação do Processo Penal à Constituição exige o respeito ao princípio da não consideração prévia da culpabilidade, somente o trânsito em julgado da sentença condenatória ou as modalidades de prisão cautelar autorizariam a restrição da liberdade do indivíduo. O cerne da questão recai, contudo, sobre o momento em que se dá o trânsito em julgado da sentença e os efeitos capazes de produzir os recursos interpostos no curso de um Processo Penal. Nas lições de Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 65):

> A melhor doutrina assentou o firme entendimento de que o recurso capaz de obster à coisa julgada é o recurso admissível. Se o juízo de admissibilidade é positivo, abre-se o caminho para o julgamento de mérito do recurso e o efeito obstativo da formação da coisa julgada se consolida.

A respeito do ato de embargar uma decisão judicial, Fernando da Costa Tourinho Filho explica (2013, p. 455):

> A palavra provém de embargar, que significa reprimir, tolher, dificultar, impedir. E como no Direito lusitano a parte pode investir, às vezes, contra a sentença, exigindo a retratação do órgão que a prolatou, por inobservância ou violação da lei, nada mais expressivo que a palavra embargos para traduzir o meio de que se avalia o litigante para impedir a execução de uma sentença.

Portanto, no Processo Penal, os efeitos da interposição dos recursos derivam da própria Constituição e da não consideração prévia de culpabilidade. Isto porque, nos ensinamentos de Aury Lopes Jr, o Processo Penal, além de meio de concretização do jus

puniendi do Estado, é "instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais". (2014, p. 56).

1. PRISÕES CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Há hipóteses de prisões em que não ocorre o esvaziamento do conteúdo fundamental da presunção de inocência. São elas a prisão em flagrante, temporária ou preventiva. Segundo o artigo 283 do Código de Processo Penal:

> Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado,ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

A prisão em flagrante prevista no artigo 301 do Código de Processo Penal, conforme pontua Aury Lopes Jr (2014, p. 823), possui natureza precautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas em colocar o detido à disposição do juiz para que este adote ou não uma medida cautelar. Desse modo, ninguém pode permanecer preso em flagrante, e o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, ou conceder liberdade provisória (artigo 310, Código de Processo Penal).

Por sua vez, a prisão preventiva, além dos indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, requer a subsunção a uma das hipóteses taxativamente expressas no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Não é a proposta do artigo dissecar o conteúdo de cada um dos requisitos autorizativos da prisão preventiva, embora seja importante ressaltar um aspecto crucial dessa modalidade de prisão, que é a sua natureza cautelar, ou seja, seu caráter instrumental, de assegurar o bom andamento do processo e a eficácia de seu resultado (DELMANTO Jr, 2001, p. 183).

Com relação à prisão temporária, esta visa assegurar a efetividade da investigação criminal, e somente pode ser decretada quando houver fundadas razões de autoria ou participação nos crimes elencados no inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960, de 1989, ou na Lei nº 8.072, de 1990, e exista ao menos um dos seguintes requisitos: imprescindibilidade da prisão para as investigações do inquérito policial; ou se o

indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Como qualquer prisão de natureza cautelar, a prisão temporária não recai sobre qualquer juízo de culpabilidade, uma vez que as provas inequívocas da autoria e materialidade delitiva só serão obtidas (ou não) após o término da instrução processual. Nesse sentido, a última modalidade admissível de prisão é aquela que decorre de sentença condenatória transitada em julgado, após esgotados todos os meios de impugnação da sentença.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O HC 126.292

Em 17 de fevereiro de 2016, por 7 votos a 4, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, divergindo do posicionamento anteriormente adotado pela Corte, entendeu que a execução da pena confirmada em segunda instância não fere o princípio da presunção de inocência. Ao proferir seu voto, o Ministro Teori Zavaski ponderou ser necessário o equilíbrio entre a presunção de inocência e "a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade". Com relação aos recursos pendentes após a segunda instância, ponderou o Ministro:

> Tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.

Partilhando de entendimento similar, o Ministro Luis Edson Fachin sustentou que "a finalidade que a Constituição persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto".Divergindo a respeito da admissibilidade da execução provisória da pena, o Ministro Ricardo Lewandowski assim se posicionou:

> Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que in claris cessat interpretatio. E aqui nós estamos, evidentemente, in claris, e aí não podemos interpretar.

O ministro ainda manifestou, no voto, sua "perplexidade diante desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática", especialmente, segundo o ministro, "diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido".Compartilhando do entendimento de Ricardo Lewandowski, o Ministro Celso de Mello, voto vencido na controvérsia acima encartada, proferiu o seguinte voto no HC 135.100, em 01 de julho de 2016:

> Mais do que isso, o acórdão emanado do colendo Tribunal de Justiça local parece haver transgredido postulado essencial à configuração do processo penal democrático, ao inverter a fórmula da liberdade, que se expressa na presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), degradando-a à inaceitável condição de "presunção de culpabilidade" Não constitui demasia reafirmar que, em nosso sistema jurídico, ninguém pode ser despojado do direito fundamental de ser considerado inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII). (...)A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal.

Outrossim, cumpre ressaltar que os artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado da condenação, inexistindo no ordenamento jurídico pátrio a modalidade de execução provisória da pena.

CONCLUSÃO

A hermenêutica constitucional é um dos temas sobre os quais os juristas mais tem se ocupado nos últimos tempos, sendo óbvia sua importância: o reflexo das decisões prolatadas pelo STF adquire um caráter irradiativo que vincula as decisões das instâncias judiciais abaixo do mesmo. Ora, o próprio STF está obrigado a realizar esse papel por conta da atribuição constitucional por força do caput do artigo 102 da Constituição Federal, que lhe atribui a guarda do texto constitucional com o intuito de proteger o texto legal e oxigenar o ordenamento através da mudança jurisprudencial para acompanhar a evolução da sociedade.Dito isto, parece-nos excepcionalmente atroz a interpretação do

texto constitucional contra o texto literal. Para atender anseios meta jurídicos o tribunal acabou por ter uma virada paradigmática, alterando o entendimento garantista que vinha adotando desde 2006 e afastando-se do espírito constitucional.

Neste contexto, não é de se surpreender que o Ministro Celso de Melo se insurja contra o entendimento da corte, adotando a alternativa de aplicar o texto constitucional diretamente, afastando a incidência da decisão do pleno da corte.Logo, tudo parece apontar – e nesse sentido referimo-nos a jurisprudência anterior, o texto constitucional e mesmo a lei de execução penal – para a correta atitude do Ministro Celso de Melo, possibilitando assim que o espírito garantista da constituição de 1988 seja cumprido, fazendo valer a lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: saraiva, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil** – Campinas: Bookseller, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. 3 – 5ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2005.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. rev. e ampl. *Rio* de Janeiro: Renovar, 2001.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais** / Ada Pelegrini, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. – 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual** Penal – 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** – 15ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no Processo Penal Brasileiro como instrumento de garantia.** São Paulo: Atlas, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. Processo Penal**, vol. 4 – 35 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAPÍTULO VIII

LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA
ACCESS TO PUBLIC INFORMATION LAW

Marcos Antonio de Arruda[i]
Mariana Fordellone Rosa Cruz[ii]
Allan César de Arruda[iii]

RESUMO: O artigo em questão abordou de forma clara o princípio da transparência pública sob o aspecto Constitucional, intercalado com a Lei de Acesso à Informação, na forma de complementação. Pesquisou-se os dispositivos legais e os seus benefícios para a construção de uma sociedade mais participativa. Ainda em âmbito sociológico, buscou encontrar os aspectos de estímulos e as possibilidades que abrem caminhos para a fiscalização popular, dos atos do poder público, que muitas vezes parecem distantes do cidadão médio. Nesse aspecto, concluímos que se faz necessário a construção de um liame entre os atos públicos e o cidadão, com enfoque na participação popular, para a criação de um estado de verdadeira democracia participativa, não só representativa.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade. Lei de acesso à informação. Democracia participativa. Fiscalização. Participação popular.

ABSTRACT: The present work clearly addresses the principle of public transparency in the constitutional aspect, interspersed with the access to Public Information Law, for its complementation. The objective of this work was to research the legal provisions and its benefits for the construction of a more participatory society. Still in scope, find sociological aspects of stimuli and the possibilities that open paths to popular supervision, of the acts of the public authorities, which often seem distant from the average citizen. In this respect, we conclude that it is necessary to build a link between the public acts and citizens, with a focus on popular participation, to create a state of genuine participatory democracy, not only representative.

KEYWORDS: Advertising. Law on access to information. Participatory democracy. Oversight. Popular participation.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 - O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA NA

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. 3 - A NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE IDEAL. 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 foi um marco nesse processo de liberdade da população, criando possibilidades de uma nova forma de participação popular. Porém, só em 2011 foi que se regulamentou de forma clara um desses pontos, que é a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 2011. No decorrer da história assistimos todos os avanços alcançados pelo homem nas mais diferentes áreas, porém os que mais criam expectativas e benefícios para todos são: a liberdade e a democracia, e nessa compreensão de satisfação é possível também encontrar as frustrações causadas pela falsa liberdade e pela falsa democracia; isso decorre de toda forma de manipulação e desvio de poder. Nesse sentido é salutar e necessário que se criem condições favoráveis e ferramentas especiais para quebrar o distanciamento do poder público com o cidadão.

A problematização do referido artigo terá a missão de analisar a importância de se obter informações dos órgãos públicos, numa sociedade cada vez mais desacreditada, e como utilizar essa informação para o benefício de toda comunidade. A presente reflexão tem como objetivo, e de uma forma simples, estimular o correto uso dessa ferramenta de inserção social, mostrando didaticamente o porquê da necessidade de utilizá-la em benefício de todos. A evolução de uma sociedade só é possível com a participação de todos, e o resultado dessa participação é o fortalecimento da democracia participativa - um tema pouco explorado e que merece todo esforço para que, num futuro próximo, a população utilize essa ferramenta tanto quanto utiliza a crítica, e que, na maioria das vezes, não surte o efeito desejável. A Lei de Acesso à Informação, portanto, tem o condão de submeter os agentes públicos aos olhos da sociedade.

Para a obtenção das respostas almejadas, utilizaremos várias áreas do conhecimento metodológico. Tomaremos como partida o método tradicional e indispensável para qualquer início de estudo, que é a pesquisa bibliográfica**,** e a partir dela analisaremos livros, artigos científicos, além de pesquisas já elaboradas e publicadas. Pretende-se explorar o tema, tendo por base os autores que já deram sua contribuição na área, e, assim, construir uma visão embasada em um solo fértil, porém com chances de se irrigar e fazer crescer numa nova perspectiva de entendimento.

2. O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA NA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A partir da Constituição de 1988, com seu artigo 5º, inciso XXXIII, iniciou-se a ideia do instituto da transparência pública: "Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei [...]".[184] Depois de muitos anos da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil necessitava de um dispositivo mais eficaz para a efetiva aplicação desse instrumento de participação popular. Na visão de Valim:

> A Constituição de 1988, entretanto, talvez pelo pendor totalitário que marca historicamente o Estado brasileiro, não deixou o direito de acesso à informação pública na implicitude, senão que, como vimos, proclamou-o enfaticamente. Em três passagens do Texto Constitucional figura inteiramente desenhado o referido direito (art. 5º, XXXIII, art. 37, §3º, inc. II, e art. 216, §2º), ao que se soma a explicitação do princípio da publicidade (art. 37).[185]

Assim, em 18 de novembro de 2011, criou-se a chamada "Lei de Acesso à Informação", que, com apenas 47 artigos, bem delineados, traça um perfil do que deve ser a transparência pública. Logo em seguida muitos outros dispositivos começaram a fazer parte do sistema de gestão pública, no sentido de regular a Lei em vigor. Estados, municípios, órgãos públicos, autarquias, e todo o setor do Judiciário tiveram que adequar-se à Lei de Acesso à Informação.

Nesse sentido, também começaram a existir todas as formas de resistência à nova modalidade de transparência pública, e até hoje, passados 5 anos da referida Lei, algumas barreiras impedem, parcial ou totalmente, o cumprimento dessa ferramenta de participação popular. Como demonstrado a seguir, em 1948, a Assembleia das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, constituiu em seu bojo o direito de acesso à informação: "Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e

[184] BRASIL. Constituição (1988) CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 5º inciso XXXIII. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.

[185] VALIM, Rafael. O direito fundamental de acesso à informação pública. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 35-45. ISBN 978-85-450-0022-8.

transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".[186]

Talvez não se visualizava a abrangência dessa declaração, ao ponto de que esse direito seria utilizado por muitos países, inclusive pelo Brasil, para embasar o direito à informação pública em todas as suas esferas – inclusive para se saber o que ocorreu até mesmo em casos tão degradantes, como da época da ditadura militar. Zancaner retrata bem essa visão, em que o poder constituído achava-se dono da informação:

> A Lei da Transparência derroga a restrição de acesso a documentos ou informações que impliquem o resguardo das violações dos direitos humanos, pondo fim não só aos anos de chumbo da ditadura militar, mas, também, a uma cultura segredista em que os verdadeiros detentores da soberania se tornavam os últimos a tomar conhecimento de notícias importantes para o país.[187]

Como se observa, anterior à Constituição "Cidadã" de 1988, proibido era saber das coisas, e com o passar dos anos a Lei de Acesso à Informação trouxe elementos garantidores que clareou o dispositivo Constitucional. Na visão de Dias e Campos: "O princípio da publicidade representa, dessa maneira, a consagração dos valores democráticos sobre um passado de autoritarismo e fechamento, no qual o sigilo era o objeto do ordenamento jurídico e a ênfase das práticas administrativas".[188] Na explicação de Pessoa:

> Não é por outra razão que o Constituinte reservou espaço próprio para o direito fundamental de acesso à informação pública em nossa Constituição. [...] Ou seja, norma constitucional que há quase 25 anos obriga o Poder Público a fornecer as informações públicas.[189]

Segundo Regules, com a criação da Lei de Acesso à informação:

> Em rigor, a lei abre o Estado ao cidadão e à sociedade. O que antes era meramente formal, hermético, opaco, atualmente se rejuvenesce e revitaliza na claridade, na transparência, no acesso às informações públicas, no mostrar e deixar ver. A situação

[186] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 04 maio 2016.

[187] ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a lei de acesso à informação. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25-34. ISBN 978-85-450-0022-8.

[188] DIAS, Joelson; CAMPOS, Sarah. Da cultura do sigilo rumo à política da transparência: a Lei de Acesso à Informação e seus princípios estruturantes. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47-90. ISBN 978-85-450-0022-8.

[189] PESSOA, João Paulo. O procedimento de acesso à informação pública previsto na Lei nº 12.527/2011. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 135-159. ISBN 978-85-450-0022-8.

> anterior, anacrônica, por certo, nada tinha a ver com o querer do constituinte de 88, antes demandava instrumental jurídico mais detalhado, lacuna esta que foi suprida com a promulgação da Lei nº 12.527/11.[190]

O cumprimento do dispositivo legal no tocante ao direito de acesso à informação vem se consolidando, aos poucos, a partir da criação da Lei nº 12.527. Assim, a construção do novo modelo de transparência vai ganhando força, mesmo que com certa demora ou com alguma deficiência em alguns setores, que ainda cultuam a política do sigilo. Segundo Dias e Campos "A burocracia estatal atua sempre em determinada conjuntura político-cultural, que, no caso do Brasil, é marcada, historicamente, pelo patrimonialismo, pelo clientelismo, pelo autoritarismo e por uma 'cultura do sigilo".[191]

O cidadão, com seus direitos garantidos pela Constituição de 1988, aos poucos, toma consciência da sua importância para a efetividade da verdadeira democracia participativa e, nesse aspecto, ou seja, no exercício desse direito, desempenha sua participação na consolidação dessa garantia fundamental. Segundo Pessoa:

> O acesso à informação pública se apresenta como um direito fundamental, cujo efetivo exercício é pressuposto para a configuração de um Estado Democrático de Direito. Não há sequer indício de democracia onde as informações públicas não sejam acessíveis a todos.[192]

Já na opinião de Figueiredo e Santos:

> Os dominantes depreciam a capacidade dos dominados de exercer a sua cidadania de forma sábia e consciente. Eles utilizam dessa evasiva alegação e pretexto para esquivar-se de dificuldades que o cidadão possa criar. Esses governantes adotam o engano como subterfúgio para manter seus privilégios.[193]

---

[190] REGULES, Luis Eduardo Patrone. A Lei nº 12.527/2011 e as entidades do terceiro setor. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 91-109. ISBN 978-85-450-0022-8.

[191] DIAS, Joelson; CAMPOS, Sarah. Da cultura do sigilo rumo à política da transparência: a Lei de Acesso à Informação e seus princípios estruturantes. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47-90. ISBN 978-85-450-0022-8.

[192] PESSOA, João Paulo. O procedimento de acesso à informação pública previsto na Lei nº 12.527/2011. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 135-159. ISBN 978-85-450-0022-8.

[193]FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na administração pública. Disponível em: <http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/ FIGUEIREDO_transparencia.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.

É uma luta de braços entre desiguais, em que o perdedor é sempre o povo, o lado mais fraco da seara existencial. Porém, os tempos mudam, como o vento muda de direção. E, agora, a mesma sociedade que antes estava amarrada aos entraves do medo e do sigilo, abre-se para uma nova aurora. Nas palavras de Dias e Campos:

> Uma vez que essa forma de governo se legitima com a participação popular, é-lhe inerente a garantia do direito de acesso à informação, pois a participação consciente e efetiva do cidadão pressupõe o conhecimento da maneira como é gerida a coisa pública. Além disso, o exercício do poder em uma República está sujeito a limitações na medida em que é exercido em nome e em prol do povo. Nesse sentido, a sujeição dos governantes à fiscalização e ao controle pelos cidadãos, por meio do acesso às informações de caráter público, constitui-se em importante mecanismo de restrição do abuso de poder. Também o princípio democrático, que, como vimos, encontra-se atrelado ao princípio do controle social, impõe a fiscalização dos atos do Poder Público pelo povo.[194]

Traça-se aqui um paralelo entre "ter poder" e "poder fazer", já que o poder que os agentes públicos têm é dado pelo povo, ao povo se sujeitará toda vontade popular. Princípios da nova democracia, delimitada na Constituição Federal, no seu artigo 1º, parágrafo único. "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".[195] Essa é a garantia do verdadeiro exercício da cidadania.Na visão de Zancaner, o texto da Lei de acesso à informação traz benefícios para o Estado Democrático de Direito:

> A Lei de Acesso poderá ser um marco para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. Para tanto, é necessário que o cidadão brasileiro sindique a conduta de nossos governantes e a condução da política nacional. Aprender a pedir informações relevantes e analisá-las criticamente é um dos preceitos de uma sociedade democrática, mas esse mandamento republicano, infelizmente, ainda não vigora plenamente no Brasil.[196]

3. A NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE IDEAL

[194] DIAS, Joelson; CAMPOS, Sarah. Da cultura do sigilo rumo à política da transparência: a Lei de Acesso à Informação e seus princípios estruturantes. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47-90. ISBN 978-85-450-0022-8.

[195]BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.

[196] ZANCANER, Weida. Lineamentos sobre a lei de acesso à informação. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25-34. ISBN 978-85-450-0022-8.

Sell define que: "Por democracia participativa podemos entender um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão".[197]Os mecanismos de participação popular abrem espaço e estimulam a tomada de iniciativas pelo cidadão, e, assim, é possível uma união de forças na busca de uma sociedade ativa e fiscalizatória dos passos dos seus representantes. Em "O Direito do Público a Estar Informado: Princípios sobre a Legislação de Liberdade de informação", Toby Mandel, diz:

> Informar o público sobre os seus direitos e promover uma cultura de abertura no seio do governo, são aspectos essenciais para que a finalidade da legislação sobre a liberdade de informação seja alcançada. Na realidade, a experiência em vários países demonstra que um serviço público indisciplinado pode prejudicar gravemente a mais progressiva das legislações. As atividades de promoção são, por isso, um componente essencial de um regulamento de liberdade de informação[...][198]

Recentemente, um salto para a livre informação pública, no âmbito do Poder Judiciário, foi dado pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, que assinou a Resolução 579/2016, vedando a classificação de "ocultos" nos processos: "Vedada a classificação de quaisquer pedidos e feitos novos ou já em tramitação no Tribunal como 'ocultos'".[199]Para Guimarães e Amorim, é essencial que:

> Para que se cumpra a potência democrática e libertária da opinião pública na esfera da soberania popular, é necessário observar as condições para existência de um espaço de comunicação pública que estabeleça, incorpore e estimule formas comunicativas de vozes plurais e autônomas na sociedade. Ou seja, um espaço que respeite e permita a manifestação das particularidades dos cidadãos e cidadãs que participam do processo político. Assim configurada, a opinião pública democrática se constitui como a expressão pública da liberdade individual de cada pessoa participar da voz coletiva, apresentando uma base pública da liberdade de expressão ao mesmo tempo em que é conformada por ela.[200]

---

[197] SELL, Carlos Eduardo. Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

[198] TOBY, Mandel. O Direito do Público a Estar Informado: Princípios sobre a Legislação de Liberdade de informação. Artigo 19, Londres ISBN1 902598 10 5 Junho de 1999 (p.6) Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/public-right-to-know-portuguese.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016

[199] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RESOLUÇÃO Nº 579 DE 25 DE MAIO DE 2016. Altera a Resolução 338/2007 que dispõe sobre a classificação, acesso, manuseio, reprodução, transporte e guarda de documentos e processos de natureza sigilosa no âmbito do STF. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucaon.579de25demaiode2016.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016.

[200] GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. A opinião pública democrática e a informação cidadã. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 169-190. ISBN 978-85-450-0022-8.

Vê-se uma clara necessidade de ampliar a verdadeira função democrática na participação popular, por meios que se abrem de forma ampla e definitiva, criando um campo fértil de pensamentos plurais, e que contribuem para o exercício da verdadeira democracia. É visível e latente a necessidade de materializar o entendimento no sentido da necessidade constante da publicidade dos atos públicos, e é nesse sentido que o filósofo alemão Immanuel Kant, em sua clássica obra A Paz Perpétua, de forma clara disse: "são injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas não se harmonizem com a publicidade".[201] Nesse sentido é que se verifica a necessidade da clareza da coisa pública, através da Lei de acesso à informação, como forma garantidora de um eficaz controle social e fiscalizador. No mandado de segurança (MS 24725), O ministro Celso de Mello, escreve:

> O direito de acesso às informações de interesse coletivo ou geral - a que fazem jus os cidadãos e, também, os meios de comunicação social - qualifica-se como instrumento viabilizador do exercício da fiscalização social a que estão sujeitos os atos do poder público, notadamente aqueles que envolvem, como no caso, o dispêndio de recursos públicos. [...] O sistema democrático e o modelo republicano não admitem, nem podem tolerar, a existência de regimes de governo sem a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade. Nenhuma instituição da República está acima da Constituição, nem pode pretender-se excluída da crítica social ou do alcance da fiscalização da coletividade. É preciso, pois, reconhecer a soberania da Constituição, proclamando lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado.[202]

Pode-se extrair deste conceito de comunicação, a necessidade de aos atos públicos ser dado a devida publicização. Para Dahl:

> [...] as economias modernas dependem da comunicação; nos países democráticos, as barreiras para as comunicações são muito baixas - é mais fácil procurar e trocar informação e bem menos arriscado do que na maioria dos regimes não democráticos".[203]

Para Bobbio, o povo é soberano:

---

[201] KANT, Immanuel. A Paz Perpétua (A Paz Perpétua e Outros Opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 165

[202] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar No Mandado De Segurança, de 28/11/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24725%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bbyemez>. Acesso em: 18 jul. 2016.

[203]DAHL, Robert A. Sobre a democracia / Robert A. Dahl: tradução de Beatriz Sidou. – Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001. 230 p. Tradução de: On democracy.

> [...] as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidas pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo. [...] o caráter público do poder, entendido como não secreto, como aberto ao "público", permaneceu como um dos critérios fundamentais para distinguir o estado constitucional do estado absoluto e, assim, para assinalar o nascimento ou o renascimento do poder público em público.[204]

Nesse sentido é que se constrói o aspecto participativo e são criadas as condições para o amadurecimento da sociedade. O absolutismo, cada vez mais, vem perdendo o lugar para o constitucionalismo no exercício da democracia. Guimarães e Amorim falam sobre a efetivação da participação popular:

> Para que se cumpra a potência democrática e libertária da opinião pública na esfera da soberania popular, é necessário observar as condições para existência de um espaço de comunicação pública que estabeleça, incorpore e estimule formas comunicativas de vozes plurais e autônomas na sociedade. [...] a opinião pública democrática se constitui como a expressão pública da liberdade individual de cada pessoa participar da voz coletiva, apresentando uma base pública da liberdade de expressão ao mesmo tempo em que é conformada por ela.[205]

Canela e Nascimento abordam os aspectos da informação pública sob a seguinte ótica:

> A população saberá que as informações públicas são um bem de propriedade de todos os brasileiros e todas as brasileiras e não um instrumento de poder deste ou daquele governante, deste ou daquele funcionário público. Os corruptores e corruptos que se escondem sob o manto da desinformação e do segredo serão expostos pelo dever da transparência, pela luz do dia. A ética e os éticos só tenderão a ganhar.[206]

A necessidade de consciência sobre a Lei é clara, na visão dos autores, e, ainda, traçam um paralelo entre o corrupto e o segredo, dizendo que não mais haverá lugar para os dois, numa clara evidência de superação que se vislumbra quando da aplicação de forma correta dessa norma, como forma de fiscalização. Cavalcante afirma que:

---

[204] BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Rio de janeiro. Paz e Terra, 1997. p. 96.

[205] GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. A opinião pública democrática e a informação cidadã. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 169-190. ISBN 978-85-450-0022-8.

[206] CANELA, Guilherme; NASCIMENTO, Solano (Coord.). Acesso à informação e controle social das políticas públicas. Brasília: Artigo 19, 2009. Disponível em: <http://www.fesmedia-latin-america.org/uploads/media/Acceso_a_informacao.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2016, p. 35.

> A cidadania será tão mais ativa quanto maior for a exigência desses direitos, o que demanda pleno conhecimento de quais sejam. A cidadania deriva não apenas de legislações garantidoras de direitos, mas também do conhecimento e amadurecimento da sociedade. Para tanto, são fundamentais a informação e a compreensão dos papéis do Estado-gestor e de seus governados.[207]

É necessário conhecer os direitos, além do aspecto obrigatório do voto, e transcender a visão comum, elevando o espírito de participação ativa na exigência dos direitos garantidos na Constituição, e a informação é a chave para abrir esse caminho.O exercício da cidadania revela-se como urgente, na necessidade da fiscalização do poder público. Na visão de Bobbio:

> O momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos até então mantidos em segredo ou ocultos, na medida em que não podiam ser tornados públicos pois, caso o fossem, aquele ato ou aquela série de atos não poderiam ser concretizados.[208]

A Lei de acesso à informação vai muito além de uma simples consulta ou até mesmo de uma ação fiscalizatória; ela previne os atos ilícitos e é um instrumento eficaz no combate a corrupção, pelo simples fato de tornar público as ações de um governo. Sabemos, pelas experiências vivida no Brasil, nos últimos tempos, que a corrupção criada e instalada nos porões dos poderes, foram motivados pela certeza do ocultamento dos atos praticados pelos agentes corruptores. Para Garcia:

> A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero "exemplar" do meio em que vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum pelos cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.[209]

---

[207]CAVALCANTE, Roberto Jardim. Transparência do orçamento público brasileiro: exame dos documentos orçamentários da União e uma proposta de estrutura para o orçamento cidadão. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal, 2008. p.22. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180153/MonografiaRobertoJardim.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2016

[208] BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Rio de janeiro. Paz e Terra, 1997.

[209]GARCIA, Emerson. **A corrupção**: uma visão jurídico-sociológica. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5268/a-corrupcao>. Acesso em: 19 jul. 2016.

Os atos públicos, muitas vezes ocultados pelo véu do obscurantismo, sairão de cena somente quando cada cidadão se valer dos dispositivos que dispõe, e dessa forma, agir com mais força, ao ponto de oprimir o opressor, transformando a nossa dor em virtude.

CONCLUSÃO

As conquistas auferidas pela Constituição Cidadã, inauguradas em 1988, foram determinantes para o estímulo de Leis que vieram a somar, numa corrente de esforços para unir o que deveria ser público e não era, à de fato tornar-se público. Um esforço de muitos anos, e que, com a Lei de acesso à informação, vem ganhando força dia após dia. A finalidade da democracia participativa é o estimulo efetivo do cidadão na vida política, através dos mecanismos disponíveis para o livre exercício das discussões e tomada de decisões. Nesse modelo de inclusão, a participação popular é fundamental para o desenvolvimento de uma comunidade, e depois do voto, talvez a mais eficaz forma de exercício da cidadania.

A partir de instrumentos como este é que se quebrarão os paradigmas da publicidade dos atos públicos. Diante das possibilidades de acesso à informação na aplicabilidade da vida cotidiana, urge-se pelo uso mais intenso desse mecanismo de participação. Assim, faz-se necessário a popularização da Lei, tornando-a um dispositivo permanente e rotineiro na vida do cidadão, e, só assim, o poder público será estimulado a tornar as informações totalmente abertas, em um processo de informação passiva, que é quando os órgãos disponibilizam as informações de forma voluntária, sem a necessidade de demanda para pedi-las.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. Rio de janeiro. Paz e Terra, 1997.

BRASIL. Constituição (1988) **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Art. 5º inciso XXXIII. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 03 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: 03 jun. 2016.

BRASIL. **LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011**.Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm >. Acesso em: 03 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. Medida Cautelar No Mandado De Segurança**, de 28/11/2003. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+24725%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bbyemez >. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RESOLUÇÃO Nº 579 DE 25 DE MAIO DE 2016**. Altera a Resolução 338/2007 que dispõe sobre a classificação, acesso, manuseio, reprodução, transporte e guarda de documentos e processos de natureza sigilosa no âmbito do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucaon.579de25demaiode2016.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016.

CANELA, Guilherme; NASCIMENTO, Solano (Coord.). **Acesso à informação e controle social das políticas públicas**. Brasília: Artigo 19, 2009. Disponível em: <http://www.fesmedia-latin-america.org/uploads/media/Acceso_a_informacao.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2016. p. 35.

CAVALCANTE, Roberto Jardim. **Transparência do orçamento público brasileiro: exame dos documentos orçamentários da União e uma proposta de estrutura para o orçamento cidadão**. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal, 2008. p.22. Disponível em:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180153/MonografiaRobertoJardim.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2016

DAHL. Robert A. **Sobre a democracia** / Robert A. Dahl: tradução de Beatriz Sidou. – Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001. 230 p. Tradução de: On democracy.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 04 maio 2016.

DIAS, Joelson; CAMPOS, Sarah. **Da cultura do sigilo rumo à política da transparência: a Lei de Acesso à Informação e seus princípios estruturantes**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 47-90. ISBN 978-85-450-0022-8.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na administração pública. Disponível em: <http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/ FIGUEIREDO_transparencia.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.

GARCIA, Emerson. **A corrupção**: uma visão jurídico-sociológica. 2004. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/5268/a-corrupcao>. Acesso em: 19 jul. 2016.

GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. **A opinião pública democrática e a informação cidadã**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 169-190. ISBN 978-85-450-0022-8.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua** (A Paz Perpétua e Outros Opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1995.

PESSOA, João Paulo. **O procedimento de acesso à informação pública previsto na Lei nº 12.527/2011**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 135-159. ISBN 978-85-450-0022-8.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. **A Lei nº 12.527/2011 e as entidades do terceiro setor**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 91-109. ISBN 978-85-450-0022-8.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política: política e sociedade na modernidade tardia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

TOBY, Mandel. **O Direito do Público a Estar Informado: Princípios sobre a Legislação de Liberdade de informação**. Artigo 19, Londres ISBN1 902598 10 5. Junho de 1999 (p. 6). Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/public-right-to-know-portuguese.pdf>. Acesso em: 28 maio 2016.

VALIM, Rafael. **O direito fundamental de acesso à informação pública**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 35-45. ISBN 978-85-450-0022-8.

ZANCANER, Weida. **Lineamentos sobre a lei de acesso à informação**. In: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antonio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam) (Coord.). Acesso à informação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25-34. ISBN 978-85-450-0022-8.

[i] Acadêmico do 4º semestre do curso de Direito da UNOPAR Bandeirantes.
[ii] Advogada. Mestre em Ciências pela FSP-USP. Docente do Curso de Direito da UNOPAR Bandeirantes.

[iii] Advogado. Mestrando em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Socialpela UNIMAR. Docente do Curso de Direito da UNOPAR Bandeirantes.

CAPÍTULO IX

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A PRISÃO DO SENADOR DA REPÚBLICA
CONSTITUTIONAL CHANGES AND THE REPUBLIC OF SENATOR PRISON

Bruno Melo Moura [iii]
Henrique Ribeiro Cardoso [iii]
Ilton Garcia da Costa[iii]

RESUMO:Esta singela construção objetiva apresentar, a partir de análise crítica, a legislação, doutrina e jurisprudência brasileira sobre o tema denominado Mutação Constitucional, no que se refere à casuística da prisão do Senador da República Delcídio do Amaral que desencadeou vasta discussão jurídica a respeito da imunidade à prisão dos membros do Parlamento. A Procuradoria Geral de República requereu na Ação Cautelar n. 4.039 de competência do Supremo Tribunal Federal, a decretação da prisão cautelar de Senador da República, mesmo estando expresso no artigo 53, §2º da Constituição Federal que "desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável". Em resumo, foi invocado a relatividade da imunidade parlamentar à prisão. Dentre os argumentos expostos para a construção do relativismo da norma constitucional em questão se destaca o tema a mutação constitucional que será devidamente abordado no presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação Constitucional; Imunidade Parlamentar; Prisão em Flagrante e Senador da República.

RESUME: This simple objective construction present from critical analysis, legislation, doctrine and Brazilian jurisprudence on the subject called Constitutional Mutation, with regard to the arrest of Senator of the Delcídio Amaral Republic that triggered extensive legal discussion regarding the immunity to prison members of Parliament. The Attorney General of the Republic requested the Injunction n. 4.039 of competence of the Supreme Court, the declaration of provisional arrest of Senator of the Republic, even when expressed in Article 53, paragraph 2 of the Constitution that "after the issuance of the decree, members of Congress may not be arrested, except in blatant non-bailable crime."

In short, the relativity of parliamentary immunity to arrest was invoked. Among the arguments for building, the relativism of constitutional rule in question highlights the theme constitutional mutation of the rule, which provides for the freedom of arrest to be properly addressed in this study.

KEYWORDS: Constitutional Changes; Parliamentary Immunity; Prison in Gross and Senator of the Republic.

INTRODUÇÃO

No final do ano 2015, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Ministro Teori Zavascki decretou a prisão cautelar do então Senador da República Delcídio do Amaral com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal em pedido formulado pela Procuradoria Geral da República na Ação Cautelar n. 4.039. De acordo com o Procurador Geral da República Rodrigo Janot, no dia 18 de novembro de 2015, foi firmado pelo Ministério Público Federal e Nestor Cuñat Cerveró acordo de colaboração premiada, em que há relato de tratativas entre o filho do colaborador, Bernardo Cuñat Cerveró, o então Senador da República Delcídio do Amaral, o Chefe de Gabinete deste, Diogo Ferreira, e o advogado Edson Ribeiro, constituído pelo colaborador para a estratégia contenciosa de sua defesa em juízo na Operação Lava Jato.

Nessas tratativas, o Senador Delcídio Amaral vinha empreendendo esforços para dissuadir Nestor Cerveró de firmar acordo de colaboração com o Ministério Público Federal ou, quando menos, para evitar que ele o delatasse e a André Esteves, controlador do Banco BTG Pactual. Além disso, o Senador da República Delcídio Amaral ofereceu a Bernardo Cerveró auxílio financeiro, no importe mínimo de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) mensais, destinado à família de Nestor Cerveró, bem como prometeu intercessão política junto ao Poder Judiciário em favor de sua liberdade, para que ele não entabulasse acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal.

Depois de dada a publicidade da prisão do então Senador da República, surgiu no meio acadêmico a discussão acerca dos temas Mutação Constitucional e Imunidade Parlamentar à Prisão dos Senadores da República prevista no artigo 53, §2º da Constituição Federal que dispõe que "desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável".

2. IMUNIDADE PARLAMENTAR À PRISÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

As imunidades parlamentares são prerrogativas inerentes à função parlamentar, garantidoras do exercício do mandato parlamentar com plena liberdade.

Segundo Michel Temer (1998, p. 129), "garante-se a atividade do parlamentar para garantir a instituição. Conferem-se a deputados e senadores prerrogativas com o objetivo de lhes permitir desempenho livre, de molde a assegurar a independência do Poder que integram". É importante registrar como consagra o art. 53, *caput* e §1º ao §5º, da Constituição da República Federativa do Brasil às espécies de imunidades parlamentares, in verbis:

> Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.
> §1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.
> §2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.
> §3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.
> §4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.
> §5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

As referidas imunidades dividem-se em dois tipos: a) imunidade material, real ou substantiva, implicando a exclusão da prática de crime, bem como a inviolabilidade civil, pelas opiniões, palavras e votos dos parlamentares (art. 53, *caput*, da CF/88); b) imunidade processual, formal ou adjetiva, trazendo regras sobre prisão e processo criminal dos parlamentares (art. 53, §§1º a 5º, da CF/88).

Até novembro de 2015, antes da decisão liminar referendada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, a regra prevista no art. 53, § 2º, da Constituição da República era, aparentemente, absoluta, e a exceção, limitada. Com efeito, a prisão cautelar não era cabível, na literalidade do dispositivo, em nenhuma de suas modalidades, nem mesmo com a elevada garantia do foro especial por prerrogativa de função.

Por sua vez, a prisão em flagrante, além de fortuita, por depender da presença da autoridade no local e no momento do crime, ou logo após, somente seria cabível em se tratando de crime inafiançável – a atual redação do Código de Processo Penal tornou afiançáveis, ingenere, todos os crimes, permanecendo apenas a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados, porque de extração constitucional.

Destaque-se que a regra, apriori, absoluta no que concerne ao preceito proibitivo de prisão cautelar do art. 53, § 2º, da Constituição da República não se coaduna com o modo de ser do próprio sistema constitucional: "se não são absolutos sequer os direitos fundamentais, não faz sentido que seja absoluta a prerrogativa parlamentar de imunidade à prisão cautelar"[iii].Ainda nas palavras do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, na Ação Cautelar n. 4.039 continua:

> Essa prerrogativa, embora institucional, é de fruição estritamente individual e, lida em sua literalidade, assume, na normalidade democrática do constitucionalismo brasileiro, coloração perigosamente próxima de um privilégio odioso.
> O direito comparado corrobora a percepção de que a cunhagem dessa prerrogativa no constitucionalismo brasileiro merece exegese corretiva. Na Constituição dos EUA, em que se inspira a brasileira nos capítulos da separação dos Poderes e das garantias individuais e na própria formulação das prerrogativas parlamentares, a imunidade dos congressistas à prisão é muitíssimo mais limitada, incidindo apenas no próprio recinto congressional e *in* itinere,isto é, no exercício da função. Essa prerrogativa foi concebida, no constitucionalismo norte-americano, como mecanismo de respaldo às imunidades parlamentares materiais, impedindo retaliações dos outros Poderes às opiniões, palavras e votos dos congressistas. A finalidade da prerrogativa no sistema constitucional brasileiro não pode ser outra, e a formulação deficiente do dispositivo constitucional que lhe confere expressão positiva impõe a conclusão de que a prisão cautelar de congressista não pode estar peremptoriamente vedada.
> A esse respeito, se a presunção do constituinte era a de que a conduta dos congressistas seria marcada por honradez e honestidade muito acima da média nacional, a experiência mostra, de forma abundante, que eles são humanos, demasiado humanos, e, por isso, sujeitos a cometer crimes e levar perigo a bens jurídicos caros à sociedade e à ordem jurídica.
> Não cabe ao Poder Judiciário, evidentemente, reescrever a Constituição da República, e sim interpretá-la, embora considerando que ela funciona nos moldes de um organismo vivo, em interação permanente com o meio social de que constitui engrenagem indissociável".

Na concepção do chefe o Ministério Público Federal, fazia-se necessário uma reinterpretação da Constituição Federal concernente a limitação absoluta da imunidade parlamentar à prisão, nos termos do §2º do artigo 53 da Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que, à época da promulgação da Constituição da República, a rígida proteção constitucional extraordinariamente densa aos congressistas foi causada pelo risco de retorno ao regime autoritário era ainda presente.

Atualmente, a mencionada rigidez na proteção aos congressistas já não se faz mais necessária pela consolidação da normalidade democrática, com baixo risco de alteração no sistema e com risco de criar uma classe demasiadamente privilegiada em detrimento aos demais poderes. Nesse sentido, a peça vestibular da Ação Cautelar 4.039:

> (...) com a consolidação da normalidade democrática, o risco de abrir hiato de impunidade e criar casta hiperprivilegiada sobrepujou largamente o risco de retorno ao regime autoritário. Por isso, a EC 35/2001 modificou, em boa hora, a regra da imunidade dos congressistas ao processo penal; mas, ao fazê-lo, criou subsistema intrinsecamente incoerente – há lógica jurídica em isentar de prisão cautelar a quem está isento do próprio processo penal, mas constitui teratologia jurídica admitir que alguém esteja sujeito a processo penal sem estar sujeito sequer abstratamente a um dos mais relevantes instrumentos da jurisdição criminal, que é a prisão cautelar.
> A incoerência suicida do conteúdo normativo do preceito proibitivo de prisão cautelar dos congressistas, se lido em sua literalidade, pode ser aferida mediante recurso hipotético ao exemplo extremo de um congressista contra o qual haja graves e fundados indícios de ser um homicida em série, sem que a autoridade policial logre, contudo, a prisão em flagrante: não seria lícito nem razoável, nessa hipótese, que as forças de segurança fossem obrigadas a montar vigilância pessoal em tempo integral sobre a pessoa do congressista para prendê-lo em flagrante quando estivesse mais uma vez matando alguém. Outros exemplos menos extremos e mais mundanos mostram-se igualmente absurdos, como aquele em que congressista submetido a processo penal age ostensivamente para intimidar testemunhas e suprimir provas em seu desfavor enquanto o Poder Judiciário assiste a tudo de mão atadas.
> A exegese constitucional ora defendida pelo Procurador-Geral da República não poderia, evidentemente, fazer tabula rasa do preceito proibitivo da prisão cautelar de parlamentares.
> Se é verdade que a EC 35/2001 criou subsistema jurídico intrinsecamente incoerente, também é verdade que o constituinte reformador manifestou, no plano formal, sua vontade de manter o preceito em vigor.
> A esse respeito, contudo, cumpre lembrar que, em 2001, o regime jurídico da afiançabilidade era bastante mais rigoroso que na atualidade. Na redação do art. 323 do Código de Processo Penal então vigente, o rol de crimes inafiançáveis genericamente abarcava, Inter alia, os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima fosse superior a dois anos, os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tivesse sido condenado por outro crime doloso, por sentença transitada em julgado, e os crimes punidos com reclusão que provocassem clamor público ou que tivessem sido cometidos com violência contra pessoa ou grave ameaça.

Consoante narrado, à época da Emenda Constitucional n. 35/2001, o regime jurídico da afiançabilidade era mais rigoroso que o atual e no rol de crimes inafiançáveis abarcava os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima fosse superior a dois anos, os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tivesse sido condenado por outro crime doloso, por sentença transitada em julgado, e os crimes punidos com reclusão que provocassem clamor público ou que tivessem sido cometidos com violência contra pessoa ou grave ameaça.

Com o advento da lei 12.403/2011, ao reformar o Código de Processo Penal, ocorreu profunda modificação nos critérios e parâmetros legais para caracterização do

conceito de crime inafiançável. Atualmente, apenas são inafiançáveis os crimes de racismo, os hediondos e equiparados e os praticados por grupos armados contra a ordem constitucional.

Com as restrições ao quantitativo de crimes inafiançáveis, causando uma drástica redução no rol de crimes, fez-se imprescindível uma nova interpretação à imunidade parlamentar à prisão no sentido de se garantir maior efetividade da norma constitucional, vejamos:

> A referência do dispositivo constitucional ao parâmetro legal da afiançabilidade deixa entrever a noção do constituinte de que, para levar congressista ao cárcere por prisão em flagrante, deve haver certo grau (e não grau máximo) de gravidade da conduta, haja vista a ancoragem do critério constitucional no conceito de afiançabilidade tal como positivado em 2001.
> De todo modo, divisam-se, subjacentes à linguagem da própria exceção constitucional ao preceito proibitivo, dois critérios prepositivos do constituinte que fornecem, na pauta ora proposta, a chave de exegese atualizadora desse preceito: clareza probatória (flagrante) e gravidade da conduta (inafiançabilidade).
> Com efeito, o constituinte, ao autorizar a prisão em flagrante de congressistas, admitia que eles fossem levados ao cárcere antes de condenação passada em julgado, desde que houvesse certeza visual ou quase visual do crime. Por sua vez, ao exigir que o crime fosse inafiançável, o constituinte condicionava o cabimento da prisão em flagrante a um mínimo de gravidade da conduta delituosa em que incorresse o congressista. Não havia nem passou a haver, portanto, vedação peremptória à prisão cautelar de congressista, cumprindo ter presente a natureza jurídica de prisão cautelar da prisão em flagrante: havia e há apenas a cautela do constituinte em reservar a prisão cautelar de congressistas a hipóteses de maior gravidade e maior clareza probatória[iii].

É certo que a imunidade existe para garantir o livre exercício das funções parlamentares e não a livre prática de infrações penais por detentor de mandato legislativo, ou ainda para legitimá-lo a embaraçar ou impedir investigação contra si, de modo que, havendo a subversão do exercício do mandato, ou a conduta do congressista não se enquadra à norma que garante a imunidade à prisão, ou se está diante de uma alteração da realidade fática regulamentada pela norma constitucional, o que enseja, então, a mutação constitucional.

Por intermédio do Supremo Tribunal Federal foi realizado uma reinterpretação da Constituição Federal com alteração do significado e sentido interpretativo do texto constitucional previsto no §2º do art. 53 da Constituição Federal do 1988.

Após comprovar documentalmente a existência do ilícito (materialidade) e dos indícios suficientes de autoria, o requerimento de prisão preventiva em comento demonstra de maneira robusta, com base no material indiciário colhido até o momento do ajuizamento da ação e restou demonstrado, margem suficiente, a possível existência de

graves crimes contra a Administração da Justiça, contra a Administração Pública, organização criminosa e mesmo lavagem de dinheiro, para a consecução dos quais teria havido supostamente importante participação dos requeridos. E segue:

> [...]
> 9. Quantos aos fundamentos específicos, uma das razões invocadas pelo Ministério Público é o risco à aplicação da lei penal não só no pretendido em relação a terceiro, possível colaborador, mas no elaborado planejamento que revelará, por certo, sempre propensão própria em primeiro lugar. Diferentemente de outros casos julgados recentemente no Supremo Tribunal Federal (HC 125555 e HC 127186), o pedido não está baseado em presunção de fuga rechaçado categoricamente pela jurisprudência desta Suprema Corte (HC 122572, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 04-08-2014; HC 114661, Relator (a) Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 01-08-2014; HC 103.536, Relator (a) Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 22-03-2011; HC 92842, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 25-04-2008; HC 105.494, Relator (a): Min. AYRES BRITO, Segunda Turma, DJe de 27-10-2011). Ao contrário, há indicação de atos concretos e específicos atribuídos aos requeridos que demostram a efetiva intenção de empreender meios para furtar investigados à aplicação da lei penal caso em liberdade estejam. (Grifei)
> Como destacado no requerimento do Ministério Público, em reunião realizada pelo grupo criminoso, o Senador Delcídio Amaral, o advogado Edson Ribeiro e Diogo Ferreira "discutem, abertamente, meios e rotas de fuga de Nestor Cerveró do Brasil na hipótese de o STF lhe conceder ordem de habeas corpus. Eles contemplam, ostensivamente, a finalidade de evitar nova custodia cautelar e a violação de dispositivo pessoal de monitoramento eletrônico (tornozeleira) - o Senador Delcídio Amaral chega a sugerir que o Paraguai seria rota de fuga mais indicada, em vez da Venezuela, e que, para Nestor Cerveró chegar à Espanha por transporte aéreo privado, a aeronave indicada seria um Falcon 50, que 'não para no meio', isto é, não precisa fazer escala técnica" (fl. 15).
> Da conversa gravada por Bernardo Cerveró, é possível verificar que o grupo discute rotas de fuga, utilização de aeronaves de contatos, formas de sair do país e de inutilização de monitoramento eletrônico, [...]
> Tal é o que aconteceria se se pudesse aceitar que a proibição constitucional de um representante eleito a ter de submeter-se os processamento judicial e à prisão sem o respeito às suas prerrogativas seria um álibi permanente e intocável dado pelo sistema àquele que pode sequer não estar sendo mais titular daquela condição, a não ser formalmente. [...] Tal como a quimioterapiaimpõe que se agridam as células boas para atingir e exterminar células más, a fim de salvar o corpo do doente, assim também, repito o quanto antes afirmei: haverá de haver remédio Jurídico, sempre, a garantir que o corponormativo fundamentalnão se deixe abater pela ação de uma doença que contraria a saúdeética e jurídica das instituições e que pode pôr a perder todo sistema constitucional."
> 16. Ante o exposto, presentes a situação de flagrância e os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão cautelar do Senador Delcídio Amaral, observadas as especificações apontadas e ad referendum da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Expeça-se mandado de prisão, a ser cumprido na presença de representante da Procuradoria-Geral da República[iii].

No caso concreto, a mudança alcançada sobre o citado artigo constitucional exterioriza o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas constitucionais, através de processos informais de modificação interpretativa do conteúdo jurídico-

constitucional. Fala-se em procedimentos informais em razão de não está previsto dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.

As mencionadas mudanças constitucionais têm origem na Alemanha e, segundo Uadi Lammêgo Bulos, "mutações constitucionais como uma constante na vida dos Estados, e as constituições, como organismos vivos que são, acompanham a evolução das circunstâncias sociais, políticas, econômicas, que, se não alteram o texto na letra e na forma, modificam-no em substância, significado, alcance e sentido dos dispositivos". E continua:

> Assim, denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais.

Nesse sentido é o que ensina Paulo Bonavides (1998, p. 398), no que tange à norma jurídica:

> Busca a interpretação, portanto, estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispensa interpretação. Por onde se conclui improcedente o aforismo romano "in claris non fiti interpretatio". Este, pelo menos, é o parecer de Nawisky, Carbone Somlo. Em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade. Esse aspecto Felice Battaglia o retratou com rara limpidez: "O momento da interpretação vincula a norma geral às conexões concretas, conduz do abstrato ao concreto, insere a realidade no esquema".

Paulo Bonavides preceitua que a interpretação tem um papel de dar vida ao texto legal, entretanto, quando se trata de normas constitucionais, deve-se deter uma maior atenção, visto seu caráter político. Ressalte-se que a mutação constitucional por interpretação não altera o texto da lei nem mesmo seu conteúdo, modificando tão somente o sentido ou o contorno da norma (FERRAZ. 1986, p. 58).

Tudo isso só é possível porque a acepção dos conceitos jurídicos é imprecisa. Amparado no ensino de Eros Roberto Grau (2002, p. 196): "É que a indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referirmo-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados".Segundo Dimitri

Dimoulis (2007, p. 69), isso consiste em um caráter contrafático. O autor cita quatro tipos desses caracteres que são aplicáveis às mutações constitucionais:

> Primeiro, como já constatamos, a norma continua válida mesmo quando está sendo violada. Por que razão, as autoridades do Estado e os cidadãos devem cobrar seu respeito alegando sua validade que persiste mesmo quando a norma contraria a realidade. Segundo, a norma jurídica é contra fática porque exprime um dever ser que objetiva mudar a realidade social. O direito contraria frequentemente os fatos sociais porque deseja que estes sejam alterados. Temos aqui a função progressista ou transformadora do direito que manifesta-se claramente nos momentos de crise e ruptura, por exemplo, quando acontece uma revolução para instituir uma nova ordem social e jurídica... Terceiro, as normas jurídicas têm uma função contra fática indireta, mas não menos importante. Manifestam a vontade de manutenção da atual situação, ou seja, das instituições políticas, das relações sociais e das posições dos indivíduos. Por isso afirma-se que o direito assume um papel conservador. Seu objetivo é impedir mudanças sociais, reprimindo as tentativas de alteração da organização social. O elemento mais importante da função contra fática do direito é a ameaça de sanções contra tentativas de mudar a situação social. Quarto, o direito é contra fático porque seus mandamentos valem mesmo quando contrariam a lógica e o senso comum. Isto ocorre com as ficções jurídicas que impõem considerar como verdadeiro algo que não é.

Sem dúvida, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Cautelar n. 4.039, trouxe consigo uma nítida mutação constitucional, o conhecido fenômeno pelo qual uma disposição constitucional passa a exibir um novo sentido, mesmo sem ter sofrido qualquer alteração textual por meio dos procedimentos formais de emenda ou revisão. A mutação constitucional decorreu da própria dinamicidade da ordem jurídica, das mudanças de valores que brotam do meio social e das exigências temporais impostas ao Direito.

Tornou-se evidente que o texto constitucional não pode ser estático e nem ignorar a realidade, nem tampouco as inovações que nela se apresentem, conferindo-se nova legitimidade ao próprio ordenamento por meio de novas interpretações. No caso em estudo, muito embora o Ministro do Supremo Tribunal Federal não tenha expressamente utilizado a expressão mutação constitucional em sua decisão fundamentadora da prisão cautelar do Senador da República Delcídio do Amaral, inegável e cristalino a modificação interpretativa do conteúdo jurídico-constitucional prevista no art. 53, §2º, da Constituição Federal.

Pela fundamentação do decisiumtranscrito acima, menciona reiteradas vezes fundamentos para decretação da prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, tais como: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a segurança da aplicação da lei penal. Da mesma forma, fala-se ao final, em decreto de prisão cautelar, decisão esta que inexiste na prisão

em flagrante que é o ato puro e simples de prender que quem se encontre em flagrante delito.

No caso em análise, fez-se necessário a preservação da identidade do texto constitucional e de sua força normativa como norma fundamental. Segundo Altecir Bertuol Júnior, a alteração informal da Constituição Federal faz com que a norma passe a figurar com o seguinte conteúdo: "os parlamentares não estarão sujeitos à prisão cautelar pela prática de atos no estrito exercício das funções do mandato ou, salvo hipótese de utilização do mandato para a prática de crimes, os parlamentares não estarão sujeitos à prisão cautelar, devendo a questão ser submetida à casa respectiva para que decida sobre a prisão". Preceitua, ainda:

> Certamente, esta mutação constitucional, já ocorrida, mas até então não declarada, retrata a perfeita combinação que condiz com o atual estágio da democracia brasileira e da república: garantia do livre exercício do mandato parlamentar sem a criação de uma casta social impunível, assegurada a manutenção da identidade da Lei Fundamental.

Por fim, as mudanças interpretativas foram evidenciadas pela estabilização da democracia e pelo desvirtuamento da prerrogativa parlamentar. Restou evidente o esvaziamento da imunidade parlamentar à prisão de maneira quase absoluta prevista no texto literal da Constituição Federal do 1988, que, com o passar dos anos e contando com a manutenção da estabilização democrática, se relativiza em grau crescente à medida em que o retorno ao regime militar se esvai e dá lugar ao exercício, cada vez mais intenso, da democracia.

CONCLUSÃO

No presente artigo foram abordados os principais aspectos dos temas Mutação Constitucional e Imunidade Parlamentar à Prisão dos Senadores da República prevista no artigo 53, §2º da Constituição Federal que dispõe que "desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável".

De proemio foram analisados os temas retromencionados no tocante ao pedido de prisão cautelar do Senador da República formulado pela Procuradoria Geral de República, através do seu chefe Rodrigo Janot, no bojo da Ação Cautelar n. 4.039 de competência do Supremo Tribunal Federal e na fundamentação da decisão do Ministro Teori Zavascki proferida nos referidos autos.

Desse modo, foi invocado a relativização da imunidade parlamentar à prisão e, dentre os argumentos expostos para a construção do relativismo da norma constitucional em questão, destacando-se o tema a mutação constitucional.No caso em deslinde, a mudança alcançada sobre o citado artigo constitucional exteriorizou o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas constitucionais, através de processos informais de modificação interpretativa do conteúdo jurídico-constitucional. Assim como detalhado nos procedimentos informais, há a inexistência de rito previsto dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.

Por fim, o presente artigo objetivou realizar um estudo acerca das decisões judiciais sobre o tema e de parte da doutrina sobre o tema em deslinde, bem como convidar o leitor à reflexão sobre a mudança de entendimento judicial sobre o tema imunidade parlamentar à prisão por intermédio da mutação constitucional, sem contudo, realizar sem qualquer alteração no texto literal da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTUOL JÚNIOR, Altecir. Texto extraído do site**http://www.direitonet.com.br /artigos/exibir/9543/Imunidade-parlamentar-a-prisao-e-mutacao-constitucional**. Consulta realizada em 02 de agosto de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mutação da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limond. 1986.

GALLO, Ronaldo Guimarães. Texto extraído do sit*e* **http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi4lJvw0afOAhUM4yYKHcB1BywQFgg8MAU&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F555153&usg=AFQjCNGj8q-OBd86zU2Vkus3Ixdca9uvXQ&bvm=bv.128617741,d.eWE.** Pesquisa realizada em 02 de agosto de 2016.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

TEMER, Michel. **Elementos de direito Constitucional**. 14 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAPÍTULO X

MORALIDADE ADMINISTRATIVA: SUA PROTEÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DEMAIS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Laysa Maria de Lima[iii]
Lia Tesser Grizzo[iii]
Renan Cauê Miranda Pugliesi[iii]

RESUMO: O presente trabalho estuda os princípios norteadores da Administração Pública, presentes no artigo 37 da Constituição Federal, com especial enfoque no princípio da moralidade, que traz imperativos de probidade e boa-fé, visando analisar as violações que sofrem e as medidas que a população têm à disposição para combater os males existentes. Dentro da problemática levantada, busca-se entender como se dá a violação dos referidos princípios, trazendo-se à baila as noções de abuso e desvio de poder, bem como uma situação real, envolvendo os auxílios pagos aos parlamentares da Câmara dos Deputados para, por fim, analisar-se duas ações coletivas como forma de coibir a fragilização da moralidade administrativa. Busca-se também demonstrar como um ato discricionário, ainda que pautado pela legalidade, se não atender aos interesses sociais, pode se tornar imoral, ocasionando abuso ou desvio de poder e, possivelmente, sua invalidade, a depender do caso. Para isso, torna-se fundamental enfocar a importância dos princípios que regem a Administração Pública, principalmente o da moralidade, a fim de que haja constante fiscalização em busca de sua proteção e efetivação. Para atingir esta finalidade, o trabalho está delimitado seguindo o método dedutivo, além das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública. Princípios constitucionais. Moralidade administrativa. Ação Popular. Ação Civil Pública.

INTRODUÇÃO

Um contexto de turbulentas crises econômicas e políticas somado à uma sociedade culturalmente acostumada com a impunidade dos agentes públicos ímprobos e corruptos, fomenta a continuidade do círculo vicioso de desrespeito aos princípios basilares da Administração Pública, consagrados na Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, atividade precípua do Estado, de agente "efetivador" de direitos fundamentais dos administrados, torna-se deficitária, ferindo seu *status quo* de Estado Democrático de Direito.

Destarte, a apreciação técnica dos princípios expressos na Carta Maior é substancial para posterior indagação a respeito da afronta, em específico, ao princípio da moralidade, sob o subterfúgio da supremacia do interesse público. Ademais, no decorrer do texto serão apresentados exemplos concretos de tais ultrajes, bem como mecanismos que propiciem controlá-los. A escolha da referida temática é de suma importância social, justificando-se pela necessidade de se coibir o atual desrespeito aos princípios da atividade administrativa através dos mecanismos de controle, visando a prestação de serviços de qualidade que coincidam com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Neste viés, a problemática proposta nesta pesquisa está ligada justamente a isso, ou seja, se a atuação dos agentes da Administração Pública transpassa os padrões éticos e morais, escusando-se com base na discricionariedade administrativa, quais são as medidas capazes de coibir tais práticas? Objetivou-se com a anterior indagação apresentar algumas das medidas existentes e eficazes que poderiam ser melhor exploradas a fim de assegurar a execução da atividade administrativa proba, em consonância com seus princípios essenciais.

Recorreu-se neste estudo ao método dedutivo, iniciando-se por um panorama geral a respeito dos princípios expressos no artigo 37 da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – até o afunilamento do tema que finda no cerne da questão, sendo esta a afronta ao princípio da moralidade, sob a escusa da discricionariedade dos atos administrativos e os mecanismos capazes de coibir tais condutas. Por fim, empregou-se a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988, Lei de Improbidade Administrativa - Lei 8.429/92 - e

Lei que regula o Processo Administrativo – Lei 9.784/99), a pesquisa indireta bibliográfica, através do acervo da biblioteca da Universidade Estadual do Norte do Paraná, bem como do Grupo de Pesquisa "A intervenção do Estado na vida da pessoa humana" e de artigos e publicações científicas.

1. POSITIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para realizar-se uma análise aprofundada do tema em estudo, faz-se necessário adentrar na conceituação dos princípios do Direito Administrativo. Assim, abordar-se-á especificamente aqueles adotados na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37. O constituinte elencou, no referido artigo, um rol enumerativo de princípios, que são as proposições fundamentais condicionantes da atividade administrativa: são seu alicerce. Nas palavras de Maria Goretti Dal Bosco (2008, p. 155):

> No âmbito do direito administrativo, a aplicação dos princípios jurídicos tem relevância especial numa visão garantista da Administração, na qual se busca a contemplação dos direitos fundamentais dos administrados em todas as atividades públicas, pois os direitos fundamentais destinam-se, em primeiro lugar, a assegurar a esfera de liberdade dos particulares frente às interferências do poder público, sendo, portanto, direitos de defesa do cidadão diante do Estado.

Destarte, observa-se que a força normativa dos princípios da Administração Pública serve de mecanismo de consumação dos direitos fundamentais, propiciando à população a segurança de que a atividade administrativa atuará em consonância com as premissas da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

1.1 LEGALIDADE

Considerado um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade é garantia de respeito aos direitos fundamentais. De acordo com os ensinamentos de Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 167):

> [...] no regime político de democracia representativa o povo exerce sua soberania manifestando-se por meio dos que agem em seu nome. A edição de atos normativos pelo Legislativo, com caráter genérico e abstrato, constitui garantia de que o povo se auto governa [*sic*], é dizer, que somente obedece aquilo que emanou dos órgãos de

> representação popular. E é precisamente através do instrumento legal que o povo controla a atividade da Administração Pública, é dizer, é pela lei que determina de que maneira atuará o administrador. Daí que o princípio da legalidade, quando aplicado à Administração, passou a ser um dos eixos do Estado de Direito.

O referido princípio abarca, como uma de suas decorrências, a vinculação positiva da Administração Pública à lei, ou seja, ela só poderá realizar atos que possuam cobertura legal prévia. É importante ressaltar que, em se tratando de Administração Pública, o princípio em debate é aplicado de maneira distinta do empregado no âmbito das relações particulares, as quais são regidas pela autonomia da vontade. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2012, p. 99):

> Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador significa "deve fazer assim".
>
> .

A legalidade a que está adstrito o administrador público pode ser compreendida envolvendo duas situações distintas: a discricionariedade e a vinculação. Assim, quando todos os elementos do ato administrativo estão expressos em lei, não deixando margem interpretativa ao administrador, tem-se ato vinculado; por outro lado, quando a legislação abre margem para o administrador eleger, segundo critérios de conveniência e oportunidade, as melhores condições de execução de determinada atividade, tem-se um ato discricionário (DI PIETRO, 2014, p. 221).

Contudo, conforme alerta Marçal Justen Filho (2010, p. 183), é preciso analisar, caso a caso, a margem de autonomia deixada pelas normas que regem a atividade administrativa, a fim de verificar sua amplitude, sendo certo que não existem tipos puros e absolutos de vinculação e discricionariedade. São graus variáveis, aferíveis em concreto de acordo com as normas aplicáveis e a situações reais, sendo possível que a norma tenha adotado disciplina vinculada e exaustiva quanto a certos aspectos, enquanto que em outros deixou margem de autonomia decisória.

Assim, finaliza o autor, afirmar que determinada atividade é discricionária ou vinculada consiste em simplificação terminológica, verdadeiro recurso didático, utilizada para facilitar a comunicação, não servindo para identificar, com precisão, o grau de autonomia atribuído pela lei ao titular da função administrativa. Por outro lado, certo é que, num caso e noutro, o princípio da legalidade se faz presente. Mesmo quando se trata de ato discricionário, a lei deve balizar minimamente a atuação do administrador, para

que a discricionariedade não se transmute em arbitrariedade e culmine em tirania.Assim, resta claro como a legalidade se faz presente em cada atuação da Administração Pública, constituindo verdadeira garantia de respeito aos direitos dos administrados.

1.2 IMPESSOALIDADE

Exigir impessoalidade na atividade administrativa traz decorrências não apenas em relação aos administrados, mas também, à própria Administração. Neste caso, insta salientar, conforme ensina a doutrina, que o ator administrativo atua em nome do Estado ou Entidade a que representa, com eles não se confundindo, agindo sempre em busca da satisfação plena dos interesses públicos da Administração (DI PIETRO, 2014, p. 68).

Sucede-se disto o § 1º, do artigo 37, da Constituição Federal que, a fim de coibir ofensas ao princípio da impessoalidade, proibiu a constância de "nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos".

Ainda, no que concerne à própria Administração, faz-se um paralelo com o princípio da igualdade na atividade administrativa. Na busca por tolher arbitrariedades, Maria Goretti Dal Bosco (2008, p. 170) diz:

> A imparcialidade significa a escolha do meio mais adequado à realização do fim proposto, em conformidade com o ordenamento jurídico, informado pelos demais princípios – especialmente o da legalidade e o da moralidade, sob pena de invalidade do ato; entretanto, ela não pressupõe neutralidade, mas o cumprimento de funções distintas daquelas praticadas pelos órgãos políticos do Estado.

No tocante ao princípio da impessoalidade, no que se refere à relação da Administração Pública com os particulares, esta deve se dar de maneira impessoal, respeitando a neutralidade, utilizando sempre critérios imparciais, observando os princípios do procedimento justo e do contraditório, a fim de consubstanciar o caráter democrático próprio da Administração Pública de um Estado Democrático de Direito.

1.3 MORALIDADE

Comumente confundida com o princípio da legalidade e considerada sinônimo de ética, a moralidade administrativa distancia-se da moral comum, cabendo ao agente público, quando atuar em nome da Administração, agir de forma imparcial, respeitosa e

igualitária. Ademais, ela vincula Administração Pública e particulares a ela relacionados, uma vez que estes também participam e interferem na atuação administrativa, tendo-se em vista ser o Brasil um Estado Democrático. Nesse interim, note-se que:

> Para cumprir a função institucional para a qual existe, cabe à administração pública não apenas respeitar o Direito, a legalidade, mas também os padrões morais em suas atividades, de modo a proporcionar aos administrados prestações justas, em obediência ao conjunto de princípios que orientam a atividade. É importante lembrar que a moralidade pública não se destina apenas à atividade administrativa, devendo ser observada, também, em outras modalidades de exercício do poder, seja no âmbito do legislativo, seja no judiciário. [...] A moralidade, entretanto, não está restrita à responsabilidade do poder público; ao particular, também cabe uma parte nessa tarefa, que se desenvolve sob várias formas, como participação nas decisões da Administração, a fiscalização das ações realizadas [...] (DAL BOSCO, 2008, p.183-184).

Não é suficiente que a conduta administrativa esteja de acordo com a lei; faz-se necessário também que ela esteja em conformidade com a moral administrativa e siga, portanto, "padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé" (art. 2º, caput, Lei nº 9.784/99). Conforme afirma Di Pietro (2014, p. 79), a imoralidade administrativa acarreta efeitos jurídico, vez que acarreta a invalidade do ato, que poderá ser decretada internamente pelo próprio ente da Administração, internamente, ou pela via jurisdicional. Para bem entender o conteúdo do princípio em análise, interessante notar como se dá sua violação:

> [...] sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa (DI PIETRO, 2014, p. 79).

Ressalte-se que este princípio se encontra resguardado não apenas no artigo 37, da Carta Maior, ora em estudo, mas também em seu artigo 5º, LXXIII, o qual legitima o instituto da Ação Popular, habilitando qualquer cidadão "para propor ação popular que vise a anular ato lesivo do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, [...]". Ademais, este tema será minuciosamente apreciado em tópico específico.

1.4 PUBLICIDADE

Quando se pensa em publicidade, infere-se, de modo simplista, que é preciso transmitir informações a determinado público alvo. Assim, nada mais se faz que "tornar público", dar amplo conhecimento a pessoas que precisam obter ciência sobre determinado objeto ou notícia, com vistas a determinado fim. O princípio da publicidade trilha nesse caminho, de sorte que:

> A justificação do princípio da publicidade é simples: o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos dos atos normativos, e proíbe os atos normativos secretos contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos atos, por parte dos cidadãos, faz-se, precisamente, através da publicidade (CANOTILHO, 2000, p. 870, grifo do autor).

É a publicidade na execução dos atos administrativos que viabiliza à toda a coletividade o direito-dever de fiscalizar as atividades da Administração, afim de se averiguar a satisfação do interesse público e evitar arbitrariedades, além de aproximá-la dos procedimentos administrativos. Maria Goretti Dal Bosco (2008, p. 172) corrobora isto, ao mencionar que:

> O princípio da transparência da administração pública [outra denominação para princípio da publicidade] está intimamente ligado aos princípios da ética e da participação dos administrados nas decisões sobre a atividade pública. Só a informação democratizada pode fornecer, aos cidadãos, possibilidades de avaliar a atuação da Administração, assim como de oferecer sua opinião e expor suas aspirações no que se refere às decisões de que os dirigentes públicos devem adotar em relação aos problemas comuns aos administrados.

Ainda, a Constituição da República instituiu em seu art. 5º, XXXIII, visando maior resguardo deste princípio, a ação de Habeas Data para o fornecimento de informações constantes em registros de bancos de dados governamentais ou de caráter público. O direito à informação compreende não apenas o direito de conhecer, mas também o de compreender, de ser compreendido e de ser ouvido pelos poderes públicos. Resulta na adoção de procedimentos simples, com linguagem acessível e menor burocratização, facilitando o acesso de todas as camadas da sociedade.

1.5 EFICIÊNCIA

Inserido pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, o princípio da eficiência, agora com força constitucional, vincula o modo de atuação do agente público, em busca de atribuir qualidade ao serviço público. Na época, o movimento ficou

conhecido como "Nova Administração Pública" e seu objetivo era gerar mais benefícios na prestação de serviços à sociedade utilizando-se dos mesmos recursos, ou seja, gastar da melhor e mais eficiente maneira os fundos disponíveis. Neste sentido, discorre Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 238):

> A eficiência supõe uma combinação entre o princípio da legalidade e o da oportunidade ou otimização, de forma que a Administração assegure o bem comum sem comprometer as garantias do Estado de Direito. É dizer, a Administração tem a tarefa de estabelecer permanentemente uma relação entre os fins constitucionais, a legalidade e os meios e fins de que dispõe, para criativamente atender metas e diretrizes que solucionem as necessidades públicas.

Ademais, tal Emenda disciplinou regras e orientações, dando exequibilidade à eficiência, conforme destacou Jefferson Aparecido Dias (2009, p. 89):

> 1) o aumento do prazo para obtenção de estabilidade pelo servidor público, de 2 (dois) para 3 (três) anos (art. 41, *caput*); 2) a flexibilização da estabilidade dos servidores públicos, admitindo a perda do cargo nos casos de ineficiência apurada através de avaliação de desempenho (art. 41, § 1º, III); 3) a imposição de remuneração proporcional aos servidores colocados em disponibilidade em razão da extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade (art. 41, § 3º); 4) a eliminação do regime jurídico único para os servidores públicos [a Adin 2.135/DF suspendeu a vigência desta última alteração. Portanto, remanesce o regime jurídico único, ressalvadas a situações já consolidadas].

O princípio da eficiência destaca-se no cenário do Estado Democrático de Direito, o qual busca incessantemente a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, igualmente ao já discorrido, a Administração deve optar, dentre as possibilidades, àquelas mais capazes de afirmar progressos nas conquistas objetivadas pelo ordenamento jurídico.

2. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA INOBSERVÂNCIA

É cediço no Direito que, para que haja uma boa administração pública, os agentes sigam os princípios acima elencados, a fim priorizar o interesse coletivo em detrimento do interesse da máquina estatal.

Aliás, Renato Alessi (1960), citado do Mazzilli (2015, p. 49-50), traz a ideia de separação entre interesse público primário, que consistiria no bem geral, no interesse da sociedade ou coletividade como um todo, e interesse público secundário, ou seja, o modo pelo qual a Administração vislumbra o interesse público, algo que nem sempre leva os governantes a atenderem os reais interesses da comunidade. A referida divisão foi

pensada justamente porque nem sempre os interesses convergem, precisando que se faça a distinção e se resolva o conflito da forma mais razoável possível.

Assim, no confronto entre interesses primários e secundários, aqueles devem prevalecer, por se configurarem nos reais interesses da sociedade, que, em última instância, é a vase de sustento do Estado Democrático de Direito. Contudo, quando houver conflitos entre interesses primários, Mazzilli (2015, p. 50) trata da necessidade de se respeitar a supremacia de noção do bem comum, conjugando-se, tanto quanto possível, os dois interesses, com base em critérios de razoabilidade e não eliminando nenhum deles.

Assim sendo, o interesse público primário, que neste trabalho tem sido tratado como interesse coletivo, ou simplesmente interesse público, só será concretizado se a Administração Pública atuar conforme os parâmetros traçados pelos princípios previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal, principalmente no que tange ao princípio da moralidade.

2.1 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Preliminarmente, faz-se necessária a análise mais aprofundada do princípio em estudo. Antes, contudo, há que se distinguir moral *lato* e *stricto sensu*, pois, como bem explica o professor Miguel Reale (2001, p. 41), "Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir". Sendo assim, em sentido amplo, entende-se estar a moral intimamente ligada ao indivíduo e suas convicções, o modo como ele elenca o que é certo ou errado e a maneira que coloca isto em prática; já em sentido estrito, quando se fala em Princípio da Moralidade, atrela-se ao dever ser do administrador público, não sendo a este facultado agir ou não sob a égide de tal princípio, vez que possui caráter cogente.

> A teoria do "mínimo ético" consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social (REALE, 2001, p. 38, grifo nosso).

Feita esta breve diferenciação, é necessário ingressar no Princípio da Moralidade propriamente dito que, consagrado pela Constituição Federal de 1988, vem reger a forma

como o agente público fará uso de suas atribuições, agindo com probidade, lealdade e boa-fé, como bem explana Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 119, grifo do autor):

> A Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitudeque as sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta* jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Com isso, embora muitos juristas e filósofos distingam o Direito da Moral – e tem razão em fazê-lo, por constituírem campos de atuação diferentes -, quando esta última fora positivada no texto constitucional, elevou-se à categoria de princípio jurídico, devendo ser necessariamente observados pelos membros da Administração Pública, sob pena de violar o ordenamento, arcando com suas consequências. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 900):

> A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e impunidade no setor público.

Desta feita, o artigo que inseriu a moralidade como princípio da Administração Pública também previu, em seu §4º, sansão àquele que agisse de maneira improba, qual seja, suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e/ou ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. É possível inferir que tal princípio se comunica com o princípio da legalidade, vez que este, a fim de proteger a sociedade do arbítrio do administrador, permite que se atue somente de acordo com aquilo que está previsto em lei, tal como o princípio da moralidade, que veda ao servidor que faça uso de suas atribuições para consecução de benesses próprias.

Contudo, à legalidade não está necessariamente vinculado, tendo em vista ser possível que um ato seja legal, diante da margem de interpretação que a lei oferece, mas que seja manifestamente imoral, por não atender aos interesses coletivos, ou não respeitar a probidade e a boa-fé – conforme se verá em tópico adiante, quando do estudo da discricionariedade.

O princípio ora estudado possui grande carga axiológica. Poreste motivo, o Legislador conferiu aos cidadãos mecanismos para agir em caso de violação de tal princípio, como o inciso LXXIII, 5º, CF, que trata da Ação Popular. Insta salientar que o

Estado deve cumprir as metas previstas na Constituição, buscando a maior efetividade nas decisões públicas, a fim de satisfazer os interesses individuais.

> [...] quando falamos de fins estatais – e sabemos que no Estado de Direito contemporâneo a Constituição determina estes fins –, a questão do interesse público, em princípio deve ser resolvida expressando que aquele ao qual a Constituição e a lei deram tratamento especial (ALARCÓN, 2011, p. 115).

O Estado, na figura de garantidor social, tem o poder-dever de fazer valer todos os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, pautando suas condutas de acordo com os preceitos constitucionais e morais.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS INEFICIENTES

A Administração Pública tem por escopo implementar políticas públicas que visem suprir as diversas demandas sociais existentes, utilizando da melhor forma possível os recursos financeiros disponíveis. Tais políticas não são vinculadas, mas decorrem do poder discricionário, ou seja, há margem de liberdade para que o administrador selecione sobre qual área a política irá incidir, de qual forma, por quanto tempo etc. Entretanto, para que o administrador aja discricionariamente, deve se pautar nos princípios da Administração Pública, sobretudo o da moralidade. Contudo, o que se observa é que, em boa parte dos casos, o dinheiro é destinado a projetos de interesse secundário, melhor dizendo, interesse dos detentores do poder, enquanto que parte da população vive em situação de miséria por "falta de verba".

É certo que, para que o Estado alcance seus objetivos, deve se valer de todos os princípios, assim, por exemplo, uma política pública que fere os princípios da efetividade e da razoabilidade não terá o porquê de existir, já que não alcança seu fim colimado, desta feita, a não observância ao Princípio da Moralidade Administrativa macula os outros princípios, pois, um governo que destina dinheiro púbico para obras que não visem desenvolvimento social ou que não atingem o bem comum à população é um governo ineficaz. Maria Goretti Dal Bosco (2008, p. 303), em uma de suas obras, levanta a questão de um processo de renovação na criação de políticas públicas que, por serem aprovadas e executadas sem que haja opinião do público que será atingido, muitas vezes se tornam ineficazes. Observe-se:

> São estas razões, entre outras, que mostram a necessidade de a definição de políticas públicas passar por um processo de renovação, criando-se novas alternativas de discussão de temas fundamentais para a vida das comunidades, nas quais as populações possam ter maior participação. Isso implica dizer que, antes de fechar um orçamento anual de investimentos, por exemplo, tanto o poder Executivo, onde são preparados esses projetos, quanto o Legislativo, que os discute e aprova, deveriam desenvolver mecanismos para ouvir os cidadãos e, só então, definir, efetivamente, as áreas prioritárias, que receberão as maiores quantidades de investimento.

Diante do supramencionado, pode-se aferir que o princípio da moralidade influência muitos outros, uma vez que, se os criadores das políticas não agirem de boa-fé, destinando as verbas aos setores que realmente necessitam de apoio, estarão, ao mesmo tempo, violando vários outros princípios, desrespeitando o interesse público e, em última análise, quebrando a confiança daqueles que os colocaram no poder, violando seus direitos e fragilizando o Estado Democrático de Direito.

2.3 PODER DISCRICIONÁRIO

Para que o Estado alcance seus objetivos, a Constituição confere poderes administrativos a seus operadores, contanto que atuem de acordo com a lei existente e os princípios norteadores do Direito, de sorte que seu uso arbitrário configurará abuso de poder.

> [..] a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da administração é **discricionário,** porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador (DI PIETRO, 2014, p. 221, grifo do autor).

Nas palavras de Matheus Carvalho (2016, p. 115), o poder discricionário é "[...] uma prerrogativa conferida à Administração Pública e deve ser feito em conformidade com a lei e em busca do benefício da coletividade". Através do poder discricionário, o servidor tem certa liberdade para escolher qual caminho seguir, devendo, para tanto, se pautar pelo "binômio necessidade x possibilidade", destinando a verba para os setores que mais necessitam, como bem explana Maria Goretti Dal Bosco (2008, p. 372):

> [...] de posse de todos os elementos objetivos sobre a situação da realidade que administra (índices de necessidades nas áreas de educação, saúde, transporte, lazer etc.) terá ele de propor a forma mais correta de investir os recursos públicos.

A discricionariedade é essencial para que o administrador não fique limitado em seus projetos, possuindo certa margem de liberdade para sua atuação. Se houvesse estrita vinculação em todos os atos, o gestor público nada mais seria que um mero aplicador da lei, o que pode aparentar algo bom, em um primeiro momento, mas que na verdade, seria um atentado ao Estado Constitucional: primeiro porque o Poder Executivo seria esvaziado, uma vez que a decisão, em si, ficaria a cargo do Legislativo, algo que desequilibra a tripartição de Poderes e inflaciona de funções os legisladores, algo que fragiliza o Estado Constitucional; segundo porque causaria o engessamento da atuação relacionada à administração do País, que careceria de leis para todo ato de administração, algo que demanda tempo e poderia ocasionar situação caótica no Estado brasileiro.

Contudo, a discricionariedade abre margem para abuso e desvios, tornando o controle pela população ainda mais imprescindível. Mais uma vez, constata-se o entrelaçamento entre os princípios, uma vez que a moralidade só será respeitada quando observado o princípio da legalidade e só será passível de verificação pelos administrados se a publicidade for efetiva, real e transparente.

2.4 ARBITRARIEDADE, EXCESSO E DESVIO DE PODER

Todo ato administrativo traz em si uma finalidade, dividindo-se em genérica e específica, aquela diz respeito a todos os atos emanados do poder público, pois visam sempre o mesmo fim, que é o bem comum. De acordo com Matheus Carvalho (2016, p. 246) "[...] caso o ato seja praticado com a intenção de satisfazer interesses individuais ou egoísticos de algum particular, estará eivado de vicio insanável [...]"; enquanto que está se encontra implícita ou explicitamente prevista em lei, ensejando um resultado determinado. De sorte que, genérica ou específica, a não observância da finalidade resulta em ilegalidade do ato, por configurar-se desvio de poder ou abuso de poder.

> É importante frisar que deve haver compatibilidade entre os motivos de fato e os previstos na norma como necessários e suficientes à expedição do ato administrativo. Havendo incompatibilidade, a invalidação do ato se impõe. Pela teoria dos motivos determinantes, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporta à decisão, integram a validade do ato (SARTORI, 2009, p. 81).

Ao contrário da discricionariedade, a arbitrariedade não é permitida ao servidor público, de modo que todo ato concebido sem motivação ou observância dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da supremacia do interesse público, estarão viciados, e sua validade, comprometida. Segundo Tomás R. Fernández (1997) apud Rita Tourinho (2009, p. 40):

> [...] classifica como arbitrário todo ato desprovido de motivação e sem qualquer vínculo com a realidade, fruto da mera vontade e capricho do administrador. [...] a arbitrariedade é o reverso da Justiça e do Direito; em sentido mais concreto arbitrário é tudo aquilo que se apresenta como carente de fundamentação objetiva, como congruente ou contraditório com a realidade que serve de base para as decisões.

Ocorre que o uso desse poder vem tendo sua finalidade desviada, sendo exercido de maneira arbitral, indo de encontro com os interesses de seus agentes e não das necessidades emergentes.

> O dinheiro público, mal administrado, mal fiscalizado, desviado, pago em demasia ou sem efetiva contraprestação, é o responsável pelo surgimento inexplicável de fortunas da noite para o dia, pelo estado caótico em que se acha mergulhada a saúde pública, pelos resultados fraudulentos de muitas eleições, pela falta de salas de aula e professores mal remunerados e desatualizados, pelo despreparo e desaparelhamento das polícias, pela falta de saneamento básico, pelo arrocho salarial do funcionalismo público e dos proventos dos aposentados, pela supressão de conquistas sociais, pela violência urbana descontrolada e aparentemente incontrolável, pela violência no campo, e por uma serie infindável de problemas que sacrificam o povo brasileiro sem que se visualize solução num horizonte próximo (MEDEIROS, 2003, p. 03).

O uso arbitrário do poder discricionário constitui excesso e abuso de poder, que, configuram-se como extrapolação da norma e desvio de finalidade. Desta forma, o excesso de poder nem sempre será nulo, basta que seu excesso não tenha contaminado todo o restante. Entretanto, como lembra Di Pietro (2014, p. 229), quando houver desvio de poder, não há como o ato se convalescer, visto que está eivado de vício. Sendo assim, todo ato que for em direção oposta aos princípios da Administração Pública deverá ser nulo.

3. CORRUPÇÃO VELADA: O SALÁRIO DOS PARLAMENTARES

Através de Decretos, Atos Normativos, Portarias, os parlamentares vêm fazendo uso de suas atribuições para conceder benefícios monetários às suas classes, de modo que suas inverídicas percepções sejam previstas em lei, não sendo assim, consideradas ilícitas.

Desta forma, há inegável ofensa aos postulados Constitucionais, aos princípios da administração e ao cidadão. O Estado, através dessas manobras, burla as regras e torna "legal" uma conduta que, na verdade, é essencialmente antijurídica e contrária ao Direito.

Os salários de parlamentares são sempre frutos de intensas discussões e inflamados reclames populares. O labor de muitos dos trabalhadores brasileiros, por vezes, se mostra sob imensa desvalorização, em razão das longas cargas horárias, condições extenuantes e salários ínfimos, insuficientes para fornecerem condições mínimas a si e seus familiares, enquanto que muitos políticos brasileiros vivem situação oposta, atingindo a riqueza. À título de exemplo, de acordo com o Decreto Legislativo nº 276, de 2014, os deputados federais percebem mensalmente valor bruto de R$ 33.763,00.

> Art. 1º O subsídio mensal dos membros do Congresso Nacional, referido no inciso VII do art. 49 da Constituição Federal, é fixado em R$ 33.763,00 (trinta e três mil, setecentos e sessenta e três reais). § 1º É devida aos membros do Congresso Nacional, no início e no final do mandato, ajuda de custo equivalente ao valor do subsídio, destinada a compensar as despesas com mudança e transporte.

Dados obtidos pelo site da Câmara dos Deputados (2016, s.p.) apontam que, além dos salários, os parlamentares ainda recebem: auxílio-moradia, que em 2015 passou de R$ 3,8 mil para R$ 4,253 mil, o que representa 11,92% de reajuste; verba gabinete passou de R$ 78 mil para R$ 92.053,20, com base no IPCA acumulado desde janeiro de 2012 (18,017%); cota parlamentar ajustado pelo percentual de 8,72%. Somando os dados acima, o *site* "Congresso em Foco" (2016, s.p, grifo nosso), em 01 de maio de 2016, publicou uma matéria expondo que os deputados custam cerca de um bilhão de reais aos cofres públicos.

> Salário de R$ 33.763, auxílio-moradia de R$ 4.253 ou apartamento de graça para morar, verba de R$ 92 mil para contratar até 25 funcionários, **de R$ 30.416,80 a R$ 45.240,67 por mês para gastar com alimentação, aluguel de veículo e escritório, divulgação do mandato, entre outras despesas**. Dois salários no primeiro e no último mês da legislatura como ajuda de custo, ressarcimento de gastos com médicos. Esses são os principais benefícios de um deputado federal brasileiro, que somam R$ 168,6 mil por mês. Juntos, os 513 custam, em média, R$ 86 milhões ao contribuinte todo mês. Ou R$ 1 bilhão por ano.

A cota parlamentar que recebem, de acordo com o Ato da Mesa nº 43 da Câmara dos Deputados, de 21/05/2009, se destina a custear as despesas decorrentes do exercício do mandato, dentre essas, procede-se a citação de algumas delas, como passagens aéreas, locação de imóveis, condomínio, serviços de energia elétrica, água e esgoto, e até internet

e TV por assinatura. Segundo o *site* da câmara, esse valor da cota parlamentar varia de acordo com o Estado, sendo o menor valor destinado ao Distrito Federal R$ 30.788,66 e o maior, à Roraima R$ 45.612,53.

Enquanto isso, os administrados carecem de todos os benefícios conferidos pela Carta Magna. Apenas para exemplificar alguns dos direitos que são garantidos constitucionalmente e possuem caráter fundamental, mas são frequentemente violados, faça-se a leitura dos artigos 3º e 6º, da Constituição Federal:

> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Um estudo produzido pelo Conselho Federal de Medicina, em parceria com a ONG Contas Abertas, e divulgado em 28 de fevereiro de 2016 pelo Fantástico, estando a matéria disponível no *site* da Globo (2016, s.p.), afirma que o gasto com saúde *per* capita é de R$ 3,89 por dia; em um ano o valor não ultrapassa R$ 1.500,00. Também, houve bloqueio de verbas nos setores da saúde, educação, defesa e transporte, contudo, os gastos de deputados e senadores não sofreram alterações.

> Conhecidas como emendas parlamentares individuais, os gastos incluídos por deputados e senadores no Orçamento não foram atingidos pelo bloqueio temporário de despesas de R$ 21,2 bilhões (...). O contingenciamento deve subtrais R$ 4,2 bilhões em verbas no Ministério da Educação, R$ 2,8 bilhões da Defesa, R$ 2,4 bilhões da Saúde e R$ 1,2 bilhão dos Transportes. Já as emendas individuais, tradicionais instrumentos de negociação entre o Executivo e o Congresso, mantiveram os R$ 6,6 bilhões autorizados para o ano (FOLHA DE S. PAULO, 2016, s.p.).

Diante do exposto não há como sustentar a ideia de que a administração tem feito bom uso de suas atribuições, tampouco que prioriza os interesses coletivos. Não existe justificativa plausível para conceder tantos benefícios a uma determinada classe, enquanto que outros não possuem o mínimo para sobreviver. É evidente o franco desrespeito aos princípios constitucionais mencionado, como os da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, bem como aos interesses da coletividade.

Através da análise desse tópico, é possível vislumbrar como a violação dos princípios constitucionais que regem a administração pública, que culmina num manifesto desvio de poder, pode vulnerar a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito. Aqui, não há só ofensa aos princípios albergados no art. 37 da Constituição

Federal, relativos à Administração Pública, mas também aos demais princípios constitucionais, principalmente, à dignidade da pessoa humana.

4. AÇÕES COLETIVAS E A PROTEÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Os atos praticados em desacordo com os princípios supracitados ensejam a propositura de ações que visam proteger os interesses difusos e coletivos. Assim sendo, pode o cidadão ingressar com Ação Popular, bem como o Ministério Público e os legitimados na Lei 7.347/85, artigo 5º, ingressarem com Ação Civil Pública. Referidas ações são coletivas (MAZZILLI, 2015, p. 74), uma vez que almejam a proteção de direitos que ultrapassam a esfera de direitos do indivíduo, possuindo caráter transindividual.

4.1 AÇÃO POPULAR

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, confere aos cidadãos mecanismo de defesa contra atos lesivos a direitos transindividuais, ou seja, que transcendem à sua esfera de direitos. Com isso, mesmo que não tenha sido lesado diretamente, pode agir em defesa do direito coletivo, se tratando de verdadeiro remédio constitucional que visa à proteção do interesse público. Tão remédio é denominado Ação Popular, definido assim pela doutrina:

> Ação popular é a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão (DI PIETRO, 2014, p. 883).

Assim, serão três os pressupostos para a regularidade da referida ação: "qualidade de cidadão para o sujeito ativo; ilegalidade ou imoralidade praticada pelo Poder Público ou entidade em que ele participe; lesão ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural" (DI PIETRO, 2014, p. 883).

Será sujeito ativo legítimo para a propositura da referida ação qualquer cidadão (art. 5º, LXXIII, e art. 1º da L. 4.717/65, que regula a Ação Popular), sendo que a prova

da cidadania, para que possa ingressar em juízo, deverá ser feita através do título eleitoral, ou equivalente (art. 1º, §3, da Lei de Ação Popular). Assim sendo, fica claro que o estrangeiro não é legitimado para que ingresse em juízo se valendo desta ação, o sendo somente os brasileiros natos e naturalizados. Serão sujeitos passivos, nos termos do artigo 6º da Lei de Ação Popular:

> [...] as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

A ação popular consiste em direito de natureza política, por se tratar do cidadão fiscalizando a atividade estatal e controlando os atos lesivos que a Constituição quis proteger. Assim, na propositura da ação, o cidadão pode pleitear: a anulação do ato lesivo; a condenação dos responsáveis ao pagamento de perdas e danos ou à restituição de bens e valores, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 4.717/65. Daí se infere a natureza dúplice da ação, que é, ao mesmo tempo, constitutiva e condenatória (DI PIETRO, 2014, p. 883-889).

O exemplo anteriormente mencionado, envolvendo os benefícios conferidos aos parlamentares, dá contornos ao que se pretende demonstrar. Note-se, primeiramente, que tais benefícios, de certa forma, não ofendem o princípio da legalidade, por encontrarem previsão legal mediante decretos e atos normativos. Entretanto, se configuram como atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, em especial a esta, que por si só pode ensejar a propositura de Ação Popular, como bem se explica Di Pietro (2014, p. 885, grifo do autor):

> Quanto à imoralidade, sempre houve os que a defendiam como fundamento suficiente para a ação popular. Hoje, a ideia se reforça pela norma do artigo 37, *caput*, da Constituição, que inclui a moralidade como um dos princípios a que a Administração Pública está sujeita. Tornar-se ia letra morta o dispositivo se a pratica de ato imoral não gerasse a nulidade de ato da Administração. Além disso, o próprio dispositivo concernente à ação popular permite concluir que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para propositura da ação popular, independentemente de demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à **moralidade administrativa**.

Assim, a moralidade constitui-se em objeto autônomo de defesa. De outra forma não poderia ser, tendo em a necessidade de controle dos membros da Administração Pública pela população, uma vez que aqueles têm se mostrado cada vez menos dispostos

a cumprir seus deveres constitucionalmente previstos, bem como atender à vontade daqueles que os escolheu, depositando confiança e outorgando mandado para atuar em seu lugar.

Não obstante a isso, através da análise dos sujeitos envolvidos na referida ação, bem como dos seus elementos, é possível vislumbrar como esta constitui verdadeiro mecanismo de proteção dos direitos dos administrados, principalmente no que atine à moralidade administrativa.

4.2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Antes de traçar as características acerca da ação civil pública, e compreender como esta pode ser utilizada na tutela da moralidade, é preciso dizer o que se entende por ela. "A rigor, sob aspecto doutrinário, *ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público*" (MAZZILLI, 2014, p. 73, grifo do autor).

Como se percebe, a ação civil pública seria, em termos técnicos, somente aquela proposta pelo órgão ministerial. Entretanto, considerando-se a literalidade da LACP (Lei 7.347/85), é preciso compreender em sua definição as ações intentadas por todos os outros legitimados. O art. 1º da LACP é elucidativo acerca dos direitos a serem tutelados pela presente ação:

> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística. VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. VIII – ao patrimônio público e social.

O primeiro destaque a ser dado, no que se refere ao artigo em comento, diz respeito à frase "sem prejuízo da ação popular". É de se louvar o legislador que previu tal ressalva, uma vez que duas das armas mais importante na luta contra a depreciação do patrimônio público e violação dos princípios e garantias constitucionais, podem ser usadas simultaneamente. Tal previsão dá respaldo ao cidadão e fortalece os mandamentos do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Em outro ponto de relevo, necessário que se compreenda o exato alcance da ação civil pública, em termos de direitos abrangidos por sua proteção. Nesse ponto, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 894, grifo do autor):

> Constitui pressuposto da ação civil pública o dano ou ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo, abrangidos por essa expressão o dano ao patrimônio público e social, entendida a expressão no seu sentido mais amplo, de modo a abranger o dano material e moral. Com a expressão *interesse difuso ou coletivo*, constante do artigo 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou toda a sociedade (interesse geral); a expressão *interesse coletivo* não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinadas, como ocorre com o mandado de segurança coletivo, mas em sentido amplo, como sinônimo de interesse público geral.

De fato, uma leitura superficial do referido artigo poderia levar a crer que os interesses individuais homogêneos não estão incluídos no âmbito de abrangência da LACP, uma vez que a referida norma só faz menção à "direitos difusos e coletivos". Entretanto, é de se ressaltar a sistemática dessa lei se inter-relaciona com aquela do CDC, que faz menção expressa aos interesses individuais homogêneos. De fato, há uma relação intrínseca entre as leis quando se trata da defesa de direitos transindividuais, relação essa de complementariedade. Assim, a ação civil pública poderá ser proposta na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (MAZZILLI, 2015, p. 152). Além disso, vale frisar que, como a lei trata de "lesão ou ameaça de lesão", é possível que se intente ação principal ou cautelar, respectivamente (DI PIETRO, 2014, p. 897). Ou seja, é possível, também, que se utilize da ação civil pública para prevenir lesões que estejam prestes a acontecer.

No tocante aos legitimados ativos da referida ação o art. 5º da LACP enumera rol taxativo, que abriga: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Já no que diz respeito ao sujeito passivo, é de se notar que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser a parte passiva da relação processual envolvendo a ação civil pública (MAZZILLI, 2015, p. 409), inclusive, e principalmente, o próprio Poder Público.

Ainda, ressalte-se que a referida ação poderá ser utilizada no âmbito de aplicação da Lei 8.429/92, uma vez que, "por meio dela, protege-se basicamente ahonestidade, a moralidade, a lisurana Administração Pública, não escapando, portanto, aos objetivos

previstos no artigo 129, III, da Constituição" (DI PIETRO, 2014, p. 895, grifo do autor), que trata do Ministério Público e os casos em que deve atuar. De fato, menciona a doutrina:

> A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções de zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. [...] sua ação tem inegável caráter político, no sentido técnico da expressão, ou seja, a instituição ministerial pode legitimamente questionar atos de governo, que, entre outras hipóteses, firam o princípio da legalidade, configurem desvio ou abuso de poder, ou divirjam dos princípios da moralidade, eficiência ou razoabilidade, entre outros que devem informar a Administração (MAZZILLI, 2015, p. 153).

Tendo em vista essas considerações, principalmente acerca do objeto da ação civil pública e da possibilidade e de sua aplicação em casos que envolvam improbidade administrativa, é possível vislumbrar a importância da sua previsão ao tratar da tutela da moralidade administrativa.

Conjugando-se o estudo acerca da ACP com as previsões de auxílios parlamentares antes discutidas, é possível vislumbrar a possibilidade de promoção da referida ação, uma vez que não há interesse coletivo ou social na conversão do das verbas públicas em auxílios parlamentares, ainda mais quando a criação de tais vencimentos são fruto da arbitrariedade do legislador e da inobservância dos princípios da Administração Pública.

É interesse da coletividade que a aplicação das verbas públicas seja de forma coerente não só diante dos mandamentos constitucionais e das previsões que regulam o sistema financeiro, como também de acordo com as necessidades da população em termos de políticas públicas, envolvendo direitos mínimos, como saúde, moradia, educação etc., necessários para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, tem-se como fim último da ação civil pública a proteção dos direitos e interesses mais genuínos dos membros da sociedade, dentre eles os princípios que regem a Administração Pública, uma vez que os mesmos se apresentam como garantia de que os administradores estarão se utilizando da máquina estatal de forma proba, honesta e moral, de forma a respeitar o interesse público e os direitos dos membros da sociedade.

CONCLUSÃO

Como observado, é verídico que a administração não faz bom uso de suas atribuições, tampouco prioriza os interesses coletivos. No exemplo trazido, fica claro que a concessão de inúmeros benefícios infundados à classe parlamentar no mesmo momento em que são realizados cortes em setores básicos não se mostra razoável, pelo contrário, revela-se um insulto à dignidade da pessoa humana.

A busca pela prestação de serviços públicos de qualidade e pelo respeito ao bem comum só pode se concretizar na medida em que o cidadão passa a ser ouvido em suas expectativas e, com isso, torna-se parte integrante do aparato determinante de seus próprios interesses. Assim, aproximar o particular da atuação pública teria de ser corolário da organização estatal, além de resultar num maior acerto na escolha e na efetivação de políticas públicas, coibindo tais desmandes.

Quando o particular intervém nas ações administrativas, o senso de responsabilidade do agente público é majorado, pois este passa a ser estimulado não por interesses políticos, mas pelo próprio bem comum. Com efeito, os direitos fundamentais tendem a se tornar progressivamente mais palpáveis, concretizando-se as reais necessidades da população.

Neste cenário, são previstos diversos mecanismos de controle, como por exemplo a Ação Popular, remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, podendo ser proposta por qualquer cidadão que, ainda que não tenha sido diretamente lesado, considere o ato lesivo ao interesse da coletividade.

Assim, é possível notar a grande relevância que os princípios constitucionais que regulam a atividade administrativa possuem, notadamente o da moralidade. Diante dessa importância, é necessário que o respeito a eles seja patente e a fiscalização, rigorosa, pois somente dessa forma a concretização dos interesses coletivos será alcançada, efetivando-se, reflexamente, o próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. CAMARA DOS DEPUTADOS**. Cota Parlamentar**. Assessoria de imprensa. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/cota-parlamentar>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. CAMARA DOS DEPUTADOS. **Mesa Diretora cortar despesas orçamentárias e reajusta verbas parlamentares**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/presidencia/noticias/mesa-diretora-corta-despesas-orcamentarias-e-reajusta-verbas-parlamentares>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. Ato Normativo nº 43, de 21 de maio de 2009. **Ato da Mesa**: Institui a Cota para o Exercício da Atividade Parlamentar. Brasília.

_____. Decreto nº 210, de 01 de março de 2013. **Decreto Legislativo**: Disciplina o pagamento da ajuda de custo dos membros do Congresso Nacional. Brasília.

_____. Câmara dos Deputados. Decreto legislativo nº 276 DE 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2014/decretolegislativo-276-18-dezembro-2014-779806-publicacaooriginal-145682-pl.html>. Acesso em: 19 de julho de 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 19.** Diário Oficial da União. 05 jun. 1998, p. 1-3.

_____. **Lei 8.429**, de 02.06.1992. Dispõe sobre as Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos nos Casos de Enriquecimento Ilícito no Exercício de Mandato, Cargo, Emprego ou Função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. **Lei 9.784**, de 29.01.1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Alamedina, 2000.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3ª edição revista ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2016.

CONGRESSO EM FOCO. **Deputados Custam R$ 1 Bilhão Por Ano Ao Contribuinte**. 2016. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lista-todos-os-salarios-e-beneficios-de-um-deputado/>. Acesso em: 26 jun. 2016

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

FOLHA DE S. PAULO. **Corte atinge educação e saúde, mas poupa emendas de parlamentares**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1755846-governo-poupa-emendas-individuais-de-corte-de-gastos.shtml>. Acesso em: 29 jun. 2016.

GLOBO.COM. Fantástico. **Estudo mostra que gasto do governo em saúde é de R$ 3,89, por habitante**. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/02/estudo-mostra-que-gasto-do-governo-em-saude-e-de-r-389-por-habitante.html>. Acesso em: 26 jun. 2016

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28 ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de improbidade administrativa**: comentários e anotações jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 25. ed. São Paulo: São Paulo, 2001.

SARTORI, Fernando Augusto. Controle da administração pública e a discricionariedade na execução orçamentária. Dissertação apresentada na Universidade Estadual do Paraná – UNESPAR. Jacarezinho, Paraná, 2003.

TOURINHO, Rita. Discricionariedade administrativa: Ação de improbidade e controle principiológico. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

CAPÍTULO XI

O ARTIGO 93 DA LEI Nº 8.213/91 E A QUESTÃO RELATIVA À CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Jaime Domingues Brito[iii]
Rogério Cangussu Dantas Cachichi[iii]
Tiago Domingues Brito[iii]

RESUMO: O presente artigo envolve a análise da Lei nº 8.213/91, que atribuiu a obrigação de as empresas contratarem pessoas com deficiência de acordo com o número de seus funcionários. Mesmo reconhecendo que o cumprimento da obrigação irá valorizar o princípio da dignidade da pessoa humano, o artigo problematiza a questão em torno das eventuais dificuldades que poderão surgir para se aplicar a referida lei, ao mesmo tempo em que aponta remédios, os quais, se não solucionarem o impasse, ao menos serão capazes de amenizar o conflito que venha a surgir.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa. Personalidade. Pessoas com deficiência. Lei 8.213/91.

INTRODUÇÃO

Pelo decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, o Brasil aprovou a Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência. Como é sabido, por intermédio dela, os Estados Partes acordaram e se obrigaram a reconhecer o direito de igualdade com as demais pessoas em favor das referidas pessoas com deficiência.

Dentre as obrigações contidas na convenção internacional destaca-se aquela de empregar pessoas com deficiência no setor público, bem como a de promover o emprego, das mesmas pessoas, no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas. A promoção de emprego no setor privado no Brasil tem sido realizada mediante a aplicação da Lei nº 8.213/91, que determina que as empresas privadas com mais de cem empregados devem manter pessoas com deficiência em seus quadros.

Não dúvida de que a *mens legis* da referida lei se reveste de propósitos altamente benéficos em favor das pessoas com deficiência. Entretanto, sua efetiva aplicação poderá

trazer questionamentos e dúvidas que merecerão atenção especial no presente trabalho. Contudo, antes de realizar a análise da promoção do emprego, no setor privado, em favor das pessoas com deficiência, necessário se mostra que alguns aspectos conceituais sejam devidamente aplainados.

1. CONCEITO DE PESSOA: PESSOA E PERSONALIDADE

De Cupis[iii], ao analisar o conceito de personalidade, com esteio nas lições de Ferrara[iii], escreve que "A personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto." E prossegue De Cupis[iii]:

> Óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferente destes; mas para ser 'susceptibilidade' é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se esta revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de 'pessoa'.
> No que diz respeito particularmente aos direitos, tem-se recorrido à imagem da ossatura, que aliás se pode aplicar igualmente às obrigações: personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura.

E, para se tratar especificamente das pessoas com deficiência aconselhável se mostra que se investigue, em primeiro lugar, o que se entende por pessoa e Maria Helena Diniz[iii], diz que o vocábulo "pessoa" é oriundo do latim *persona,* que, adaptado à linguagem teatral, designava máscara. Personaadvinha do verbo personare, que significava ecoar, fazer ressoar, de forma que a máscara era uma *persona* que fazia ressoar, mais intensamente, a voz da pessoa por ela ocultada. Mais tarde *persona* passou a ser entendido como o papel do ator e, por fim, passou a indicar o próprio homem que representava o papel.

Pessoa, em verdade, pode ser tomada em três acepções: a vulgar, que significa o ente humano; a filosófica, quando se analisa o ente que realiza o seu fim moral e emprega sua atividade e modo consciente e, por derradeiro, no sentido jurídico, quando se considera o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nessa última hipótese, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica.

O Código Civil de 1916, já em seu artigo 1º, relevando a importância da pessoa humana, estabelecia que seu objeto era exatamente o de regular os direitos e obrigações

de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações. Já em seu artigo 2º trazia o Código anterior a disposição de que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. O artigo 1º do Código Civil de 2002 repetiu os mesmos termos do de 1916. Clovis Bevilaqua[iii], com precisão, ao analisar o referido art. 2º do Código Civil de 1916, observa que

> Ocupa-se este primeiro livro da parte geral com as pessoas. Pessoa é o ser, a que se atribuem direitos e obrigações. Equivale, assim, a sujeito de direitos.

Evidentemente que o estudo das pessoas e do conceito de personalidade se mostra fascinante. Como, entretanto, não há espaço para se avançar tão só nessa parte da investigação, ora fechando este tópico, pode-se dizer, com Maria Helena Diniz[iii] que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.[iii] Além disso, como ensina Caio Mário da Silva Pereira[iii], a personalidade não se constitui em um direito, de modo que seria incorreto afirmar-se que a pessoa tem direito à personalidade. Antes, dela, da personalidade, é que se irradiam direitos. E, do conceito de personalidade é que se extrai o de capacidade. Esta última é a medida da personalidade. De qualquer forma, é a personalidade o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Até aqui analisou-se os conceitos de pessoa, personalidade e capacidade. Pois bem, como se disse, da personalidade é que se irradiam direitos. Nesse sentido, a Constituição enuncia os princípios fundamentais nos quais a República se fundamenta, assegurando e consagrando, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana, como uma verdadeira cláusula geral da tutela da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido em favor de toda pessoa, independentemente de raça, credo, origem religiosa ou estado de saúde, elevou-se em decorrência das atrocidades praticadas contra milhões de seres humanos pelo Estado totalitário, principalmente durante o regime nazista. De fato, isso restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Buscadas as bases de formação do princípio, constata-se que estão elas fincadas na filosofia estoica, no pensamento judaico-cristão e, também, nos ensinamentos de Kant. Sérgio Alves Gomes[iii] muito bem destaca referidos elementos ao assim escrever:

> Fábio Konder Comparato ressalta a importância do pensamento estoico em torno do princípio da dignidade humana: 'Muito embora não se trate de um pensamento sistemático, o estoicismo organizou-se em torno de algumas ideias centrais, como a unidade moral do ser humano e da dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.

Já Ingo Wolfgant Sarlet[iii], a propósito da influência da religião como suporte do princípio da dignidade da pessoa, escreve:

> Muito embora não nos pareça correto, inclusive por faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar –no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos– para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo como no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência (...) de que o ser humano –e não apenas os cristãos– é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Por derradeiro, como dito, Kant[iii], de igual maneira, prestou enorme contributo ao estabelecer a distinção entre coisas e pessoas, bem como entre preço e dignidade. Destaque-se, outrossim, que a ideia de dignidade variou muito ao longo da história e das sociedades: ora dava-se mais valor ao status social, ora aos atributos físicos, noutras oportunidades à capacidade econômica. Neste sentido leciona Ingo Wolfgang Sarlet[iii]:

> No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dinas ou menos dignas.

A respeito das pessoas com deficiência, por sua vez, relata Miguel Belinati Piccirillo[iii]:

> Na Grécia antiga as crianças nascidas com alguma deficiência eram atiradas de um morro para que não atrapalhassem aos demais, ou seja, a pessoa deveria ser respeitada apenas enquanto conseguisse produzir.

Assim, a dignidade constituiu por muito tempo uma espécie de resumo moral, rotulação axiológica, do indivíduo posto, do grupo, povo ou sociedade situada. Essa situação histórica do indivíduo objeto de valoração é que passou a ser relativizada a partir

do momento em que se trouxe como elemento preponderante na escala de valores uma condição ou prerrogativa inerente aos indivíduos em geral: a condição humana.

O princípio dessa 'generalização' da dignidade nas atuais sociedades ocidentais se operou principalmente com o cristianismo que, tomando todo homem como imagem e semelhança de Deus, fazia a todos dignos[iii], ideia essa que migrou para a filosofia jurídica através do jus naturalismo humanista e, depois, das filosofias políticas liberais, que partiam de concepções tais como 'o bom selvagem' de Rousseau e do 'homem lobo do homem' de Hobbes, tudo para dizer que o homens eram livres e iguais – ainda que uns fossem mais iguais do que os outros! Então, como dito alhures, foi exatamente a partir principalmente dos horrores vivenciados durante o Segundo Grande Conflito Mundial, que se teve a reconstrução dos direitos humanos. A propósito Sergio Alves Gomes[iii] escreve:

> A reconstrução dos direitos humanos tomou por fundamento o personagem mais vilipendiado no contexto do totalitarismo: a pessoa humana. Doravante, seria em nome de sua reconhecida dignidade que o Direito e os direitos passariam a ganhar sentido. E assim nasce a consciência da necessidade de uma nova Hermenêutica Jurídica, capaz de restabelecer as conexões entre o ser humano, o Direito e o Estado.

E conclui o autor acima:

> Destarte, não foi por acaso que, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Direito Internacional passou a contar com uma segunda face: a do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Seu instrumental teórico e institucional colocou-se a serviço da salvaguarda da dignidade inerente à pessoa humana. (...) A partir de então, todo indivíduo passa a ser considerado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos como pessoa. E toda pessoa é tida como sujeito de direito internacional dos direitos humanos, dotado de personalidade e capacidade jurídicas internacionais.

Portanto, para se chegar ao princípio da dignidade da pessoa humana reconhecida contemporaneamente houve um largo processo de evolução – principalmente social, visto que, apesar das teorias humanistas serem antigas, ainda hoje há homens que escravizam homens. Entretanto, não há dúvida de que houve uma grande evolução a partir do momento em que a pessoa humana deixou de ser somente objeto e sujeito de valoração para se converter em um valor propriamente dito: o 'valor humano'.

3. PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 BREVÍSSIMO HISTÓRICO A RESPEITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

É sabido que as pessoas com deficiência são discriminadas desde a mais remota Antiguidade. Realmente, Renata Malta Vilas-Bôas[iii] aponta que já Aristóteles salientava que as crianças que porventura venham a nascer mutiladas, faltando algum membro, deveriam ser proibidas de criar, devendo haver lei que determinasse a sua exposição pública. Prossegue, ademais, Renata Malta Vilas-Bôas[iii], no retrospecto histórico:

> Segundo a Lei das XII Tábuas, que possivelmente foi uma 'redução a escrito de costumes, sob e forma de fórmulas lapidares'. Apesar de sua existência ter sido contestada por alguns doutrinadores, já que o texto original se perdeu, podemos reconstruí-lo através de citações e comentários. Dessa forma, foi possível localizar na Tabula IV, item 1, a referência ao deficiente, onde determinava que aquela criança monstruosa deveria ser morta. (...)

Já Gisela Maria Bester Benitez[iii], Professora das Faculdades Integradas de Curitiba, em excelente trabalho publicado em conjunto com seus orientados, faz o seguinte retrospecto a respeito das pessoas deficientes:

> (...) Na Roma Antiga, a valorização da beleza física fez com que os portadores de deficiência física sofressem discriminação. (...) Em Esparta os deficientes eram jogados de um penhasco. Porém na Grécia Antiga a Constituição de Atenas – compilada por Aristóteles– disciplinava ser mais fácil ensinar um aleijado a desempenhar uma tarefa útil do que sustentá-lo como indigente, (...). O mesmo ocorria na Roma Imperial, que protegia e sustentava seus deficientes, possivelmente pela influência ateniense. Esses povos discutiam se lhes deveriam dar assistência ou a reabilitação profissional, observando-se assim, pela primeira vez, uma preocupação com a integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais. (...) A Inglaterra (...) editou a Lei dos Pobres, diante da necessidade de o Estado proteger os deficientes, (...) com o enfraquecimento do Regime Feudal e o rompimento do rei Henrique VIII com o Vaticano, (...) A partir do Renascimento as questões sociais passam a ser analisadas sob uma ótica mais humanitária, especialmente em relação aos deficientes físicos. (...) No período (...) moderno várias foram as tentativas de superação das deficiências das pessoas, com as invenções de cadeiras de rodas, de muletas, de bengalas, de calçados especiais, de linguagem de Braile etc. (...) o número de mutilados da Revolução Industrial deu empuxo à criação da Seguridade Social (...). A partir da Segunda Guerra Mundial, (...) os deficientes passaram a ser mais respeitados, (...).

Eis aí, portanto, um breve relato histórico em torno de como as pessoas com deficiência têm sido tratadas, não restando dúvida, contudo, que, na atualidade, a maior parte dos ordenamentos jurídicos as reconhece como sujeitos de direitos.

3.2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E LEGISLAÇÃOPERTINENTE

Após analisar as acepções da palavra deficiente e utilizar-se de vários dicionários que trazem o significado do vocábulo, Luiz Alberto David Araújo[iii] escreve o seguinte:

> O que define a pessoa portadora da deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador da deficiência.

E cita, em seguida, como exemplo para dar respaldo à definição, a seguinte situação:

> Imaginemos um operário que tenha um dedo amputado. Conforme o ofício por ele desenvolvido, encontrará sérias dificuldades para conseguir outro emprego na mesma atividade, até então desenvolvida. Na mesma hipótese, um trabalhador intelectual poderá sofrer muito menos diante da mesma perda. Ambos têm deficiência, ou seja, uma perda ou uma falha. No entanto, os resultados práticos são completamente distintos. (...) No primeiro caso, constata-se uma inferioridade (além de uma deficiência); no segundo, apenas deficiência.

Mais recentemente, Luiz Alberto David Araújo e Eliana Franco Neme[iii] escreveram:

> A Convenção, portanto, traz uma nova definição de pessoa com deficiência. O artigo primeiro, segundo parágrafo, na fixação dos propósitos, assim disciplina: 'Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Portanto, a Convenção trouxe novo conceito de pessoa com deficiência. Assim, ora passando à resenha legislativa, verifica-se que o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em 30 de março de 2007 em Nova Iorque. Este processo de incorporação ao ordenamento jurídico nacional ocorreu sob o rito previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45 de 2004), pelo que dotou a norma da força de emenda constitucional, inserindo-a, inclusive, no âmbito de proteção do § 4º do artigo 60 da Constituição[iii].É de se atentar que a definição de pessoa

com deficiência não era trazida pela legislação pátria, consubstanciada na Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989, que:

> Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências

Para sua aplicação, então, foi editado – dez anos depois! – o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que definia pessoa portadora de deficiência em seu artigo 4º. Referido dispositivo, como se sabe, sofreu a alteração pelo art. 70 do Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Cumpre destacar que o Decreto 5.296, também regulamentou as leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu ingresso no ordenamento jurídico interno, passou a existir "norma clara e inequívoca definindo quem é pessoa com deficiência"[iii], qual seja, o artigo primeiro da Convenção:

> O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Em seguida, no momento que referido artigo define pessoas com deficiência, nota-se de plano que se trata de um conceito abrangente, fluído, livre dos balizamentos técnicos estabelecidos pelos decretos que regulamentavam a matéria. De fato, o destaque que DAVID ARAÚJO e NEME fazem quanto a isso é que *"*a aplicação desse conceito, que está ligado ao relacionamento da pessoa com deficiência, não fixa causas".

Essa falta de limitação técnica pela Convenção, obviamente liberta o jurista, mas não impede e nem o afasta de utilizar também de critérios técnicos-científicos para comprovar a deficiência – e os mencionados diplomas legais dão um bom subsídio a isso. Todavia, apesar de facilitar a concreção normativa da noção de pessoa com deficiência, havendo conflito de regras entre a Convenção e outro diploma legal, aquele deverá prevalecer com seu conceito mais dúctil.

3.3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu, no § 2º de seu art. 5º, que

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Flávia Piovesan[iii], a respeito do dispositivo, assim se manifesta:

> Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

Referida interpretação sem dúvida alguma se harmonizava com a melhor doutrina da ótima concretização da norma, de Konrad Hesse[iii], que leciona:

> Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Esse posicionamento, contudo, não prevalecia. Realmente, o Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento de que os tratados internacionais dos quais o Brasil fosse parte eram considerados leis federais. O precedente no qual restou erigido esse entendimento perante o Supremo Tribunal Federal decorreu do julgamento do RE nº 80.004 e Flávia Piovesan[iii], ao analisar referida decisão, escreve:

> Neste sentindo, pronuncia-se o Ministro Francisco Rezek: 'De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e leis posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter prevalência garantida pela Justiça –sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

Ora, o recurso extraordinário nº 80.004 era de 1977 e anterior, portanto, à promulgação da Carta de 1988. Era de se esperar, portanto, que, em face do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, novo entendimento surgiria em relação a causas que

envolvessem tratados relativos a direitos humanos a ser apreciado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Este, contudo, permaneceu com a mesma orientação de 1977 e, em 1995, ao enfrentar a questão relativa ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica posta em discussão no HC 72.131, manteve a prisão civil por dívida, sendo necessário ressaltar, por oportuno, que a votação foi não unânime, tendo ficado vencidos os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou, ao art. 5º, o § 3º, que assim dispôs:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição".

Assim, seriam considerados como lei federal os tratados já ratificados anteriormente ao advento do referido parágrafo § 3º do art. da EC 45/2004? Haveria, ademais, a necessidade de submetê-los ao crivo de aprovação das duas Casas do Congresso Nacional para que fossem considerados parte integrantes do bloco constitucional? Flávia Piovesan[iii] entende que não e escreve o seguinte:

> Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.
> (...)
> Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.
> *(...)*
> Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação. A título de exemplo (...) o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último (...) fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal.

O impacto da inovação introduzida pelo § 3º do art. 5º e necessidade de evolução e atualização jurisprudencial se fizeram sentir perante o Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o recursos extraordinário nº 466.343, em 22 de novembro de 2006, se conduziu

por promover renovação em sua jurisprudência. Eis, outrossim, como isso se deu segundo as palavras do Ministro Gilmar Mendes e de André Rufino do Vale[iii]:

> O Supremo Tribunal Federal, levando em consideração essa tendência hodierna de inserção do Estado constitucional brasileiro em contextos supranacionais, promoveu um vigorosa renovação de sua jurisprudência e passou a adotar a tese da supra legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no histórico julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703 (relator para o acórdão ministro Gilmar Mendes) e 466.343 (relator ministro Cezar Peluzo).

Portanto, pelo o até demonstrado, é de se dizer que, com o advento do § 3º do art. 5º da CF, segundo Flávia Piovesan[iii],

> (..) surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal.

Eis aí destacado, dessa forma, o impacto da inovação que o § 3º do art. 5º da Constituição Federal trouxe para o sistema constitucional brasileiro.

3.4 BREVE ANÁLISE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Pretende-se, agora, em largas linhas, analisar o conteúdo da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Na verdade, verifica-se que a convenção, no momento em que é aberta, ela sufraga e reconhece a dignidade e os valores inerentes e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Reconhece, ademais, que a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades. Ora, isso nos leva a buscar subsídios a respeito do que se entende por igualdade, sendo, então, oportuno, destacar a opinião sempre precisa de Celso Antônio Bandeira de Mello[iii], que escreve:

> Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genérico os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimentosas para os atingidos.

Há, também, no preâmbulo, o reconhecimento de que: a) as pessoas com deficiência possuem potencial e podem prestar valiosos contributos às suas comunidades, vindo, assim, a ter pertencimento à sociedade (alínea "m"); b) existe importância em se reconhecer, em favor as pessoas com deficiência, a sua autonomia e independência individual, inclusive para fazer suas próprias escolhas (alínea "n'); c) mulheres e meninas com deficiência ficam frequentemente expostas a maiores riscos de sofrer violência, tanto no lar, como fora dele, por questões de negligência, descaso ou explorações (alínea "q"); d) as crianças com deficiência devem gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades (alínea "r"); e) a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, há que lidar com o impacto negativo da pobreza sobres essas pessoas (alínea "t"); f) a alínea "w" conclama a que se preste solidariedade às pessoas com deficiência; g) há, também, o reconhecimento de que a convenção internacional e geral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativo contributo para corrigir as profundas desvantagens sócias das pessoas com deficiência e para promover a sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades.

Já o artigo primeiro, como destacado em linhas anteriores, ao arrolar os propósitos da Convenção, acaba por conceituar o que se entende por pessoas com deficiência e no artigo 3º são trazidos os princípios gerais, que envolvem: a) o respeito pela dignidade, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer suas próprias escolhas com independência; b) a não-discriminação; c) a plena participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte de diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade entre homem e mulher; f) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O artigo 4º trata de obrigações gerais, havendo, nos artigos seguintes, disposições a respeito da igualdade de não-discriminação, tratamento específicos a respeito das mulheres com deficiência, a crianças com deficiência, estabelecimento de compromissos em relação à conscientização, acessibilidade, direito à vida, à situações de risco e

emergências humanitárias, ao reconhecimento igual perante à lei, o acesso à Justiça, à liberdade e segurança da pessoa, prevenções contra tortura ou tratamentos, penas cruéis, desumanas ou degradantes, bem como contra exploração, violência e abusos que venham a ser praticados contra as pessoas com deficiência.

Destaque merece o tratamento que a Convenção empresta ao trabalho e ao emprego. Com efeito, a Convenção, no art. 27, após indicar que os Estados Partes reconhecem o direito de igualdade de oportunidades com as demais pessoas em favor das pessoas com deficiência, abrangendo, nesse direito, a oportunidade de se manter o trabalho da livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível à pessoa com deficiência, a Convenção estipula e destaca dois aspectos em suas alíneas "g" e "h":

> g) Empregar pessoa com deficiência no setor público;
> h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas;

Relativamente à promoção de emprego de pessoas com deficiência no setor privado, este trabalho dedica um tópico específico, no qual aponta algumas situações que haverá de ser resolvidas para que a implantação ocorra de forma regular. Já no que tange a empregar pessoa no setor público, que envolve a aplicação do conteúdo do inc. VIII do art. 37 da Constituição brasileira, mostra-se importante que se reflita em torno do aspecto de que referida contratação está atrelada à situação do concurso público (cf. inc. II do art. 37, da CF), o que provoca, evidentemente, barreiras para a efetividade do cumprimento dos compromissos.Luiz Alberto David Araújo[iii] assim enfrenta a questão relativa ao concurso público que envolva pessoas com deficiência:

> Trata-se, na realidade, de típica reserva de mercado às pessoas portadoras de deficiência. Evidentemente não se está tratando do princípio da igualdade, constante da regra da cabeça do artigo 5º. Nessa hipótese, a pessoa portadora de deficiência estaria, desde que habilitada, apta para disputar o cargo público. O inciso VIII do artigo 37 da Lei Maior, no entanto, determina que parte dos empregos e dos cargos públicos seja destina às pessoas portadoras de deficiência.
> O Supremo Tribunal Federal reconheceu a exigência de aprovação no concurso público onde a pessoa portadora de deficiência pretenda ocupar vaga reservada (cf. MI 153-7 (AgRg – DF – TPj. 14.3.90, rel. Min. Paulo Brossard, DJU 30.3.90. In RT 655/205). Assim, como Supremo Tribunal Federal, acertadamente, determinou que houvesse aprovação (habilitação) em concurso público pra o candidato pretender a vaga, pode-se extrair que todo o concurso público deverá ter a nota mínima de aprovação determinada no Edital.

É de se refletir em torno dessa orientação do Supremo Tribunal, porque, com o número reduzido de concursos que se realiza, o preenchimento das vagas destinadas para pessoas com deficiência, por óbvio, fica extremamente prejudicado e provoca, à toda evidência, desequilíbrio entre a quantidade de vagas que o setor privado deve absorver em relação ao setor público. Em outras palavras, enquanto este último somente franqueia, por assim dizer, vagas por concurso público, o setor privado terá de dar empregos de acordo com os percentuais estabelecidos em lei, consoante adiante se analisa em tópico próprio.

3. EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DA OBRIGAÇÃO DAS EMPRESAS PRIVADAS EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As empresas com mais de cem empregados estão obrigadas a manter, em seus quadros, pessoas deficientes, tudo de acordo com o que dispõe o art. 93, da Lei nº 8.213/91, verbis:

> Art. 93. A empresa com 100 (cem ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (...) a 5% (...) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
> I – até 200 empregados 2%
> II – de 201 a 500 3%
> III – de 501 a 1.000 4%
> IV – de 1.001 em diante 5%

A exigência para que o dispositivo legal seja cumprido se dá, no dia-a-dia, da seguinte maneira:

a) fiscalização que é realizada pelo Ministério do Trabalho, que atua, por intermédio de seus inspetores, que podem, diante da constatação do não cumprimento das cotas, firmar, com a empresa, um termo de compromisso, a ela concedendo o prazo de 120 dias para regularizar a situação;

b) não cumprido o termo, segue-se a autuação, com encaminhamento do respectivo auto para o Ministério Público do Trabalho que ajuíza, em face da empresa, a ação civil pública.

Segundo dados que podem ser verificados no trabalho de Gisela Maria Bester Benitez Gisela Maria Bester Benitez[iii], os resultados, das ações civis públicas que têm

sido manejadas no Paraná, têm sido altamente positivos. Apesar disso, muita resistência ainda tem havido, e Renata Malta Vilas-Bôas[iii] chama a atenção para o fato de que, para não dar cumprimento às ações afirmativas proposta, algumas empresas se utilizam dos seguintes argumentos:

a) alegam que, para contratar um determinado número de deficientes, terão de dispensar o mesmo número de empregados saudáveis, por razões econômicas e financeiras;

b) sustentam, ainda, que inexiste transporte coletivo e acesso adequados para os deficientes;

c) se apegam ainda ao fato de que, ao invés de contratar, poderiam pagar a respectiva multa estabelecida em lei.

São argumentos que não devem, em princípio, ser levados em consideração, exatamente como obtempera o Ministro Marco Aurélio[iii] em palestra em que clama pela efetividade dos direitos fundamentais e enaltece a ação afirmativa:

> É preciso buscar a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se um fracasso. (...) O Judiciário pode contribuir, e muito, nesse campo, como fez a Suprema Corte dos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Até então só o legislador atuava. Aquela Corte percebeu que precisava, realmente, sinalizar à população, de modo que prevalecessem, na vida gregária, os valores básicos da Constituição americana. (...) é de responsabilidade do juiz ter sempre presente o mandamento constitucional de regência da matéria. Portanto, só teremos a supremacia da Carta quando implementarmos a igualdade jurídica, em que o conteúdo democrático desse princípio é evidenciado pela ação afirmativa. A correção das desigualdades é possível. Por isso, façamos o que está ao nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, a acomodação, o misoneísmo. (...)

Apesar disso, é preciso levar em conta que, em determinadas circunstâncias, o cumprimento da lei nº 8.213, segundo os percentuais que dela consta, não se mostra possível. Realmente, podem surgir problemas em relação à aplicação e interpretação dos percentuais constantes da referida lei. Se, por exemplo, em uma determinada empresa vários dos cargos apresentarem risco para à própria pessoa com deficiência, a aplicação da lei ou dos percentuais que dela constam deverá considerar e respeitar as características dos cargos a serem ocupados.

Resta evidente que, se todos os cargos ou funções que a empresa tem à disposição estiverem em condições para que as pessoas com deficiência venham a ocupá-las, a empresa terá de fazer a reserva do percentual previsto em lei. É a regra que prestigia a inclusão. No entanto, é possível fazer uma reflexão atinente à empregos que representem

risco ou periculosidade ou insalubridade para as pessoas com deficiência. Em tal hipótese, se os cargos ou funções apresentarem riscos para a pessoa com deficiência, em princípio, a empresa não terá como cumprir o percentual. Imagine-se, por exemplo, uma empresa cujo ramo de atividade seja de elevado risco, não havendo, inclusive, como minimizar referido risco. O que fazer?

Nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho em face das empresas, essa situação não tem sido levada em conta. Apura-se o número de vagas e exige-se que a empresa contrate as pessoas com deficiência segundo os percentuais constantes da lei. Entretanto, isso não se mostra razoável. De fato, se houvesse como a empresa se adaptar e oferecer as vagas, a questão estaria resolvida. Mas, diante da impossibilidade de adaptação, os termos da lei deverão ser revistos.

Outro aspecto que pode surgir, em relação à referida lei, é aquele que envolve a falta de pessoas com deficiência para ocupar as vagas previstas no comando legislativo. Nesse caso, a empresa poderia ser considerada inadimplente? Pensa-se que não. Se toma ela todas as cautelas, envida todos os esforços para selecionar e encontrar pessoas com deficiência para ocupar as vagas e não as encontra, não há como considerá-la inadimplente em face da lei. Por último, outra questão que surgirá –e que se liga com a anterior- refere-se à situação de que a maioria das pessoas com deficiência pode estar em gozo do auxílio doença e, via de consequência, pode não ter interesse em buscar a vaga. Assim, nova dificuldade certamente surgirá para o cumprimento da lei.

São esses, em linhas gerais, alguns dos problemas que poderão surgir na aplicação e interpretação da referida lei e que exigirão que se leve em conta a relatividade das coisas e exatamente aquilo que ocorre no dia-a-dia, sob pena de não se prestigiar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que orientam, como se sabe, o princípio da igualdade.

CONCLUSÃO

Assim, cabe concluir:

a) O conceito de personalidade, de pessoa e de capacidade são de grande valia para a efetividade dos direitos da pessoa com deficiência.

b) É exatamente da personalidade que se irradiam direitos. É a personalidade o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

c) A personalidade não é um direito. Mas é um objeto de direito. É um bem, no sentido jurídico. É o primeiro bem da pessoa, porque é o seu modo de ser.

d) A partir dos horrores da Segunda Guerra Mundial houve efetiva preocupação com a dignidade da pessoa humana, tendo isso ficado claro com o que restou definido já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

e) Com a inserção, na Constituição Federal, do § 3º ao artigo 5º, as Convenções Internacionais passaram a ter verdadeiro *status* de emendas constitucionais;

f) O advento da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência trouxe parâmetros que podem levar à efetividade dos direitos das referidas pessoas;

g) À toda evidência, em face de situação em que a Administração não cumpra ou cumpra de modo incompleto as políticas públicas, o Poder Judiciário terá de tomar posicionamento efetivo para que essas políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiência sejam cumpridas;

h) Em face de situações de conflito coloca-se, à disposição das pessoas com deficiência, remédios processuais que podem atender às suas pretensões; isso se dá pelas tutelas coletivas ou pelas tutelas individuais; ao se dar atendimento às primeiras podem surgir dúvidas na aplicação da Lei nº 8.213/91 em relação à promoção de emprego do setor privado;

i) Há, assim, sem dúvida alguma, um longo caminho a se percorrer para se atingir os propósitos fixados na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. Brasília: CORDE, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NEME, Eliana Franco. **Proteção das pessoas com deficiência**. In: Manual de interesses difusos. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

BENITEZ, Gisela Maria Bester et. alli.. **Princípio da dignidade da pessoa humana e ações afirmativas em prol da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho** In: REVISTA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol. 6, 2004.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1949.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.**Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano.** Roma: Athenaeum, 1921.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. **A influência do pensamento de Peter Häberle no STF.** In: Prof. Jeferson Botelho – Direito e Justiça. Disponível em: http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/18/a-influencia-do-pensamento-de-peter-haberle-no-stf/.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.**3 ed. atual. 10 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **A Igualdade e as ações afirmativas**. In:Revista da Escola Nacional da Magistratura, vol. 1, n. 1. Brasília: 82-91, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 39ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.**21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PICCIRILLO, Miguel Belinati. **A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado democrático de direito brasileiro**. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de constituiçãobrasileira. Birigui: Boreal, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3 ed. ver. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VILAS BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade.**Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CAPÍTULO XII

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DE CIDADANIA

PARTICIPATORY DEMOCRACY AND EFFECTIVE CITIZENSHIP RIGHTS

GUILHERME ALVES DOS SANTOS[**]

RESUMO: Objetivou-se com este trabalho avaliar a influência da democracia participativa no exercício da cidadania. Os instrumentos dedicados ao povo para intervir nas questões do Estado são reduzidos, contudo podem ser considerados eficientes se devidamente utilizados por seus titulares. Os direitos de participação surgem em um novo contexto histórico social no qual se evidencia a relação direta com as bases da democracia participativa. Nesse contexto, pode-se afirmar que a integração da sociedade desenvolve-se com mais intensidade quando ocorre o reconhecimento de uma nova consciência juntamente com a respectiva correlação da legislação. Não obstante as dificuldades encontradas, afirma-se que a cidadania possui maior facilidade em se concretizar quando a sociedade possui dimensão da sua função e a exerce efetivamente.

PALAVRAS-CHAVE: democracia participativa e cidadania.

ABSTRACT-The objective of this study was to evaluate the influence of participatory democracy in citizenship. The instruments dedicated to the people to intervene in affairs of state are reduced, however can be considered effective if properly used by their holders. The participation rights arise in a new social historical context in which it highlights the direct relationship with the foundations of participatory democracy. In this context, it can be stated that the integration of society develops with more intensity when occurs the recognition of a new consciousness along with their correlated legislation. Despite the difficulties encountered, it is argued that citizenship haseasier to materialize when society has the dimension of their role rights and exercises them effectively.

KEYWORDS: participatory democracy and citizenship.

INTRODUÇÃO

O papel da sociedade civil nas questões coletivas do Estado se altera conforme são atribuídos direitos de participação. Assim, por séculos a participação popular evolui ao patamar encontrado no ordenamento jurídico atual. Nesse contexto objetiva-se com esse trabalho demonstrar as relações entre a democracia participativa e o exercício da cidadania.

O papel político da sociedade civil é justamente o de fomentar a democracia participativa, expandindo a intervenção popular, contudo para a maioria dos cidadãos, a participação política na democracia se dá de forma restrita como pelo voto, e outras formas como o plebiscito e referendo. Essa compreensão de participação, no entanto, vem sendo alterada a fim de englobar novas formas de participação popular como a gestão de políticas públicas e o orçamento participativo.

Nesse sentido, abordar-se-á primeiramente a questão do papel político da sociedade civil com a consagração de direitos de participação. Essas formas de integração serão a seguir debatidas no sentido de esclarecer quais são e como a legislação se posiciona diante dos tipos de democracia encontrados. Posteriormente analisar-se-á a cidadania em seus diversos aspectos trazendo à baila a discussão sobre seu efetivo exercício e se essa questão pode relacionar-se diretamente com o conceito e significado de democracia participativa. Por fim, proceder-se-á a uma avaliação crítica da democracia representativa, da afirmação da necessidade imperiosa da participação popular como inerente à democracia, e seu corolário e condição que é o pleno exercício da cidadania.

1. POLÍTICO DA SOCIEDADE CIVIL O PAPEL

Ao longo dos tempos o papel político da Sociedade Civil vem sofrendo transformações, de modo a acompanhar a evolução da civilização e adequar-se às novas exigências do mundo moderno. A história mundial é marcada por revoluções de cunho político, que, a seu tempo, redimensionaram as relações sociais, modificando paradigmas. A primeira que merece destaque é a revolução inglesa (1688), que representou a crise do absolutismo na Inglaterra. O rei Jaime II foi deposto, sendo que Maria II, sua filha e seu genro Guilherme de Orange, príncipe holandês, doravante chamado Guilherme III, passaram a reinar.[iii] O poder monárquico, severamente limitado, cedeu à maior parte de suas prerrogativas ao Parlamento e instaurou-se o regime parlamentarista, pioneiro em

exigir da Sociedade Civil um papel político, ao cobrar a participação mais ativa do povo na escolha dos seus representantes.

Ainda que tal participação se desse de maneira bastante reduzida, uma vez que se tratou de uma revolução burguesa, orientada pelo pensamento liberal, nos termos da proposta de Locke[iii] 179-181) a mudança paradigmática no papel político que passou a exercer a Sociedade Civil foi fundamental para se chegar à ideia de democracia que sustentamos atualmente. Assim, a Revolução Inglesa proporcionou a formação de regras consuetudinárias de proteção dos direitos humanos fundamentais, tendo o Parlamento reconhecido diversos direitos e liberdades como bem observa José Afonso da Silva:

> O documento mais importante da época foi a Declaração de Direitos, pela qual se firmou a supremacia do Parlamento, surgindo para a Inglaterra a monarquia constitucional, submetida à soberania popular, que teve em Locke seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América. [iii]

A segunda revolução a se destacar nesse contexto foi a Francesa (1789), que propunha um Estado laico e representativo do povo, além do fim do regime absolutista que impunha elevada carga tributária que dificultava o desenvolvimento do comércio, promovendo com força total a bandeira da democracia.

Foi a Revolução Francesa que proporcionou autonomia ao povo e determinou que os direitos sociais passassem a ser respeitados, dando destaque à democracia, que encontrou lugar ao lado das tradicionais formas de governo[iii]. Com base nessa revolução é que se desenvolveram diversas das Constituições existentes que se baseiam em princípios democráticos[iii]. Nesse sentido, esclarece José Afonso da Silva:

> Os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVII, e sua filosofia humanitária tinha por objetivo a liberação do homem esmagado pelas regras ultrapassadas do absolutismo e do regime feudal.[iii]

Há que se observar que tanto a Revolução Gloriosa (1688) quanto a Revolução Francesa (1789) foram revoluções liberais, conduzidas pela burguesia, embora com a participação popular. Entretanto, os maiores beneficiados foram os burgueses, tendo em vista que se cuidou de imediato de garantir através da Constituição o direito de propriedade, pedra de toque do pensamento de John Locke, e instituir no caso da França o voto censitário, alijando a população pobre da efetiva participação política no período pós-revolucionário. Como pontua Modesto Florenzano[iii]

> Com as revoluções inglesa e francesa criaram-se todos os instrumentos institucionais (político-jurídicos) e intelectuais (ideológicos) que permitiram e garantiram à burguesia a partir do século XIX o exercício da dominação social e da hegemonia política no mundo contemporâneo (e isto de forma incontrastável pelo menos até a revolução russa de 1917).

Não obstante, as revoluções inglesa e francesa trouxeram transformações significativas na estrutura política e jurídica, promovendo o advento dos direitos individuais, a garantia de direitos políticos, a emergência do indivíduo e do cidadão em face de Estados onde antes existia apenas a figura dos súditos, sendo que a Revolução Francesa trouxe consigo os elementos democráticos, a passagem de um regime de "cortar cabeças", para um regime de "contar cabeças", conforme afirma Bobbio.

Outrossim, a Revolução Americana proporcionou grande influência para a construção da democracia, pois desencadeou representativa luta das colônias estabelecidas na América do Norte a fim de se tornarem independentes da Grã-Bretanha. Foi essa revolução que trouxe a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, qual seja a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, uma colônia inglesa na América. Tal declaração se preocupou basicamente com a estrutura de um governo democrático e com um sistema de limitação de poderes. [iii]

Após a vitória, essas colônias passaram a constituir uma república independente, estabelecida com base em princípios democráticos que, pela primeira vez, ganhavam forma estatal. A revolução culminou na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, entendida como referência fundamental no processo de elaboração e sedimentação dos direitos humanos na história. Constata-se que tal documento fora reforçado pela Constituição americana de 1787 e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujos ditames consubstanciam os fundamentos de tudo o que veio a ser discutido depois em termos de direitos humanos, e que culminou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.Tais declarações foram nas palavras de BONAVIDES:

> (...) a alavanca com que os princípios moveram a dialética social e a história. Com efeito, os princípios enunciados ali, sendo dialéticos, não param, não retrogradam nem desfalecem e, ao mesmo passo, regem a mudança, estabelecem o processo evolutivo da sociedade e determinam os progressos qualitativos das instituições.[iii]

É possível perceber assim que os principais frutos dessas reivindicações foram os Direitos Fundamentais que, na atual Constituição, abrangem os direitos individuais, políticos e sociais[iii]. Esses direitos modificam-se ao longo da história, adequando-se as necessidades e interesses do homem. A teoria das gerações ou dimensões de direitos fundamentais, criada a partir do lema revolucionário francês – liberdade, igualdade e fraternidade – elucida tais transformações.

Faz-se mister observar a ocorrência do debate no campo teórico sobre os termos geração[iii] ou dimensão de direitos[iii], ou ainda categoria, espécies ou ondas de direitos, como sugerem Dimoulis e Martins[iii], tendo em vista que a utilização do termo geração pode denotar que uma geração de direitos posterior prescinde a anterior, quando na verdade tal não ocorre, uma vez que os direitos de uma geração são assimilados pela geração de direitos seguinte, que acresce outros aos já existentes. Esta observação tem levado muitos autores a mudar o termo geração para dimensão para se referirem aos direitos fundamentais ao longo do tempo. De fato o termo dimensões parece mitigar esta problemática semântica e significacional, embora também esteja sujeita a críticas. Assim, utilizaremos neste trabalho os dois termos conjuntamente para nos referirmos à positivação dos direitos fundamentais ao longo da história.

Os direitos da primeira geração/dimensão surgiram nos séculos XVII e XVIII e foram os primeiros reconhecidos pelos textos constitucionais. Compreendem os direitos civis e político, chamados "direitos de liberdade" ou "direitos individuais", que tem por titular o indivíduo em face do Estado. [iii]Os direitos da segunda geração/ dimensão por sua vez, surgiram após a 2ª Guerra Mundial(1939-1945) com o advento do Estado Social. São os direitos ligados ao princípio da igualdade, englobando os direitos sociais, culturais e econômicos.[iii]

Nesse contexto importante salientar a relevância da Constituição Mexicana, promulgada em 1917, e a Constituição de Weimar (Alemã), promulgada em 1919, por trazerem em seu bojo normas garantidoras de direitos sociais antes mesmo da segunda guerra mundial, tornando-se assim, paradigmas para as Constituições posteriores. Os direitos da terceira geração/dimensão são os chamados direitos de fraternidade, considerados direitos coletivos por excelência, pois estão voltados à humanidade como um todo, não se adstringindo apenas à proteção dos interesses de um indivíduo ou grupo. Incluem-se aqui o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, entre outros. [iii]

A partir desses parâmetros novas gerações/dimensões passaram a ser identificadas. Entre elas a mais aceita pela doutrina é a quarta geração/dimensão de direitos criada pelo professor BONAVIDES, onde se enquadram o direito à informação, ao pluralismo e à democracia direta. [iii]Com base nesse breve histórico é possível perceber que o conjunto de elementos que constitui a Sociedade Civil atual exige um suporte de institucionalidade com base nos direito políticos fundamentais que motivam as ações coletivas, no sentido de integrá-los à ordem jurídica estatal e construir novos direitos. [iii]

O papel político da sociedade civil passa a ser autolimitado, ou seja, não substitui a estrutura do Estado, mas exerce influência sobre suas decisões e políticas. A organização autônoma da sociedade civil é que propicia esse controle social do poder público. [iii]Nesse sentido, ressalta-se o posicionamento de TEIXEIRA a respeito das formas de participação da sociedade:

> Esse papel da sociedade civil é realizado em dois planos: um ofensivo, relacionado com o Estado e o mercado e constituídos dos diversos tipos de ação coletiva; e outro, de caráter defensivo, buscando preservar certas estruturas da esfera pública, solidificar identidades coletivas e ganhar novos espaços na forma de direitos mais amplos e instituições reformadas.[iii]

Dessa forma, importante se faz a análise de HABERMAS:

> A sociedade civil, entendida enquanto um conjunto de associações e movimentos, de motivações variadas geradas espontaneamente no mundo da vida, desvinculadas diretamente do poder administrativo do Estado e da economia capitalista, exerce então um papel crucial. Ela não deve ser pensada a partir de seu significado clássico, que remonta ao sistema das necessidades de Hegel e posteriormente ao direito privado e às relações de trabalho de Marx; seu núcleo se forma pelas organizações e associações livres, não estatais e não econômicas. A sociedade civil é responsável por captar os problemas sociais das esferas privadas, sintetizando-os e transmitindo-os à esfera pública política. Assim, é através da sociedade civil que devem se institucionalizar as demandas; e, através de sua ação, abrir os caminhos para a solução dos problemas de interesse geral. [iii]

Identifica-se, portanto, que a coletividade possui um papel marcante na construção do direito e na evolução da sociedade. O papel político da sociedade civil é justamente o de fomentar a democracia participativa, expandindo a participação popular para outros campos do Estado – dentre eles e em especial, a gestão das políticas de promoção e efetivação dos direitos fundamentais. Reside neste ponto um dos maiores desafios a serem enfrentados, qual seja, o de estabelecer e incentivar formas para efetivar a participação dos indivíduos. Reconhecer a necessidade de colaboração da sociedade civil consolidou-

se como conteúdo essencial para a evolução do pensamento existente, contudo deve-se estruturar nova discussão a fim de construir outras formas discussão e de participação de cidadãos.

1. DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR

A democracia pode ser conceituada como "forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o objeto do poder legítimo", e encarada como "o mais valioso dos direitos fundamentais", na medida em que incorpora os princípios norteadores de justiça social.

Contudo, a democracia não é conceito histórico, "não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais". Assim, "a democracia não é mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história" [iii].

Na atualidade, são conhecidas três formas de democracia: direta, indireta ou representativa e participativa, todas relacionadas à participação popular de uma determinada maneira. A democracia direta é aquela em que o povo exerce por si os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando[iii]. Ou seja, é a literal participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes.

O pai da democracia moderna Jean-Jacques Rousseau, defendia a democracia direta, afirmando que "a soberania não pode ser representada", e que, portanto, na democracia representativa o povo só é livre durante a eleição dos seus representantes, voltando a ser escravo logo depois[iii]. Estava, ainda, convencido de que uma verdadeira democracia jamais existiu e jamais existirá em razão das sociedades estarem cada vez maiores, mais complexas e industriais. [iii]

A Constituição Federal, que adota tanto a democracia direta quanto a representativa, oferece três instrumentos para o efetivo exercício da democracia direta, quais sejam: a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito.

A iniciativa popular, prevista no artigo 14 da Constituição Federal, e regulamentada pelo art. 13 da Lei nº 9.709 de 1998, consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado

nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. O § 1° do artigo 13 da Lei 9.709/98 determina que o projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto. E por fim, o § 2°, do mesmo artigo, estabelece que o projeto de lei iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. Assim, esclarece BENEVIDES:

> Por iniciativa popular entende-se sempre o mesmo mecanismo, que inclui um processo de participação complexo, desde a elaboração de um texto (das simples moções ao projeto de lei ou emenda constitucional formalmente articulados) até à votação de uma proposta, passando pelas várias fases da campanha, coleta te assinaturas e controla de constitucionalidade. O sucesso de tais mecanismos - do – ponto de vista de ampliação da participação popular como resposta à demanda por "mais democracia" – varia muito, de acordo com o enraizamento cultural da prática e com o nível de democratização efetiva da informação[iii].

Já o plebiscito e o referendo são consultas ao povo, para que este decida sobre matérias de relevância para a nação, de ordem constitucional, legislativa ou administrativa[iii]. Ambos estão previstos no art. 14 da Constituição Federal e regulamentados pela Lei nº 9.709 de 1998. Observe-se que referendo e plebiscito não são sinônimos, sendo a principal distinção entre eles o fato do plebiscito ser convocado previamente para a criação do ato legislativo ou administrativo, já o referendo ser convocado posteriormente, tendo os cidadãos competência para ratificar ou rejeitar a proposta. [iii]

Nesse sentido, explana BENEVIDES:

> Assim, o que distingue referendo e plebiscito é a natureza da questão que motiva a consulta popular e o momento da convocação. Ainda, quanto à natureza da questão, o referendo refere-se unicamente a normas legais ou constitucionais; já o plebiscito concerne a qualquer tipo de questão de interesse público, não necessariamente de ordem normativa. O referendo é convocado sempre após a edição de atos normativos, para confirmar ou rejeitar normas em vigor. O plebiscito, ao contrário, é manifestação popular sobre medidas futuras, com normas jurídicas ainda não editadas. [iii]

A democracia indireta, chamada também representativa, é, por sua vez, aquela na qual o povo outorga as funções de governo aos seus representantes, pelo fato de não poder dirigir os negócios do Estado de forma direta[iii]. Ou seja, significa genericamente que as deliberações coletivas, são tomadas não por aqueles que fazem parte da coletividade, mas por pessoas eleitas para essa finalidade. [iii]Na democracia representativa pressupõem-se um conjunto de instituições que disciplinem a participação popular no processo político,

neste ponto esclarece-se que a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais, que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. [iii]

Por fim, a democracia participativa pressupõe a ideia de participação popular, não na forma individualista e isolada do eleitor, só no momento da eleição, mas a coletiva organizada, ou seja, uma participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo. [iii]A estrutura organizacional da democracia participativa respalda-se no princípio da soberania popular, concretizando-se por meio de mecanismos de exercício direto da vontade geral e democrática. É essencial que o povo disponha dos instrumentos de controle de sua participação política, sem os quais não se pode intentar uma sociedade democrática. A seguir demonstra-se a percepção de BONAVIDES:

> Com a democracia participativa o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade enquanto simbiose de princípios, regras e valores, que fazem normativo o sistema, tendo por guia e chave de sua aplicação a autoridade do intérprete [...][iii].

Afirma-se que na democracia participativa o povo assume o controle final de todo o processo político. Neste cenário, o sistema representativo tem utilidade meramente auxiliar, instrumental e subsidiária. [iii]O Orçamento Participativo (OP) pode ser citado como modelo de um mecanismo governamental de democracia participativa o qual permite aos cidadãos influenciar ou decidir sobre os orçamentos públicos, através de processos da participação da comunidade. No Orçamento Participativo distribui-se o poder de decisão convocando a participação tantos dos responsáveis pela elaboração - Estado- e os maiores interessados- a sociedade.

Com isso a sociedade civil passa a ocupar espaços que antes lhe eram ocultados. A implementação do OP surgiu com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, quando foi estimulada a participação popular na definição de políticas governamentais por intermédio da criação dos Conselhos Setoriais de Políticas Públicas como espaços de controle social. [iii]

As mudanças constitucionais aliadas à vontade popular e novos padrões políticos viabilizaram a implantação em Porto Alegre (RS), do Orçamento Participativo, já em 1989, com a proposta de discussão pública do orçamento e dos recursos para investimento. Nesse caso em específico, o orçamento combina a participação em larga

escala por meio de assembleias regionais abertas e representação formal cidadã a partir de eleições de representantes para as tomadas de decisão em órgãos específicos.

O ciclo do OP viabiliza-se por três grandes momentos prioritários: as reuniões preparatórias, a rodada única de assembleias regionais e temáticas e a assembleia municipal. Tal política tem por objetivos superar as desigualdades graves nas condições de vida entre os moradores e promover a cidade a partir da participação social no processo. Muitas prefeituras adotaram a participação popular baseando-se no modelo de Porto Alegre (RS). [iii]A participação popular também se consubstancia de grande importância na concreção de políticas públicas.Políticas públicas na visão de Maria Paula Dallari Bucci podem ser conceituadas como:

> 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. [iii]

Contudo, apesar de as políticas públicas serem viabilizadas por responsabilidade Estatal, a participação popular se reveste de fundamental relevância. Observa-se que, para implantação de uma política pública há que se seguir um planejamento adequado e eficaz, observando- se alto grau de tecnicidade desde a identificação de determinada deficiência até a restauração do nível desejado. Carecem, portanto, ser efetivadas diversas frentes de políticas pelo Estado respeitando a necessidade de cada demanda.

Possibilita-se assim, a integração da sociedade no direcionamento dessas políticas, tanto no período inicial de formação quanto na fiscalização da correta aplicação das diretrizes estabelecidas. Vislumbra-se, portanto, diversas oportunidades de participação popular configurando efetiva atividade na vida pública e social em prol da coletividade, denominando-se assim, a democracia participativa.

Percebe-se deste modo que não há democracia sem participação popular, estando ambas diretamente ligadas, ainda que o grau de participação seja bastante variável de um tipo de democracia para outro. Perceptível também que a democracia participativa permite uma maior colaboração popular e, por conseguinte, um exercício mais efetivo da cidadania, é o que se pretende demonstrar.

3. CIDADANIA: CONCEITO E AMPLITUDE

A cidadania é princípio fundamental consagrado no art. 1º, inciso II, da Constituição Federal, sendo, pois, fundamento da República e necessária a caracterização

do Estado Democrático de Direito. Impossível conceituar cidadania sem fazer uma breve análise histórica, já que tal conceito modificou-se substancialmente ao longo dos anos. Num primeiro momento, cidadania e nacionalidade eram conceitos que se fundiam[iii]. Hans Kelsen, por exemplo, era defensor da ideia de que "A cidadania é com frequência adquirida pelo nascimento dentro do território do Estado". [iii]

Na Roma antiga cidadãos eram apenas os homens que participavam do funcionamento da Cidade-Estado, os titulares de direitos políticos. Cidadania portanto, indicava, a situação política do indivíduo, distinguindo os direitos de acordo com as classes sociais, variando a participação que exerciam na vida social. [iii]Rousseau foi pioneiro ao propor uma concepção política mais democrática, ampliando a ideia de Estado e incluindo o cidadão, que passou a fazer parte através do contrato social. [iii]

Com o surgimento do Estado Liberal surgiu a política fundada na liberdade entre iguais, abarcando o indivíduo como titular de direitos próprios e não derivados do grupo social a que pertencia. Essa nova cidadania comportava duas dimensões: a universal, todo homem é protegido em seus direitos naturais independente de sua nacionalidade; e a nacional, somente os nacionais são titulares de direitos políticos. [iii]O Estado social trouxe a superação da cidadania liberal-individualista, instaurando, com a sociedade de massas, o predomínio das relações impessoais e os chamados direitos difusos. A ideia central dessa nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de desenvolvimento e promoção social, ou seja, é a ideia de participação. [iii]Nesse contexto COMPARATO cita as bases que a nova democracia deve seguir:

> Ela deve instaurar-se em cinco níveis:
> a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna;
> b) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais;
> c) no controle do poder político;
> d) na administração da coisa pública.
> e) na proteção dos interesses transnacionais. Examinemos, separadamente, cada um desses níveis.[iii]

A cidadania apresentada pela atual Constituição da República tem conteúdo inconstante e por isso aceita debate intenso no que concerne a seus limites e sujeitos. Nesse contexto

Hannah Arendt possui entendimento de que cidadania é "direito a ter direitos". Afirma que é necessário respeitar alguns parâmetros para o exercício da cidadania, como os direitos de liberdades, criar espaços públicos para que possibilite uma interação dos

ideais, deve prevalecer um mínimo de igualdade no plano econômico a fim de não se tornar um obstáculo para o agir em conjunto. [iii]A amplitude do conceito de cidadania que nos moldes que se propõem atualmente nos permite verificar a existência de diferentes conceitos de cidadania.

Boaventura de Souza Santos, como se observa, organiza as formas individuas e coletivas a fim de exercer a cidadania. Esclarece que deve haver um aprofundamento do campo político em todos os espaços estruturais da interação social, alcançando assim uma ampliação do conceito de cidadania, e eliminando os mecanismos de exclusão que possam existir. Observa também que o implemento da solidariedade para a defesa coletiva, possibilita a emancipação do cidadão, valorizando o princípio da comunidade e da autonomia.[iii]

A cidadania só poderá ser efetivamente exercida se os critérios de participação forem melhores definidos. Assim, ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha incluído a cidadania dentre os princípios fundamentais da República a formalização dos direitos e deveres de cidadania pura e simplesmente não significou maior participação. Nesse contexto a desigualdade social pode ser considerada como obstáculo para a cidadania não efetiva, na medida em que impede a participação dos cidadãos de forma semelhante. Contudo, a aparente omissão apresentada deve ser combatida com ações que possibilitem demonstrar que só a cidadania torna o indivíduo capaz de efetivar a transformação social.

Entende-se pelas considerações apresentadas que seria inviável pensar em uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, indistintamente. Ademais não obstante seja essencial a lei abarcar novas formas de participação, deve-se assegurar a democracia real, que promova uma verdadeira integração entre o Estado e sociedade. Nesse sentido elucida Calmon de Passos:

> Essa "cidadania plena" é mais um ethos que uma realidade, donde podemos falar em "gradações" de cidadania mais ou menos restritas, mais ou menos tuteladas. Cidadania tutelada seria aquela formalmente reconhecida, mas substancialmente enfraquecida pelo acentuado grau de incapacitação da vontade do governado, levada a cabo pelos governantes.[iii]

A fidedigna democracia participativa permite que o cidadão seja mais atuante e consiga promover a emancipação do indivíduo na exata medida em que este assume o dever cívico de participar solidariamente na construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

1. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E CIDADANIA: AVALIAÇÃO CRÍTICA EM FACE DAS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E DA SOCIEDADE NA ATUALIDADE.

O avanço da globalização acarretou profundas mudanças no Estado moderno, na sociedade, nas relações econômicas, nas relações comunicacionais, alterando as relações econômicas, sociais e políticas, com reflexos nas relações jurídicas. Fez surgir a sociedade de massas, os grandes conglomerados econômicos, afetando sensivelmente as formas de atuação política, é o que aponta Roberto Amaral:

> A sociedade de massas, fenômeno da última metade do século findo, ao impor, por necessidade de sua lógica, o império da mediação, revelou, à luz do sol, a crise da democracia representativa. Esse vício deriva da intercorrência do poder econômico, desde sempre, do poder legal manipulador do sistema (processos de votação, construção dos distritos eleitorais, tipos de assembleias, regulamentação dos partidos, cláusulas de desempenho, controle de presença de partidos e candidatos no rádio e na televisão, formas e extensão do sufrágio, representação majoritária e proporcional, financiamento das campanhas etc.) e, de último, do poder político dos meios de comunicação de massas, monopolizados ou oligopolizados, apartando o representante da vontade do representado, anulando o poder da vontade autônoma do cidadão, seja a vontade individual ou particular, seja a vontade decisória do representante, seja a vontade geral, a volonté généralerousseauneana, de índole contratualista não liberal, implicando a prioridade do público ou comum sobre o privado ou individual, do geral sobre o particular, assim distinta da 'vontade de todos'[iii].

A democracia representativa, portanto, enfrenta atualmente uma crise, a crise da representação, tendo em vista que novos atores tem se sobreposto aos cidadãos e aos seus representantes, subtraindo-lhes o poder legiferante, não mais vinculado aos anseios dos cidadãos. Neste sentido também obtempera Amaral:

> O desvanecimento do poder representante do cidadão, limitado no seu poder de escolha do mandatário, e a liberdade do mandatário, agindo sem vínculo com a representação, agravam a falência da democracia representativa tanto mais quando outros órgãos, organismos, instituições e entidades, sem raiz na vontade popular, sem pouso na soberania do voto, sem legitimidade popular, adquirem poder constituinte e, assim, passam a gerar direitos e poder, numa flagrante usurpação de mandato, que fratura de forma irremediável a democracia e a representação popular, sem a qual aquela falece por inanição.
> São esses novos atores, no plano internacional, as multinacionais (que podem decidir desde suas matrizes os destinos econômicos dos países periféricos nos quais atuam) e instituições como os FMI, os BID, os BIRD, ditando, à margem das nações e de seus povos e de seus parlamentos, os destinos de nações e povos; são eles, nos planos nacionais, os novos meios de comunicação de massa, eletrônicos, as grandes corporações, o sistema financeiro e a alta burocracia, no exercício ilegítimo de poder

> legiferante, interferindo na constituição do poder, interferindo na ordem governativa. Governando, enfim.
> Quando dizemos "interferindo", estamos também dizendo "manipulando", isto é, alterando a vontade original; também estamos dizendo "subtraindo a vontade popular", fraudando-a, anulando em sua sede a soberania do voto.[iii]

A experiência brasileira, em particular, é marcada por raízes autoritárias, seja no Império, seja na República. A Constituição de 1824 instituiu o voto censitário, privilégio dos latifundiários, a República instituiu as oligarquias e o "coronelismo", ou seja, uma política realizada e dominada pelas elites. Como observa Amaral[iii], "sem povo, fizemos a Abolição, fizemos a Independência (engenho e arte de uma diplomacia corrupta e perdulária com o Erário), fizemos a República. Sem povo e sem ruptura, sem mesmo a mudança do mando. Sem qualquer mudança social. Sem opinião pública e sem vida partidária".

E não obstante termos grandes meios de comunicação na atualidade, estes também se encontram comprometidos com ideologias políticas dominantes. Após considerar o impacto das transnacionalização dos mercados no Estado moderno conclui José Eduardo Faria:

> Nesse novo contexto sócio econômico, embora em termos formaisos Estados continuem a exercer soberanamente sua autoridade nos limites de seu território, em termos substantivosmuitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se materialmentelimitados em sua autonomia decisória[iii].

Neste novo cenário ocorre uma enorme relativização da soberania estatal, criando obstáculos ao Estado para promover a consecução de políticas voltas para o interesse público, tendo em vista o seu comprometimento com as grandes instituições, empresas e capital transnacional. Giddens pontua, a partir de pesquisas realizadas nos diferentes países ocidentais que, ao mesmo tempo em que "as pessoas perderam de fato boa parte da confiança que costumavam ter nos políticos e nos processos democráticos ortodoxos, não perderam, contudo, a fé nos processos democráticos"[iii]. Observa ainda que ao contrário do que muitos supõem, a maioria das pessoas não está desinteressada na política, mas mais interessada, no que inclui os mais jovens. E Giddens pergunta e responde:

> Como podem a democracia e o governo ativo se sustentar quando parecem ter perdido sua posição de vantagem nos eventos? Parece-me que há uma resposta. O que se faz necessário nos países democráticos é um aprofundamento da própria democracia.

> Chamarei isso de a democratizaçãodademocracia. Mas a democracia hoje deve também se tornar transnacional. Precisamos democratizar num nível acima – bem como abaixo – do da nação. Uma era globalizante exige respostas globais, e isso se aplica à política tanto quanto a qualquer outra área[iii].

Giddens discorre a seguir sobre o sentido de sua proposta de democratização da democracia.

> A democratização da democracia vai assumir diferentes formas em diferentes países, dependendo de sua experiência. Mas nenhum país é avançado o bastante para prescindir dela. Democratizar a democracia significa promover uma descentralização efetiva do poder, onde – como na Grã Bretanha – ele ainda está fortemente concentrado no nível nacional. Significa criar medidas anticorrupção efetivas em todos os níveis.
>
> Com frequência, implica também reforma constitucional e a promoção de maior transparência nos assuntos políticos. Deveríamos também estar dispostos a experimentar procedimentos democráticos alternativos, especialmente quando estes podem ajudar a tornar a tomada de decisões políticas mais próxima das preocupações cotidianas dos cidadãos. Júris populares, por exemplo, ou referendos eletrônicos não vão substituir a democracia representativa, mas podem ser um útil complemento para ela.
>
> Os partidos políticos vão ter de se acostumar a colaborar com grupos de causa única, como os grupos de pressão ecológicos, mais do que o fizeram no passado. Para algumas pessoas, as sociedades contemporâneas parecem fragmentadas e desorganizadas, mas de fato dá-se o oposto. As pessoas estão se envolvendo em grupos e associações mais do que o faziam antes. Na Grã-Bretanha, o número de pessoas que pertence a grupos voluntários ou de autoajuda é vinte vezes maior que o das que são afiliadas a partidos políticos e o fenômeno se repete em grande parte em outros países.
>
> (...) A democratização da democracia depende também da promoção de uma vigorosa cultura cívica. Mercados não produzem esse tipo de cultura. Um pluralismo de grupos de interesse específico tampouco o pode fazer. (...) Já se comparou uma democracia eficiente com um banquinho de três pernas. Governo, economia e sociedade civil precisam estar em equilíbrio. Se um prepondera sobre os demais, as consequências são desastrosas.
>
> Não podemos deixar a mídia fora desta equação. A mídia, em particular a televisão, tem uma dupla relação com a democracia. Por um lado, com enfatizei, a emergência de uma sociedade global da informação é uma poderosa força democratizante. Por outro, a televisão e os outros meios de comunicação tendem a destruir o próprio espaço público que abrem, mediante uma incansável banalização e personalização das questões políticas. Além disso, o crescimento de gigantescas empresas multinacionais de comunicação significa que magnatas não eleitos podem deter enorme poder.
>
> Fazer oposição a esse poder não pode ser uma questão apenas de política nacional. Decisivamente, a democratização da democracia não pode se circunscrever ao âmbito do estado-nação[iii].

A proposta de Giddens perpassa por vários aspectos da vida política, social, econômica, midiática, tanto no plano nacional quanto internacional, exigindo cada vez mais transparência, combate à corrupção, fiscalização etc. Ora, grande parte da concretização do proposto por Giddens exige necessariamente o desenvolvimento de uma democracia participativa, tendo em vista a insuficiência da democracia representativa para a consecução de tal desiderato.

A participação popular se encontra no âmago da democracia, sendo-lhe inerente, como se uma não existisse sem a outra. Logo, a participação popular é *conditio sine qua non* pode-se falar verdadeiramente em democracia. Como observa Amaral:

> A democracia não é apenas um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma de vida. É um direito da Humanidade (dos povos e dos cidadãos). Democracia e participação se exigem, democracia participativa constitui uma tautologia virtuosa. Porque não há democracia sem participação, sem povo, mas povo sujeito e ativo do processo político, no pleno exercício da cidadania, povo nas ruas, povo na militância partidária, povo nos sindicatos, povo na militância civil, povo na militância social. Povo nação, participando da construção da vontade governativa. O regime será tanto mais democrático quanto tenha desobstruído canais, obstáculos, óbices, à livre e direta manifestação da vontade do cidadão. Se a mediação, qualquer mediação, implica distorção da vontade, impondo ruído na comunicação cidadania-Estado/representado-representante, esse fenômeno se revela como mecanismo de manipulação nas modernas sociedades de massa que exigem a intermediação dos meios de comunicação de massa. [iii]

O desafio para democracias como a brasileira consiste justamente no alargar as possibilidades de participação popular, não apenas através do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular e voto direto e secreto, mas também de participações no que se refere à elaboração de orçamentos públicos, de definição de políticas públicas e fiscalização de sua execução, enfim, de sua participação em tudo que se refira a *res publica*, sempre objetivando uma governança comprometida com os interesses públicos.

Este tipo de participação exige uma mudança de cultura cívica, nos termos propostos por Giddens, tendo em vista que a consciência de cidadania e seu efetivo exercício no Brasil ainda se encontra em processo de construção, haja vista que muitos ainda "vendem o seu voto" e não tem consciência da importância de sua participação cidadã. Há que se considerar ainda que o Brasil tem uma experiência de democracia bastante recente, e de alguma forma as pessoas estão tomando mais consciência de seus direitos de participação política, dos direitos de cidadania, o que pode reverter em avanços na atuação política-popular ao longo do tempo.

Há uma distância entre o direito democrático estampado na Constituição e códigos legais e a democracia em curso em vários países do mundo e, particularmente, no Brasil. Entretanto, não obstante os enormes entraves à democracia, tendo em vista a força do mercado comprometido com o capital, e dos meios de comunicação de massa comprometidos com ideologias dominantes, é possível através de uma maior participação popular fazer frente a estes obstáculos na construção de uma sociedade e de um Estado

comprometidos com o bem público. Bobbio já alertava para a distância entre a democracia política e a democracia social:

> Uma vez conquistada a democracia política, percebe-se que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla que é a esfera da sociedade no seu todo e que não existe decisão política que não seja condicionada ou até mesmo determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Percebe-se que uma coisa é a democratização do estado (ocorrida com a instituição dos parlamentos), outra coisa é a democratização da sociedade, donde se conclui que pode muito bem existir um estado democrático numa sociedade em que a maior parte das suas instituições – da família à escola, da empresa à gestão dos serviços públicos – não são governados democraticamente.[iii]

Neste sentido as propostas de Guiddens e Bobbio parecem confluir, pois ambos apontam para a necessidade de uma democratização da democracia, sendo que ambos pensam este processo democrático atingindo a sociedade como um todo, até mesmo o âmbito das relações familiares, e como destaca Bobbio, dentre outros, a "gestão dos serviços públicos". É imperativo que a democracia política se amplie para todos os espaços da sociedade civil, de forma a se consolidar uma democracia participativa, e um efetivo exercício da cidadania.

CONCLUSÃO

A sociedade civil buscou concretizar direitos a fim de sobrepor a condição degradante que se encontrava devido ao esquecimento do Estado em diversas ocasiões ao longo da história. O despertar da população propiciou a abertura de um novo paradigma de desenvolvimento social que requer cada vez mais a participação ativa em diversos setores A legislação vem acompanhando de forma gradual a necessidade de participação da sociedade criando mecanismos eficazes para o exercício desse direito, constituindo assim fenômeno marcante na história atual.

Nesse contexto, o meio se torna fator importante para o exercício dos direitos ora estabelecidos, assim, em termos gerais, procurou demonstrar que a democracia propicia a efetivação dos direitos inerentes à cidadania, os quais foram consagrados pela Constituição e se revestem essenciais para a conquista de um patamar civilizatório mínimo.

Assim, defendeu-se a tese que a participação política da sociedade encontra respaldo e liberdade para existir com a difusão da democracia participativa e que como consequência possibilita o exercício quase que completo da cidadania.

Outrossim, procurou-se considerar também que há ainda uma grande distância entre os instrumentos legais garantidores da participação democrática e sua efetiva concreção, se fazendo necessária uma "democratização da democracia" nos termos postos por Giddens, de forma a fazer com que a democracia seja o que é na sua essência, construída a partir da participação popular, nos termos idealizados por Rousseau, e como preconizada por Bobbio, Giddens e Roberto Amaral, não sendo suficiente a democracia representativa para a consecução deste desiderato.

O tema em destaque, dada a sua importância, merece ser debatido com afinco e concebido na ótica de distintos autores para que possa evoluir nas diretrizes que se propõem como corretas. Entretanto, esperamos que as considerações aqui feitas possam contribuir para o debate atual sobre a democracia e efetiva participação cidadã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Roberto. **A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa.** In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Wilis Santiago (org.). Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

AMORIM, Pierre Souto M. Coutinho. **Cidadania e ação popular**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2348/cidadania-e-acao-popular>. Acesso em: 08/02/2013.

ARENDT, Hannah. apud LAFER, Celso. **A construção dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo. Cia. Das Letras. 1988.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular.** São Paulo: Ática. 1991.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 6º ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência; Por uma Nova Hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade).** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo. Saraiva. 2002.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Cidadania Tutelada**. In: FERREIRA, Luiz A. C. (Org.). *Hermenêutica, cidadania e direito*. Campinas: Millennium, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil*:*** *o longo Caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias.**Rio de Janeiro: AGIR,2001.

COMPARATO, Konder Fábio. **A nova cidadania**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100005&script=sci_arttext>. Acesso em: 08/02/2013.

DALLARI, Dalmo de A. AMARAL, Roberto. **A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FLORENZANO, Modesto. **As revoluções burguesas**. São Paulo: Brasiliense, 5ª ed., 1985.

GOMES, Luiz Flávio. **Primeiras linhas do Estado constitucional e humanista de direito**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14474/primeiras-linhas-do-estado-constitucional-e-humanista-de-direito>. Acesso em: 07.02.2013.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole: o que a globalização está fazendo de nós.**São Paulo: Record, 2003.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/50602810/DIREITO-E-DEMOCRACIA-Volumen-I-Jurgen-Habermas>. Acesso em: 07/02/2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LAFER, Celso. **A construção dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo. Cia. Das Letras. 1988.

OLIVERIA, Paula J. Jorge de. A **cidadania é para todos.** *Direitos, deveres e solidariedade*. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/a-cidadania-e-para-todos.direitos-deveres-e>. Acesso em: 08/02/2013.

PORTO ALEGRE. **Governança Solidária Local.** 2005. Disponível em <http://www.portoalegre.rs.gov>. Acesso em: 05/02/2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade.** 12. ed. São Paulo: Cortez. 2008

SANTOS, Carla Mais dos. Ação **popular e o exercício da cidadania no paradigma de Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081124120801878&mode=print>. Acesso em: 08/02/2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Juvêncio Borges e TAVARES NETO, José Querino in: MEZZAROBA, Orides (org.). **Humanismo Político. Presença humanista no transverso do pensamento político**. Florianópolis:Fundação Boiteux, 2007.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **Sociedade Civil e seu papel político**: o local e o global como espaços de participação cidadã. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451999000100007&script=sci_arttext. Acesso em 08/002/2013.

_____. **Plebiscitos e referendos.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/plebiscitos-e-referendos>. Acesso em 08/02/2013.

_____. **Orçamento Participativo**. 2010. Disponível em <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/op/>. Acesso em: 05/02/2013.

CAPÍTULO XIII

LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Michelângelo Baruc Mazzaro[iii]
Fabiana Polican Ciena[iii]

RESUMO: Este artigo apresenta e discute o direito à liberdade religiosa no Brasil, bem como, as sanções previstas no Código Penal Brasileiro, relacionadas aos crimes que ferem este direito. Está organizado em três capítulos: o primeiro faz um resgate histórico do Estado e Religião no Brasil; o segundo apresenta o direito constitucional à liberdade de expressão e liberdade religiosa; o terceiro capítulo apresenta o Código Penal Brasileiro, especialmente o artigo 208, que trata das sanções para os crimes contra a liberdade religiosa. Nesse sentido, tem como objetivos conceituar os limites da liberdade de expressar-se sem ferir a religiosidade de cada indivíduo e explanar o que defende o artigo 208 do Código Penal Brasileiro. Com relação aos procedimentos metodológicos utilizados para a produção deste artigo, seguiram natureza bibliográfica, com destaque para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Penal Brasileiro. Para a abordagem foi utilizado o método dialético, ao procurar interpretar a realidade, considerando os fatos no contexto social, político e econômico, com fundamento teórico em Gil (1999), Lakatos e Marconi (1993).

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Religiosa. Liberdade de expressão. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Código Penal Brasileiro. Laicidade.

INTRODUÇÃO

Esse artigo discute o direito à liberdade religiosa no Brasil, direito assegurado constitucionalmente, bem como, apresenta as punições previstas no artigo 208 do Código Penal Brasileiro, para quem ferir a liberdade do direito à expressão de sua religiosidade. No entanto, notícias da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2013) informam que tem crescido o número de denúncias dessa natureza, por isso a

presente pesquisa se torna relevante. Apresenta também o direito à liberdade de expressão, argumentando que, tal direito não pode ferir outros.

Fruto de uma pesquisa de natureza bibliográfica, o presente artigo está organizado em três capítulos. Visando contextualizar os fatos históricos que marcaram o Estado e Religião no Brasil, o primeiro capítulo traz um resgate histórico desses dois poderes no Brasil, descrevendo brevemente os períodos do Brasil-colônia, Império, Período Republicano. O segundo capítulo apresenta dois direitos assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: o da inviolabilidade da liberdade de consciência de crença e da liberdade de expressão. Nesse sentido, busca argumentar que o direito à liberdade de expressão não deve interferir no direito à liberdade de consciência e expressão religiosa, pois, há consequências sobre os atos de expressão do pensamento e expressão da religiosidade, por suas práticas. No último capítulo, comenta-se sobre o Código Penal Brasileiro, especialmente no que se refere ao artigo 208. Esse capítulo também apresenta alguns crimes cometidos contra a consciência de crença e prática da religiosidade.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE ESTADO E RELIGIÃO

A história nos mostra que desde tempos remotos existem relações de poder entre Estado e Igreja. Exemplo dessa relação é o Estado do Vaticano, ao considerar o fato do chefe da Igreja Católica ser o governante desta Cidade-Estado. Outro exemplo vem do Egito antigo onde o governante do povo, Faraó, era considerado um deus vivo, descendente do deus Hórus.

Atualmente a organização política do Brasil se configura num Estado Democrático e também laico, ou seja, o governo é separado da Religião. No entanto, durante muitos anos o poder da Igreja (especialmente da Católica) estava diretamente relacionado à organização política e social do país. Entre os períodos do Brasil – colônia (1530 – 1822) e do Império, (1822 – 1889), o Estado brasileiro foi marcado pelo poder da Igreja Católica, sendo que essa era reconhecida como religião oficial do Brasil.

O Estado laico iniciou com a proclamação da República, em 1889. Contudo, a democracia e laicidade do Estado não impedem a existência de religiões no país, aliás, a própria Constituição da República Federativa do Brasil 1988 assegura o direito à liberdade de consciência e de crença e livre exercício de cultos religiosos, permitindo que

elas exerçam livremente sua influência cultural e, de certo modo, política.

A ideia de Estado laico é defendida pelo filósofo John Locke (1632-1704) *apud* Constantino (2008), ao afirmar que o Estado não tem nada a ver com questões ligadas à espiritualidade e a Igreja não tem nada a ver em questões governamentais.

Assim, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre a laicidade e democracia do país, a expressão de liberdade, o direito à liberdade de crença religiosa também são direitos assegurados pela mesma Constituição. Apesar dessas condições, há muita discriminação e intolerância religiosa. Para as intolerâncias religiosas, há a previsão de penas no Código Penal Brasileiro, especificamente no artigo 208. Assim, esse artigo tem por objetivos aprofundar conhecimentos sobre penalidade passíveis de multa contra o sentimento religioso; conceituar os limites da liberdade de expressão sem ferir a religiosidade de cada indivíduo; explanar o que defende o art. 208 do Código Penal Brasileiro e analisar em quais situações o Estado pode intervir em prática de culto ou crença religiosa. Para alcançar estes objetivos, como procedimento metodológico foi utilizado metodologia de pesquisa bibliográfica, referenciando a Constituição Federal do Brasil de 1988, o Código Penal e autores que tratam desse assunto.

Entende-se que a religião predominante dos portugueses (Católica) que chegaram ao Brasil influenciou fortemente a sociedade, a cultura e a organização política, confundindo os poderes da Igreja com os poderes do Estado. A influência na organização política foi exercida até a proclamação da República, em 1889, a qual determinou o Estado laico, ou seja, separação entre estes dois poderes.

1.1 BRASIL-COLÔNIA

A história do Brasil foi marcada pelo seu descobrimento a partir de 1500, pelos portugueses. Em consequência disso, Portugal colonizou o Brasil por quase 300 anos (1530 a 1822), sendo que após esse longo período ainda continuou a mandar no Brasil, com o período do Império e da Primeira República. Nesse contexto, a influência portuguesa foi fortemente imposta, ao considerarmos que os portugueses trouxeram e impuseram seus costumes e crenças, influenciando a organização política, econômica, social, cultural e religiosa do Brasil.

De acordo com Emmerick (2010), Portugal enviou a Companhia de Jesus ao

Brasil em 1548, a qual tinha por finalidade educar os índios para a fé católica, criar sistemas de ensino e colégios, esses permaneceram aqui até 1759, quando foram expulsos do Brasil por Marquês de Pombal. No entanto, a situação religiosa não mudou, pois a religião católica continuou sendo a religião oficial do Estado e não era permitida qualquer outra crença.

Para Emmerick (2010), na época do Brasil-Colônia, Igreja e Estado acabavam-se confundindo quanto à legitimação do poder, pois estas duas Instituições tinham objetivos em comum, que era dominar e regular sobre os princípios da sociedade. Para entender a forte relação entre a Igreja e o Estado, destaca-se que nessa época, os reis de Portugal tinham o poder de criar cargos na Igreja, arrecadar dízimos, mandar construir igrejas e mosteiros nas terras descobertas, como destaca Esquível (2008) apudEmmerick (2010), em seu artigo sobre as relações da Igreja e do Estado. Com relação à educação religiosa, a Igreja Católica influenciou fortemente a vida das pessoas e da sociedade, pois delimitava, propagava e defendia o que era moral ou imoral, nos pontos de vista familiar, cultural e até jurídico.

1.2 IMPÉRIO

Em 1822 o Brasil passou de colônia de Portugal a Império, ao declarar sua independência. No entanto, as relações entre Estado e Igreja continuaram fortes, um exemplo dessa relação pode ser visto na primeira Constituição do Brasil (1824), a qual em seu artigo 5º determinava: "A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império" (Constituição Política do Império do Brasil, 1824).

Sobre essa Constituição, destacam-se outros fatores que deixam clara a influência da Igreja Católica na organização política do Brasil e como forma de legitimação do poder. Em seu preâmbulo diz: "Em nome da Santíssima Trindade". No artigo 95, excluem-se algumas classes que não poderiam ser eleitores, entre os quais, os que não professassem a Religião do Estado. No artigo 103, determina que o Imperador, ao ser aclamado, deveria prestar um juramento ao presidente do Senado, jurando manter a Religião Católica Apostólica Romana (Constituição Política do Império do Brasil, 1824).

Emmerick (2010) considera que, embora a religião católica fosse a oficial, outras crenças poderiam ser manifestadas, mas somente no espaço doméstico, portanto, não havia liberdade religiosa. O que havia era a proibição de perseguição por motivo ligado à religião, desde que o Estado e a moral pública fossem respeitados. Portanto, a relação

entre o Estado e a Igreja continuava bastante acentuada, pois essa prosseguiu com seu controle e dominação, isto é, o processo de independência não foi suficiente para separar esses dois poderes.

A partir do século XIX, essa relação de poder entre a Igreja e o Estado começou a ser modificada aos poucos, estimulada pelas ideias iluministas da Europa que chegaram ao Brasil nesse período. Em 1889, o Brasil deixou de ser Império, tornando-se República e, em 1891 promulgou-se uma nova Constituição, separando a Igreja do Estado, embora a Igreja Católica tentasse incorporar seus valores nessa nova Constituição.

1.3 PERÍODO REPUBLICANO

Em 1891, o Brasil se torna constitucionalmente um Estado laico, separando os poderes Igreja e Estado. Nesse novo contexto, seria responsabilidade do Estado garantir os princípios de liberdade e igualdade, independente de crenças religiosas e/ou valores morais, defende Huaco (2008) *apud* Emmerick (2010). No entanto, o que houve foi a modernização das leis e aspectos jurídicos do país, se tornando num Estado Moderno, o qual não aceita a interferência da Igreja nos assuntos do Estado.

Nesse sentido, destacam-se alguns fatos que marcaram a ruptura entre esses dois poderes: o término da educação pública confessional; a instituição do casamento civil como o único válido legalmente (antes era somente o religioso); a administração dos cemitérios passou a ser responsabilidade dos municípios; permissão para a liberdade de culto, desde que não houvesse ofensas à moral pública e às leis. (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891). Impõe ainda asseverar que as premissas que delimitaram a República e romperam com a figura do Estado ligado à Igreja Católica foram positivadas na Constituição de 1891 sob a égide "Declaração de Direitos":

> Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes, [...]
>
> § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.
> § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.
> § 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis. § 6º - Será

> leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados. [...] § 28 - Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico. § 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos. (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1891)

Com a separação dos poderes, a Igreja Católica não sofreu consequências negativas, de acordo com Emmerick (2010), pois passou a ter liberdade quanto à publicação de seus documentos, bem como, cobrar os dízimos sem a intervenção do Estado e ter liberdade para fazer suas próprias estratégias de atuação na sociedade. Todas essas mudanças pareciam fortalecer a separação entre os dois poderes, Estado e Igreja, mas a partir de 1930, com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, as relações entre a Igreja e o Estado passaram por um processo de aproximação. Nota-se essa situação no preâmbulo da Constituição de 1934:

> Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934)

Além dessa informação com caráter religioso, a Constituição de 1934, traz outros aspectos que remetem a relação próxima entre Estado e Igreja. Um exemplo é a volta do ensino religioso como disciplina das classes primárias e secundárias das escolas públicas e o casamento religioso voltou a ter efeitos civis. Essas situações foram consideradas um retrocesso na construção do Estado laico, pois a Igreja voltou a interferir em questões de competência do Estado.

Em 1946 uma nova Constituição foi promulgada e, com relação ao poder da Igreja e do Estado não houve mudanças significativas ao estabelecido em 1937. Contudo, avançou no sentido de assegurar o direito à liberdade de consciência e liberdade religiosa. Durante a ditadura militar não houve muitas mudanças relacionadas ao poder de Estado e Igreja. Nos anos finais da ditadura militar (1964 – 1985), muitos movimentos sociais (com o apoio da população) começaram a lutar pela redemocratização do Brasil, o que resultou em uma nova Constituição, em 1988.

2. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: ESTADO LAICO, DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À LIBERDADE RELIGIOSA

O Brasil, em sua construção sócio histórica e política teve muitos fatos marcantes e determinantes, contudo, a década de 1980 foi especial para a construção de uma nova organização política e social. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma conquista do povo brasileiro, pois assegura a democracia do país, além de estabelecer princípios e garantir vários direitos sociais. Contudo, com relação ao Estado laico, Emmerich (2010) considera que a Constituição de 1891 estabeleceu de maneira mais clara as diretrizes para a laicidade do Estado em comparação à Constituição atual.

Essa percepção do autor está justificada ao considerar que na Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo Deus é referenciado [...] "promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". Além disso, essa Constituição estabelece imunidade tributária a templos de qualquer culto; prevê o ensino religioso nas escolas públicas, definido em seu Art. 210: "[...] § 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental". Essa Constituição também trouxe novamente o casamento religioso enquanto efeito civil, conforme dispõe o Art. 226: "[...] § 2º - O casamento religioso tem efeito civil nos termos da lei" (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Assim, essas prerrogativas nos fazem pensar que a Igreja, mesmo com o Estado laico, voltou a ter alguns privilégios sociais. Apesar dessas referências de caráter religioso na Constituição, considera-se um avanço bastante importante o direito à liberdade religiosa, como é determinado em seu Art. 5º:

> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Art. 5º também garante como direito à liberdade do pensamento, conforme define o Inciso IV:

> É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, como, no inciso IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988 e Emendas Constitucionais).

Assim, a Constituição garante o direito tanto da liberdade de crença, como da manifestação do pensamento. O pensamento é manifestado pela linguagem (seja escrita, falada, desenhada, etc.). Nesse sentido, ao considerarmos Oliveira (1994), esse afirma que:

> É verdade que não existem limites ao direito de falar e de dizer. Já desde o nascimento de cada um de nós, é aguardada uma manifestação, um grito, um choro, um sinal de que se vive. (OLIVEIRA, 1994, p.20)

Oliveira (1994) afirma que não é somente a fala que serve para se comunicar. Gestos, olhares, sorrisos, lágrimas e outras expressões do ser humano também são manifestações do pensamento. Nesse sentido, o autor destaca a importância da liberdade de expressão, a qual é protegida pela Constituição Federal. No entanto, o direito à liberdade de expressão não significa que o sujeito possa falar sem ter responsabilidade pelo que expressa. Assim, de acordo com Pitigrilli (1956) apud Oliveira (1994) "Mas se a palavra é livre a responsabilidade pelo que se diz é fundamental, na exata medida em que o é direito de dizer" (OLIVEIRA, 1994, p. 20,). Pois, existem consequências sobre aquilo que se fala, assim como há efeitos os demais atos humanos.

Nas palavras de Aristóteles apudOliveira (1994), 'um movimento nosso se repete do outro lado do mundo' e Pascal *apud* Oliveira (1994), afirma 'que uma pedra lançada no mar faz subir o nível de todos os oceanos'. Todas as ações dos homens se concatenam entre si." (OLIVEIRA, 1994, p.20). Assim, segundo Oliveira (1994), afirma que "A palavra mal utilizada deságua na injúria, na difamação e na calúnia, estigmatizando a vítima". Nesse sentido, esse autor cita Goffman (1963) o qual afirma, além de outros estigmas existem aqueles que são afixados nos preconceitos de religião, raça e nação.

Muitas vezes por conta do estigma, o indivíduo deixa de ser recebido nas relações sociais, em virtude de um traço que se impõe e acaba por afastar a visão dos demais atores sociais com relação às qualidades do estigmatizado. Ou seja, pelo fato do sujeito que é

estigmatizado ter características diferentes, muitas vezes não é aceito. Ao considerar Oliveira (1994), esse autor afirma que além desse estigma advindo da religião, raça e nação, há aqueles que são provocados pela injúria, difamação e calúnia. A ausência de responsabilidade dos que falam, atacando de forma obstinada estigmatiza impiedosamente, muitas vezes faz com que a vítima pense que a culpa pela rejeição seja dela.

Nesse contexto, o direito à liberdade de expressão garantido pela Constituição, se mal utilizado, pode vir a tornar-se crime, sendo injúria, calúnia, difamação ou comprometer a liberdade de outro indivíduo expressar sua crença religiosa. Considerando esses aspectos, a laicidade do País e na garantia dos direitos constitucionais de liberdade de expressão, bem como, de liberdade religiosa, qual o limite da liberdade de expressão, sem ferir o sentimento religioso dos cidadãos?Para o ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Luís Roberto Barroso, o direito à privacidade não pode limitar a imprensa:

> A liberdade de expressão deve ser tratada como preferencial porque é pressuposto para um bom exercício de boa parte dos direitos fundamentais da democracia, afirmou Barroso durante evento no Instituto Brasiliense de Direito Público (BRASIL, IDP, 2015).

Ele (Barroso) lembrou o histórico de restrição das liberdades no país, especialmente durante a ditadura militar, em que os veículos de imprensa passavam por censura prévia. O ministro ponderou, contudo, que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que a questão deve ser julgada caso a caso.

Ab initio, cumpre tecer considerações mais consistentes acerca do laicismo a fim de compreender o substrato que fortalece a postura de um Estado Laico, a exemplo do Brasil. Essa vertente é uma doutrina, de cunho filosófico, que defende e promove a separação do ente Estatal das Igrejas e comunidades religiosas, bem como sua neutralidade referente à matéria religiosa. Cumpre destacar que o laicismo não deve ser confundido nem tão pouco empregado como sinônimo do ateísmo do Estado.

O entendimento do Estado laico provém da liberdade de consciência e a democracia, bem como, no fracasso das interferências religiosas nas políticas de várias nações pós-medievais. O termo "laico" é um adjetivo, cujo significado está associado a "uma atitude crítica e separadora da interferência da religião organizada na vida pública das sociedades contemporâneas" Houaiss apudRangel [s.d.]. Nesse contexto, importante trazer à discussão o que é prelecionado por Houaiss *apud* RANGEL [s.d.]

> Desta feita, podem-se dividir politicamente os países em duas categorias distintas, os laicos e os não laicos. No primeiro grupo, denota-se que nos países politicamente laicos a religião não interfere diretamente na política, como, por exemplo, ocorre em grande parte dos países ocidentais. Já no segundo, a religião tem papel ativo na política, influenciando, inclusive, na Constituição, são os denominados estados teocráticos, como é o caso do Vaticano e o Irã, cujas autoridades, respectivamente, são o Papa (líder religioso da Igreja Católica) e os Aiatolás (líderes religiosos do Islamismo). Nos governos teocráticos o exercício da autoridade política é, ao mesmo tempo, um ritual religioso, que, em tese, afasta qualquer contestação social. Um forte exemplo disso são os países islâmicos, mormente, aqueles nos quais a facção xiita é majoritária, são fortemente estruturados sobre essa mistura de crença e submissão. Um exemplo presente de Estado teocrático é o Irã, onde vigora o regime dos aiatolás, que são, simultaneamente, sacerdotes e governantes e sustentam, como objetivo central, a destruição do mundo ocidental por meio de atos terroristas estimulados pelo fanatismo religioso. (HOUAISS, 2004, pág. 445 *apud* RANGEL [s.d.]).

A Constituição define liberdade religiosa como sendo de direito em todo o território nacional, porém o legislador com intuito de garantir esse direito promoveu por sua vez em aspecto penal no seu Art. 208 as consequências de tentar impedir ou agir de forma discriminatória contra quaisquer tipos de crença religiosa. No que concerne à Parte Especial do Código Penal, observa-se ainda as alterações de diversos dispositivos, introduzindo em seus corpos estruturais parágrafos e incisos, aumentando as penas a serem cominadas para os respectivos delitos.

3. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE RELIGIOSA

Ao considerar Mirabete e Fabrini (2011):

> A fé religiosa é conceito da própria personalidade do homem que na realidade, deseja a paz duradoura e permanente que não encontra no mundo imediato que o cerca, que é prometida pela religião. Esse sentimento religioso, a convicção acentuada da existência de uma ordem universal que se eleva acima do homem é o objeto jurídico penalmente tutelado no Art. 208 do Código Penal. (MIRABETE; FABRINI, 2011, p. 369)

Assim de acordo com esses autores a religião é algo individual e não deve haver intromissão do Estado, além de ser algo constitucional o direito à pratica da religião. Concordamos com o fato de que o Estado não deve influenciar (no sentido da fé/crença) na Religião. No entanto, há a interferência do Estado quando esse assegura o direito à liberdade de crença, bem como, em relação quando esse direito é violado. Nesse aspecto, o Código Penal Brasileiro prevê as penas para quem comete crimes dessa natureza:

> Artigo 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.
> § 1º - Se há emprego de violência ou grave ameaça:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, sem prejuízo correspondente à violência.
> § 2º - Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo da correspondente à violência.
> § 3º - Se resulta a morte:
> Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa, sem prejuízo da correspondente à violência.
> § 4º – As penas são aumentadas de um terço, se o crime é cometido:
> I – com emprego de arma;
> II – com emprego de arma de brinquedo simulacro de arma, capaz de atemorizar outrem;
> III – por duas ou mais pessoas. (BRASIL, Código Penal, 1940, p. 548).

Nesse contexto e, segundo Nucci (2013) o sujeito ativo (aquele que pratica o crime) pode vir a ser qualquer pessoa e o sujeito passivo qualquer pessoa e também a coletividade, isto é, os que se sentirem diretamente atingidos. Assim, o objeto jurídico vem a ser o sentimento religioso violado.

Ainda afirma Nucci (2013) que o objeto material se divide em três partes, sendo que a primeira parte a pessoa, cerimônia ou culto, a segunda parte ou ato ou objeto de culto, e a terceira parte seria o ato de vilipendiar humilhar, menoscabar ou desonrar publicamente ato ou objeto de culto religioso.

Ainda parafraseando Nucci (2013), os elementos objetivos do tipo são escarnecer "zombar ou fazer chacota" de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa seria a primeira parte. A segunda parte se caracteriza pelo ato de Impedir "interromper ou obstar o prosseguimento", ou perturbar "estorvar ou atrapalhar", cerimônia ou prática de culto religioso.

Nesse contexto a pena será de detenção de um mês a um ano, ou multa. O elemento subjetivo do tipo específico seria a vontade de denegrir determinada religião, e seu elemento subjetivo do crime é o dolo, vontade de praticá-lo.A classificação deste crime é que ele é um ato comum, formal, de forma livre, comissivo, instantâneo, uni subjetivo, uni subsistente ou pluri subsistente, conforme o caso.

Admite-se tentativa, na forma pluri subsistente e sua particularidade é que o tipo penal se torna cumulativo, isto é, a prática de todas as condutas neles descritos implicará a punição por três delitos em concurso. Consuma-se o crime quando houver a prática da conduta, independentemente de resultado naturalístico, sendo causa do aumento da pena,

o aumento de um terço se houver emprego de violência, respondendo, ainda, o agente pelo resultado desta.Embora a lei não seja expressa, deve-se interpretar que a violência utilizada volta-se à pessoa humana, e não a coisas ou animais. Afinal, essa tem sido a preocupação constante do legislador em outros tipos penais, a maior proteção do ser humano.

3.1 CASOS DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO BRASIL

Para Figueiredo [s.d.] mesmo com a previsão das penas previstas em Lei para quem comete crimes contra o direito da liberdade religiosa, há infrações dessa natureza. Assim, em seu artigo cita alguns fatos ocorridos em nosso país, os quais foram entendidos como crime contra a liberdade religiosa. Por exemplo, e, de acordo com o Jornal O Globo, de São Paulo *apud* Figueiredo [s.d.], em 12 de outubro de 1995, o pastor da Igreja Universal do Reino de Deus, senhor Sérgio Von Helder ofendeu a Igreja Católica, ao chutar uma imagem de uma santa católica (Nossa Senhora Aparecida). Esse fato ocorreu na data em que a santa é comemorada pela Igreja Católica, sendo que, durante um programa de televisão ele criticou o culto a imagens e chamou a santa de "boneca de barro".

Ainda, segundo esse jornal O Globo, de São Paulo *apud* Figueiredo [s.d.], em 2009, duas mulheres no município de São Miguel do Guamá, Estado do Pará, destruíram imagens sacras de uma Igreja matriz daquele município e foram detidas pela polícia. Ao todo foram destruídas seis peças de cunho religioso, as quais haviam sido trazidas de Roma e de Portugal ainda no ano de 1758. As duas acusadas afirmam que pertencem à Igreja Pentecostal e responderão à Justiça em liberdade, por danos materiais.

Ainda, sobre fatos que desrespeitaram a liberdade religiosa no Brasil, de acordo com Figueiredo [s.d.] o Supremo Tribunal Federal tomou uma decisão inédita no que se refere ao racismo. Os ministros concluíram que a divulgação de ideias discriminatórias ao povo judeu trata-se de crime de racismo. O STF também negou o pedido de *habeas corpus* e manteve a condenação deferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para o edito Siegfried Ellwanger pelo fato de divulgar livros com conteúdo ante semitas.

CONCLUSÃO

A partir da realização dessa pesquisa, pode-se perceber que durante muitos anos,

no Brasil, o poder político e social esteve sob a influência da Religião, especificamente da Igreja Católica. Mesmo com a separação do Poder do Estado do Poder da Igreja, ou seja, o Estado laico, a Igreja Católica manteve por muito tempo sua influência social e política do país.

No decorrer desse artigo, foram apresentados os aspectos legais e históricos relacionados a essa separação dos Poderes, ora com progressos, ora com retrocessos. Assim, considerando os aspectos históricos do Brasil no que diz respeito à liberdade religiosa, considera-se que houve avanços significativos, pois a Constituição Federal de 1988 assegura como um direito inviolável, a liberdade de consciência e de crença. Também há a previsão no Código Penal, de penas para quem cometer crimes violando esse direito.

Ainda, procuramos explanar que a Constituição Federal de 1988 também assegura como direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, buscamos conceituar sobre esse aspecto, pois, esse direito não pode ferir o outro direito em destaque. Apresentamos alguns fatos ocorridos em nosso país, os quais revelam que existem os crimes que ferem o direito à liberdade religiosa e de crença. No entanto, vale salientar que é necessário que respeitemos as nossas diferenças para que vivamos em um mundo com maior igualdade.

REFERÊNCIASBIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, L. R. Supremo Tribunal Federal. Brasil, 2015.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível emhttp://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 08/10/2015.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 15/10/2015.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htmAcesso em 03/11/2015

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htmAcesso em 04/11/2015.

CHAUÍ, M. **Fundamentalismo Religioso: A questão do poder teológico-político**. In: NOVAES, A. (org.). Civilização e barbárie. Companhia da Letras. São Paulo, 2004.
CONSTANTINO, R. UMA LUZ NA ESCURIDÃO: as ideias de grandes pensadores da humanidade, 2008.

EMMERICK, R**. As relações Igreja/Estado no Direito Constitucional Brasileiro**. Um esboço para pensar o lugar das religiões no espaço público na contemporaneidade. Revista Latino americana Sexualidad, Salud y Sociedade. 2010. Disponível em www.sexualidadesaludysociedad.org Acesso em 12/11/2015.

FIGUEIREDO, R. S. CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO: violação ao direito de culto no Brasil. Faculdade Integrada Brasil **– Amazônia – FIBRA [s.d.]. Disponível emHTTP://SEMANAACADEMICA.ORG.BR/SYSTEM/FILES/ARTIGOS/CRIMES_CONTRA_O_SENTIMENTO_RELIGIOSO_6_0.PDF**

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GRECO, R. Código Penal Comentado (3ª edição). Niterói/RJ: Editora Impetus, 2008.
LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 1993.

MARTINO, N. **Igreja x Estado: Sociedade debate a imposição da religião cristã em escola públicas e tribunais e a intolerância às crenças minoritária**. 2012. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/196984_IGREJA+X+ESTADO. Acesso em 10/11/2015.

MIRABETE, J. F. & FABRINI R.N**. Manual de Direito Penal**. Vol. 2, 28 ed. rev. e atual, São Paulo: Atlas,2011.

MONTEIRO, P. **Religião, pluralismo e esfera pública no Brasil**.Novos Estudos – CEBRAP. Março de 2006, nº 74, p. 47-65.
NUCCI, G. DE S. Manual de Direito Penal. 9ª Edição. Saraiva. 2011.

OLIVEIRA, F. A. **Crimes contra honra: Direito Material de Direito Formal**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994 p. 19 -21.

RANGEL, T.L.V. **Dos crimes contra o sistema religioso:** breves comentários ao artigo 208 do Código Penal. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8054#_ftn2 Acesso em 10/11/2015.

SCHERKERKEWITZ, I.C. **O direito de religião no Brasil.** Disponível em http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo5.htm. Acesso em 05/11/2015.

CAPÍTULO XIV

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A BUSCA PELA LIBERDADE RELIGIOSA MATERIAL

Renan Cauê Miranda PUGLIESI[iii]
Brenda Caroline Querino SILVA[iii]

RESUMO:O presente trabalho estuda a evolução da relação entre Igreja e Estado, ao mesmo passo que discorre sobre a relação deste com a emersão das liberdades fundamentais, da chamada primeira dimensão de direitos fundamentais, a fim de compreender o conteúdo do direito à liberdade religiosa e analisar como o ordenamento jurídico brasileiro tem assegurado sua proteção e efetivação. Dentro da problemática levantada, busca-se entender quais são as bases normativas que garantem o direito fundamental à liberdade religiosa e se haveria necessidade de previsões mais específicas sobre o tema. Objetiva-se, também, demonstrar como a garantia da laicidade estatal pode contribuir para a eficácia de tal direito, bem como outros elementos que possa auxiliar na construção e proteção da dimensão material do direito fundamental à liberdade. Para isso, torna-se fundamental a delimitação do conceito de liberdade religiosa, seus pressupostos e os elementos necessários para sua concretização, sejam fáticos ou normativos. Para atingir essa finalidade, o trabalho está delimitado seguindo os métodos dedutivo e histórico, além das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Estado e Religião. Liberdades fundamentais. Liberdade religiosa. Laicidade estatal. Bases normativas. Dimensão material da eficácia.

INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto enfocou o direito fundamental à liberdade religiosa e o substrato normativo existente para a consecução de sua eficácia no plano material, delimitando-se o tema dentro da estrutura jurídica brasileira, com breves e relevantes apontamentos à norma de direito internacional.A justificativa e a relevância social de se abordar tal temática está relacionada com as frequentes violações a esse direito que se presencia no contexto da sociedade brasileira, além dos embates jurídicos envolvendo o

âmbito de abrangência da liberdade religiosa. Diante de tais fatos, imperioso avaliar se normatizações constantes do ordenamento jurídico brasileiro são capazes de assegurar não somente a dimensão formal, mas também material desse direito de ordem fundamental.

Desta forma, a problematização central levantada reside no seguinte apontamento: o ordenamento jurídico brasileiro está apto a garantir a eficácia do direito fundamental à liberdade religiosa ou carece de mobilização legislativa para atingir tal fim? Diante disso, o objetivo posto em foco foi apontar para a importância de certos elementos a fim de concretizar o direito à liberdade religiosa como realidade fática e não apenas jurídica. Assim, a previsão do Estado Laico na Constituição Federal constitui um desses elemento, pois somente se o Estado se mostrar equidistante de todas as religiões, de forma igualitária, é que se poderá falar e verdadeira liberdade religiosa, isenta de intervenções. Da mesma forma, as previsões constitucionais fazem partes desse contexto, assim como outras que porventura vierem a ser elaboradas, tendo sido necessário, para fins desse trabalho, analisa-las criticamente, para que fosse possível chegar à conclusão.

A fim de entender tão intrincada temática, tornou-se vital a delimitação de seu estudo, que se voltou à realidade jurídica e social do Estado Democrático de Direito brasileiro, passando pela análise do surgimento do direito à liberdade religiosa, com base na compreensão histórica envolvendo Igreja, Estado e movimentos liberais. Em um segundo momento, foi preciso entender o real significado de Estado Laico e sua influência para o presente estudo para, por fim, realizar o estudo da Constituição Federal de 1988 e suas previsões, bem como da Declaração Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Intolerância E Discriminação Baseadas Na Religião Ou Convicção, de 1981, da Assembleia Geral das Nações Unidas e do Projeto de Lei que propunha a instituição do Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa, essenciais para levantar problemáticas e formular a conclusão; sendo esta, portanto, a forma como o presenta artigo foi estruturado.

Como forma de solucionar o questionamento levantado, foi utilizado, como método principal de abordagem, o método dedutivo, uma vez que se abordou, inicialmente, os conceitos básicos de liberdade religiosa e laicidade para, posteriormente, analisar as previsões do ordenamento jurídico, com o fito de vislumbrar sua eficácia material. Também, foi utilizado, como método acessório, o método histórico, pois foi realizada uma reconstrução histórica da relação entre Igreja e Estado, bem como deste e

da evolução das liberdades fundamentais, para que se pudesse chegar ao conceito de direito fundamental à liberdade religiosa, que foi utilizado durante todo o trabalho.

Com a finalidade de coletar e analisar os materiais pesquisados, foram utilizadas como técnicas de pesquisa: a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988, Projeto de Lei nº 1219/2015 e Declaração Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Intolerância E Discriminação Baseadas Na Religião Ou Convicção) e a pesquisa indireta bibliográfica (por meio de doutrinas, revistas jurídicas e demais publicações científicas).

1. ESTADO, RELIGIÃO E DREITOS DE LIBERDADE: A CONSTRUÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Antes de abordar a questão específica acerca da liberdade religiosa no Brasil, é preciso realizar uma análise acerca da relação estre o Estado, a religião e os direitos de liberdade. Preliminarmente, atente-se que a formação do Estado está intimamente relacionada com as ideias de liberdade, e suas limitações, bem como com a religião.

A constituição dos Estados soberanos se deu diante da necessidade do homem de se organizar e governar da forma mais justa possível, evitando-se a tirania daqueles sedentos de poder. Além disso, havia larga preocupação com a proteção dos direitos mais genuínos do homem, que só seriam efetivamente garantidos e respeitados se um ente fictício, regido por um corpo de leis, pudesse tutelar e se impor, de forma justa, perante os membros da sociedade. Assim, surge o Estado, fruto de um contrato social, em que os membros da sociedade abrem mão de parcela de sua liberdade, tendo em vista o bem comum, aceitando que esse ser fictício passasse a reger, nos termos das leis, a vida de todos os seus cidadãos (BURDEAU, 2005, p. 10-12).

Como se percebe, a liberdade passa a ser limitada pela Estado, que passa a regular de forma atuante e firme a vida das pessoas. Assim, muitas das liberdades que pareciam absolutas para algumas castas, durante a Idade Média, passam a ser limitadas, ganhando delimitações mais restritas.

Contudo, é de se notar que essa maior ingerência estatal não permaneceria incólume por muito tempo, uma vez que nem todas as classes sociais eram satisfeitas com tal atuação. Assim, o "pensamento liberal-burguês" (SARLET, 2012, p. 46) ganham força e culminam na Revolução Francesa, marco do liberalismo e do início da chamada primeira dimensão de direitos fundamentais. Conforme lembra a doutrina:

> Os direitos fundamentais de primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jus naturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reinvindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental (SARLET, 2012, p. 46).

Essa dimensão de direitos é marcada, justamente, pela ideia de liberdade diante do Estado. O que se buscava era maior independência frente à administração estatal e seus governantes, para que alguns direitos fossem finalmente respeitados, dos quais "os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei [formal]" (SARLET, 2012, p. 46). Além disso, em momento posterior, esses primeiros direitos foram complementados por uma gama de direitos de liberdade, como as denominadas "liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva" (SARLET, 2012, p. 47).

Assim, fica clara a busca por demarcar os limites da atuação estatal, freando sua interferência na vida e autonomia privada, razão pela qual convencionou-se chamar essas liberdades de negativas, também conhecida de "liberdade dos modernos". Assim, nega-se que qualquer outro ser humano, muito menos o Estado, interfira na sua liberdade e capacidade de eleição de seus atos (MASSON, 2015, p. 236).

Posteriormente, vieram as segunda e terceira dimensões de direito – e uma quarta, para alguns autores. A segunda dimensão diz respeito aos direitos sociais, consistindo numa maior interferência estatal no sentido de materializar alguns direitos mínimos, oferecendo meios materiais à efetivação dos direitos individuais. Já a terceira dimensão caracteriza-se por direitos de titularidade coletiva e difusa, também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, e tem como exemplos o direito do consumidor e o direito ambiental (TAVARES, 2015, p. 352-356).

É preciso lembrar que esses direitos de liberdade, tidos como de primeira dimensão, não se esgotaram com a vinda da segunda dimensão de direitos, nem pela seguinte. Primeiro, porque não há como apontar marcos definitivos de começo e início de cada uma das dimensões. Os direitos por cada uma delas garantidos não se esgotam nem começam em marcos específicos, que são apontados pela doutrina apenas de forma didáticas, apontando eventos históricos de tal monta que simbolizam algumas

reinvindicações e evidenciam a onda na busca por determinados direitos, que nesse ponto, sofrem inflação na sua busca.

Por outro lado, o interesse por tai direitos, a exemplo daqueles de liberdade, não desaparecem com o passar do tempo, mas ganham novas formas, se remodelando, ou vivenciam novas reinvindicações. Até por isso, boa parte da doutrina passou a rechaçar a nomenclatura adotada por muitos, que falavam em "gerações de direitos", pois esta transmite a ideia de sucessão no tempo, como se uma geração se sobrepusesse à anterior.

Assim, os direitos de liberdade ainda se fazem imprescindíveis nos dias atuais, possuindo inauferível grau de fundamentalidade para o ser humano e a almejada concretização da dignidade da pessoa humana. Em um segundo ponto, é preciso analisar a relação entre Estado e Igreja, que está intimamente ligado à ideia de liberdade, principalmente no que tange à liberdade religiosa.De fato, a relação entre Estado e Igreja viveu inúmeros episódio, passando por momentos em que a relação foi estreita, quando dividiam o poder; por outro lado, de forma mais recente, vivenciou-se grande turbulência, que estremeceu a relação e culminou num movimento de ruptura, em vários pontos do mundo, entre essas duas figuras de poder.

Note-se que, através dessa relação, a Igreja, notadamente a Católica, envolveu-se em façanhas do Estado feudal, angariando poder, influências, posses e riquezas, além de obter ampla margem de atuação na contenção de novos pensamentos, conforme se deu com a Santa Inquisição (GONÇALVES, 2012, p. 2). A associação entre Igreja Católica e Estado era eficaz no controle das massas, financiando a manutenção dos Monarcas por longos períodos no poder, sendo, portanto, em muito conveniente tanto aos governantes como aos membros do Clero, tornando o sistema estável por muito tempo.

Entretanto, a burguesia ascendente e excluída dessa estrutura de poder, relegados à condição de meros comerciantes, não se contentava com tal estrutura. Aproveitando-se das massas, que passavam a reivindicar uma atuação mais justa e disposta a respeitar alguns direitos essenciais à vida humana, principalmente as liberdades fundamentais, buscaram alterar as estruturas de poder.Uma das formas que se apresentou como apta desabilitar essa estrutura foi o combate à Igreja Católica, aproveitando-se da hegemonia absoluta e repreensiva que exercia, e que atraia grande descontentamento daqueles que já estavam inclinados na busca por liberdades, e que almejavam ter sua liberdade de crença também respeitadas e garantias.

Além disso, o envolvimento da Igreja dominante com o poder e sua corrupção fizeram com que a razão desfrutasse de maior prestígio, marcando o início de um movimento mais forte não só em relação à uma religião determinada, como à própria ideia de religião que deveria estar longe do poder e vinculada à ideia liberdade, devendo cada pessoa ter autonomia na sua crença, sem qualquer imposição estatal. Note-se que:

> A Igreja Católica, alicerce do regime teológico-político do Ancien Régime e mandante das perseguições religiosas aos Huguenotes, era o principal inimigo a abater. Na quase ausência de pluralismo religioso nas vésperas da revolução, a luta contra a religião dominante é travada em nome da Razão, que chega a ser endeusada e transformada em "religião civil" da revolução. É com base na Razão que se vai defender a laicização do espaço público e a marginalização da religião (MACHADO, 2009, p. 115, grifo do autor).

A busca pela separação entre Estado e religião culmina na evidenciação do direito fundamental à liberdade religiosa, calcado no ideal emancipador deu origens às revoluções do século XVIII, que tinham como traço marcante a busca intensa pelas liberdades fundamentais.

Este direito, na forma positivada, é uma conquista que vem aliada à ideia de Estado Democrático de Direito. Não se pode falar em direitos civis, políticos e de liberdade em um Estado que rejeita a democracia (SORIANO, 2009, p. 164). Aliás, há maior violação dos direitos de liberdade, inclusive religiosa, nos Estados não democráticos, ou não-livres, os quais restringem com vigor a liberdade de expressão e religião (Marshall, 2007 *apud* SORIANO, 2009, p. 164). Assim, tal direito surgiu como reação às estruturas de poder da época. É o que se verifica:

> O direito à liberdade religiosa constitui um dos elementos estruturantes do moderno Estado constitucional. Este desenvolveu-se como reação, quer contra o autoritarismo teológico-político da Cristandade medieval, com os seus esquemas inquisitoriais de repressão da dissidência, quer contra o regalismo dos monarcas absolutos nos alvores do Estado moderno, os quais reclamavam para si o direito de impor a sua religião aos seus súditos (MACHADO, 2009, p. 113).

Portanto, é possível traçar um paralelo entre dois enfoques distintos, um envolvendo a relação entre o surgimento e evolução do Estado e a busca pelas liberdades fundamentais; outro, desvendando a relação entre Estado e Igreja. Conjugando-se tais enfoques, torna-se possível compreender o momento no qual os direitos de liberdade religiosa surgem e ganham força, bem como sua justificação, não só quanto a origem,

como quanto a permanência no tempo até os dias atuais. Dito isto, é preciso compreender a extensão do que se entende por liberdade religiosa, de sorte que:

> A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis (Jorge Miranda *apud* SORIANO, 2009, p. 170).

Assim, a concepção de liberdade religiosa, oriunda do movimento liberalista que consagrou a primeira dimensão de direitos fundamentais e que se deu paralelamente à separação entre Estado e Igreja, nada mais é que uma garantia fundamental ao ser humana, consistindo em verdadeiro corolário do direito à liberdade, devendo ser resguardada e garantida como tal, sendo imprescindível que o Estado contribua, de forma positiva ou negativa – ou seja, intervindo ou se abstendo -, para que se possa falar em liberdade material, distante do abstracionismo das normas e mais próximo à concretude que se busca.

2. LAICIDADE ESTATAL

Para os objetivos desse trabalho, é preciso delimitar como tal panorama, que envolve a emersão das liberdades fundamentais no âmbito dos anseios sociais por todo o mundo, bem como da barreira que passou a ser construída entre a Igreja, notadamente a Católica, e os Estados nacionais, se desenvolveu no Brasil.

É preciso salientar, inicialmente, que o Brasil é uma país laico desde 07 de janeiro de 1890, com a edição do Decreto 119-A, caráter esse que foi erigido a princípio constitucional em 1891, sendo, então, reproduzido em todos os textos constitucionais seguintes (SARMENTO, 2009, p. 213). Na atual Constituição, o art. 19, inciso I, diz ser vedado a qualquer ente da federação "estabelecer cultos religiosos ou subvencioná-los, embarcar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público". Assim, ao menos formalmente, proclamada está a laicidade do Brasil.

A laicidade está intimamente ligada a ideia antes passada de liberdade religiosa, pois vem a garantir esta última. Com isso, quer-se dizer que a laicidade não permite o injustificado privilégio de uma religião perante as outras, mas que todos possam ser

respeitadas e garantidas, e que seus seguidores tenham liberdade para escolhê-las e cultuá-las.

Muito se questionou acerca da laicidade em razão da invocação de Deus no preâmbulo da Constituição Federal, uma vez que, se a norma máxima de um Estado soberano faz menção a Deus em seu texto, independentemente da alocação textual, é porque aquela sociedade se manifestou, ao menos em sua maioria – levando-se em consideração o Estado Democrático de Direito -, em concordância com essa manifestação e, assim, expôs uma pretensa consciência coletiva daquele local.

A discussão perdeu força quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.076-5/Acre, julgou que o preâmbulo da Constituição não possui caráter normativo, mas de orientação. Ou seja, não há vínculo de obrigatoriedade, mas a apresentação de sentidos interpretativos para o hermeneuta e aplicador do direito.

O preâmbulo da Constituição, ainda que invoque Deus em seu texto, não quer significar que o Brasil seja um Estado confessional, ou que tenha adotado uma religião ou fé. De fato, a doutrina interpreta tal situação como oposição ao laicismo, ou seja, qualquer espécie de interpretação distorcida que poderia advir da laicidade, no sentido de se pretender evidenciar um sentimento "antirreligioso" por parte do Estado, quando a intenção é justamente o contrário, buscando-se garantir a todos a pratica da religião que escolherem, em nome de um Deus ou não. Assim como ensina a doutrina:

> A laicidade não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateísta ou refratária a religiosidade. Na verdade, o ateísmo, na sua negativa da existência de Deus, é também uma posição religiosa, que não pode ser privilegiada pelo Estado em detrimento de qualquer outra cosmovisão. Pelo contrário, a laicidade impõe que o Estado se mantenha *neutro* em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe vedado tomar partido em questões de fé, bem como buscar o favorecimento ou o embaraço de qualquer crença (Moreira; Canotilho, 2007 *apud* SARMENTO, 2009, p. 214, grifo do autor).

A partir desse exposto, tem-se que o Estado não pode assumir relação com qualquer religião que seja, incluindo-se os ateus – que não acreditam em um ser divino – e os agnósticos – que se dizem incapazes de comprovarem a existência de um Deus. É possível relacionar a laicidade estatal com dois outros princípios, intimamente relacionados entre si: as garantias de liberdade religiosa e igualdade. Em relação ao primeiro, a não ingerência do Estado garante a independência de pensamento e escolha do cidadão.

Quando o Estado assume o vínculo com algum seguimento religioso, exerce, ainda que psicologicamente, certa pressão e opressão em relação àqueles que não o seguem. Ao prever a laicidade, garante-se a liberdade de escolha. Em relação ao segundo, a linha de raciocínio permanece, uma vez que, em uma sociedade pluralista, com vários credos e seguimentos diferentes, a laicidade se mostra como suporte de garantia a que todas as religiões sejam tratadas com o mesmo apresso, impedindo qualquer favorecimento e a consequente "assunção" pelo Estado de uma posição específica, o que garante a igualdade nas relações (SARMENTO, 2009, p. 215-216).Diante disso, demonstra-se a estreita ligação entre a laicidade e a liberdade religiosa, pois a primeira torna-se instrumento para a concretização da última, à medida que o ente responsável pela gestão da sociedade não assume qualquer posição religiosa, de forma a influenciar os governados.

A despeito da chamada laicidade, é preciso, contudo, verificar como o Estado tem se posicionado, principalmente em termos de legislação, uma vez que as garantias de direito, frente ao Estado, não se resumem a ações negativas, de abstenção, já que também existem ações afirmativas, que por vezes, tentam corrigir desigualdades e omissões que a própria sociedade gera diante da imensa gama de direitos que se fazem presentes. Em razão disso, é preciso explorar o objeto de pesquisa, a fim de vislumbrar como o ordenamento jurídico está disposto diante da garantia de liberdade religiosa, a começar pela Constituição Federal.

3. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LIBERDADE RELIGIOSA

O ordenamento jurídico brasileiro é francamente inflacionado em termos de quantidade de leis. A cultura jurídica brasileira procura prever todo tipo de situação, como se a resposta a todo conflito social devesse ser buscada em previsões legais.

Contudo, muitas previsões são necessárias, até porque a sociedade absorveu essa cultura jurídica exageradamente positiva. Assim, há a necessidade da população de justificar seus direitos na lei, assim como há, por parte daqueles mal-intencionados, escusas por suas atitudes imorais em razão da falta de previsão legislativa, algo que é comum, inclusive, dentre os detentores do poder.

Aliás, muitos direitos carecem de medidas legislativas mais enérgicas para serem concretizados. Assim, verdadeiras ações afirmativas institucionalizadas precisam se fazer

presentes para que algumas garantias constitucionais fundamentais sejam respeitadas, cabendo verificar se a liberdade religiosa está entre elas, a começar pela Constituição Federal.

Como o Preâmbulo e o art. 19, I, já foram objeto de análise, cabe recair a atenção sobre o art. 5º, VI, que reza: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". Primeiramente, é preciso notar que o referido inciso "materializa a laicidade do Estado vigente ao assegurar a inviolabilidade de consciência e de crença, bem como garantir 'o livre exercício de cultos religiosos' e a proteção aos locais de culto e a suas liturgias'" (MASSON, 2015, p. 241).

Vale notar que a autonomia quanto à consciência é conceito extremamente amplo, pois liberta o indivíduo de quaisquer influências de cunho moral, filosófico, religioso, político ou sociológico, permitindo que receba, aceite e adote juízos, ideias e opiniões de acordo com sua consciência individual (MASSON, 2015, p. 241). Aliás, ensina a doutrina:

> A liberdade de consciência consiste no direito de possuir, inovar, expressar ou até desistir de opiniões e convicções, assegurando-se o direito de agir em consonância com tai valores. A liberdade de pensamento [...] abarca a liberdade de consciência, mas sua especificação na Constituição realça a importância de se assegurar a livre formação e exteriorização de convicções religiosas (RAMOS, 2015, p. 530-531, grifo do autor)

Já a liberdade de crença é mais restrita, pois envolve somente o aspecto religioso, consistindo no direito da pessoa de professar ou não sua crença religiosa (MASSON, 2015, p. 242). André de Carvalho Ramos (2015, p. 532) expõe que a liberdade de crença ou de religião consiste em faceta da liberdade de consciência, correspondendo ao direito de adotar e abandonar livremente qualquer crença religiosa, sem qualquer imposição estatal.

Por fim, ainda que Ramos (2015, p. 532) coloque a pratica de ritos, cultos e manifestação da fé como integrantes da liberdade de crença, o que não deixa de ser justificável, a leitura de Nathalia Masson (2015, p. 242) parece mais adequada, ao eleger a liberdade de culto como direito relacionado a todos os outros, mas independente. Esse direito nada mais seria que o exercício da liberdade de crença, que se exterioriza através de cerimônias, reuniões e atos de fidelidade aos hábitos e tradições. Outras duas previsões importantes se encontram nos incisos seguintes:

> VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

No que diz respeito à primeira, há a garantia ao partidário de qualquer religião da prestação de assistência de cunho religioso aos indivíduos que estejam em qualquer entidade de internação coletiva, como hospitais ou estabelecimentos prisionais, por exemplo. É preciso que haja comum acordo para que a assistência seja realizada, necessitando-se da concordância do interno, ou de sua família, quando não for capaz de fazê-lo. Ainda, importante que se respeite a normas do referido estabelecimento, para que o interno e o ambiente não sejam colocados em risco (MASSON, 2015, p. 243).

Contudo, uma ressalva precisa ser feita: as normas internas do estabelecimento não podem servir de empecilho ao pleno exercício da liberdade religiosa, salvo em casos excepcionais, como acima apresentados. Assim, por exemplo, ainda que a religião do interno não seja aquela dominante na sociedade, nem dentro do próprio estabelecimento. Ainda assim, não se pode impedir que receba a assistência, usando-se como justificativa o receio de que os outros internos, como maioria, se rebelem contra o ato. Ainda que seja realizada em sala separada, ou local mais reservado, a assistência deve acontecer, sob pena de restringir um direito de liberdade por integrar uma minoria. Ainda que haja certo sentimento de revolta, a liberdade religiosa não pode ceder diante da intolerância e do preconceito.

Em relação ao segundo inciso, está prevista a chamada escusa de consciência ou objeção de consciência, a qual permite que o indivíduo não pratique certo ato ou cumpra determinação legal caso estes não sejam condizentes com suas convicções religiosas, políticas e filosóficas. O sujeito não será, de qualquer forma, punido por tal escusa, desde que cumpra a prestação alternativa que a lei prescrever (MASSON, 2015, p. 242). A referida previsão constitucional possui relevância, pois denota que nem mesmo a legislação infraconstitucional poderá obrigar ou coagir o indivíduo a praticar determinado ato se isso ocasionar o sacrifício de sua liberdade religiosa.

André de Ramos Carvalho (2015, p. 533) menciona outros comandos constitucionais que fazem remissão à fé e religião, a saber: a escolha do descanso semanal remunerado "preferencialmente aos domingos" prevista no art. 7º, XV, fruto do dia de

descanso preconizado pelo cristianismo; a previsão de dispensa do serviço militar obrigatório aos eclesiásticos em tempos de paz, conforme art. 143, §2º; e previsão de ensino religioso, de matrícula facultativa, como disciplina dos horários regulares das escolas públicas de ensino fundamental, nos termos do art. 210, §1º.

Em verdade, as duas primeiras previsões apontadas evidenciam a formação histórico-cultural brasileira, marcada pela prevalência do Catolicismo. Contudo, a última previsão é passível de discussão. De fato, quanto ao tema relacionado a ensino religioso nas escolas públicas, existem duas correntes que se posicionam acerca do assunto, conforme expõe a doutrina:

> A primeira visão, tradicional, sustenta que o ensino tem conteúdo vinculado ao ensino dos dogmas de determinada fé, devendo ser ofertadas várias opções aos alunos, de acordo com o interesse, podendo ser os professores vinculados a igrejas ou cultos, sendo vedada qualquer forma de doutrinação ou proselitismo. A segunda visão defende que o ensino religioso em escola pública deve consistir na exposição das doutrinas e histórias das religiões, bem como na análise de posições não religiosas, como o ateísmo e o agnosticismo – sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores, que devem ser professores da própria rede pública (RAMOS, 2015, p. 533, grifo do autor).

Ressalvada a posição anteriormente exposta de que mesmo o ateísmo e o agnosticismo são convicções religiosas, as duas posições se mostram como razoáveis. A primeira talvez enfrente maiores obstáculos práticos, uma vez que a escola precisaria garantir o mesmo acesso a todas as religiões, sob pena de cometer ato de franca discriminação com uma ou algumas delas. Se a ideia é garantir a liberdade religiosa, e a igualdade entre elas, sem beneficiar qualquer que seja, é preciso dar igual acesso a todos, algo muito difícil de se concretizar.

Em relação à segunda visão, mais fácil de vislumbrar seu acerto, uma vez que as doutrinas e histórias seriam transmitidas a todos indistintamente, sem a necessidade de separar indivíduos para realizar o ensino. Seria uma matéria como qualquer outra da grade curricular, e que, em última instância, promoveria a liberdade religiosa à medida que transmitiria o conhecimento dos mais diversos segmentos, possibilitando ao educando o acesso ao diferente e a possíveis mudanças em suas convicções, que normalmente são influenciadas pelo ambiente familiar.

Neste momento, é preciso fazer um recorte, atentando-se para a normatização internacional, por dois motivos: primeiro, para vislumbrar como esta pode ter influenciado a Constituição Federal em suas previsões garantistas da liberdade religiosa;

segundo, pois a legislação internacional pode ser usada como parâmetro para futuras previsões nacionais.

Assim, cabe anotar que em novembro de 1981, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou, através da resolução 36/55, a Declaração Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Intolerância E Discriminação Baseadas Na Religião Ou Convicção. O referido diploma internacional teve por intuito consagrar a liberdade religiosa em todos os seus aspectos, para que a mesma seja exercida sem precisar superar barreiras de preconceito, discriminação e exclusão. Algumas previsões da referida norma auxiliam na compreensão do seu objeto, a começar pelo artigo 1º, 1, que dispõe:

> Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter uma religião ou qualquer convicção da sua escolha, e a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou conjuntamente com outros, tanto em público como em privado, pelo culto, cumprimento dos ritos, as práticas e o ensino.

Após o estudo das previsões constitucionais, fica evidente a influência que o legislador constituinte recebeu da referida Declaração. As três vertentes anteriormente expostas – liberdade de consciência, crença e culto - se fazem presentes, evidenciando como tais direitos são essenciais para todo e qualquer ser humano, independentemente da nacionalidade. Contudo, a Declaração traz outras previsões de grande importância, como:

> Art. 2º. 2. Para os fins da presente Declaração, entende-se por " intolerância e discriminação baseadas na religião ou convicção" qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na religião ou convicção e que tenha como objetivo [*sic*] ou consequência a supressão ou limitação do reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais em condições de igualdade.

Essa definição é importante e não se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro. A definição normativa da intolerância e discriminação, embora não seja essencial - pois a doutrina e a jurisprudência está apta a construir tais conceito e, de fato, o tem feito -, pode ser útil para prevenir e solucionar problemas interpretativos, resolvendo conflitos hermenêuticos. A delimitação viabiliza uma aplicação mais segura e imune a dualidades – ainda que toda norma careça, em última instância, de um esforço interpretativo, em maior ou menor grau. Ainda, é preciso lembrar que:

> Artigo 3.º A discriminação entre seres humanos por motivo de religião ou convicção constitui um atentado à dignidade humana e uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, e deverá ser condenada enquanto violação dos direitos humanos e

> liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e enunciados em detalhe nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, e enquanto obstáculo às relações amistosas e pacíficas entre nações.

Assim como no plano internacional, não há dúvidas que, no ordenamento jurídico brasileiro, a discriminação em razão de religião constitui verdadeiro atentado à dignidade da pessoa humana, uma vez que viola não somente um dos objetivos fundamentais do Brasil (art. 3º, IV), como também princípios fundamentais ao ser humano, como liberdade e igualdade materiais. Em última instância, a discriminação atenta contra o próprio Estado Democrático e Constitucional de Direito, que não dever permanecer inerte a essa situação. Em razão disso, vale destacar por último, as seguintes previsões:

> Artigo 2.º 1. Ninguém será objeto [*sic*]de discriminação por parte de qualquer Estado, instituição, grupo de pessoas ou indivíduo, devido à sua religião ou outra convicção. [...] Artigo 4.º 1. Todos os Estados deverão adoptar [*sic*] medidas eficazes a fim de prevenir e eliminar a discriminação por motivo de religião ou convicção no reconhecimento, exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em todos os domínios da vida civil, económica, política, social e cultural. 2. Todos os Estados deverão fazer todos os esforços a fim de aprovar ou revogar leis, consoante o caso, com o objetivo [*sic*] de proibir qualquer discriminação deste tipo, e adoptar [*sic*] todas as medidas adequadas a fim de combater a intolerância por motivo de religião ou outras convicções na matéria.

Os supramencionados dispositivos expõem as duas faces da liberdade religiosa: as dimensões positiva e negativa. A liberdade negativa está presente no art. 2º, I, quando menciona que o Estado não poderá, sob qualquer argumento, promover a discriminação ou perpetrar ações preconceituosas contra qualquer indivíduo. O viés positivo se encontra nas previsões do art. 4º, ao exigir do Estado posição proativa, para que adote medidas eficazes para prevenir e eliminar qualquer tipo de discriminação envolvendo religião, bem como elabore e revogue leis nesse sentido, com o fim de concretizar tais liberdades.

Encerrada a análise da referida Declaração e aproveitando-se da noção de Estado interventor, a fim de garantir a liberdade religiosa através da formulação de leis para tanto, vale destacar o Projeto de Lei nº 1219/2015, proposto e retirado de tramitação por Leonardo Quintão, do PMDB/MG, que propunha instituir o Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa.

Referido projeto continha texto extenso, com previsão de 50 artigos, regulamentado diversos temas acerca da liberdade religiosa, tais como: princípios norteadores; direitos individuais e coletivos da liberdade religiosa; liberdade religiosa de populações indígenas e comunidades tradicionais, bem como dos direitos da criança e do

adolescente; laicidade do Estado; dispositivos envolvendo situações de violações aos direitos de liberdade religiosa, dentre outros. Na justificação da proposta de lei, o autor do projeto assim se posicionou:

> O motivo e importância do presente Projeto de Lei reside no fato de que a proteção da Liberdade Religiosa constitui-se um dos pilares do Estado Democrático de Direito, erigido por Declarações e Tratados Internacionais e pela Constituição Brasileira como um Direito Humano Fundamental e, assim, se propõe a proteger a dignidade da pessoa humana, sendo um patrimônio de cada indivíduo, do qual é possuidor desde o dia de seu nascimento. Sem Liberdade Religiosa, em todas as suas dimensões, não há plena liberdade civil, nem plena liberdade política, isto é, não há possibilidade de Democracia. Além disso, a luta pela Liberdade Religiosa está no pano de fundo da conquista dos demais direitos humanos tidos por fundamentais. [...] Todos os grupos religiosos devem receber tratamento igualitário, independentemente de sua gênese social, cultural, étnica, número de membros, tempo de existência, grau de instrução dos adeptos, formas de financiamento ou outra característica que possua. Enfatizamos que o Estado não pode tratar de modo diferenciado as instituições religiosas, impondo obstáculos ou concedendo privilégios a um grupo em detrimento de outro.

A justificação é válida quando se pensa no número de conflitos que diariamente se faz presente na sociedade brasileira, além das constantes violações e do alto nível de tolerância impregnado em todos os setores e camadas sociais. Apenas a título de exemplo, cite-se algumas problemáticas: colocação de crucifixos em órgãos públicos, principalmente nas salas de audiência e sessões dos Tribunais; recusa de tratamento médico por motivo religioso; posição provisória assumida pelo STF em que recusa a mudança de data do ENEM para alunos de fé judaica, tendo prevalecido o princípio da igualdade; os conflitos envolvendo pedidos de datas alternativas para exames e concursos públicos, por ocorrência em dia que deve ser "guardado", segundo determinadas religiões; colisão entre a liberdade de religião, mais especificamente no que atine à liberdade de culto, e o direito à integridade psíquica, no caso do uso de alto-falantes com ruídos acima do permitido (RAMOS, 2015, p. 534-535).

A grande quantidade de conflitos, muitos deles ainda não solucionados definitivamente, e as frequentes ações que são concretizadas constantemente e são, ao menos potencialmente, lesivas ao direito de liberdade religiosa, um Estatuto da forma como tinha sido proposto, ou seguindo-se a sistemática da Declaração internacional sobre o tema, poderiam acarretar transformações sociais profundas e maior concretização dos mencionados direitos.

As previsões constitucionais, embora imprescindíveis, são amplas, até por se tratarem de direitos fundamentais que precisam ter larga abrangência, de forma a abarcar

as mais diversas situações. Não obstante a isso, para que se consiga maior concretude de tais direitos, algumas políticas públicas e medidas legislativas específicas consistem num grande passo em direção à concretização de direitos essenciais a uma sociedade democrática e justa.

CONCLUSÃO

A relação de proximidade entre Estado e Igreja, após muitos séculos, se tornou mais distante, havendo clara desvinculação entre eles, muito em razão dos movimentos liberais, da busca por uma sociedade mais justa e que respeitasse os direitos fundamentais, em busca da concretização dos direitos de liberdade. A liberdade religiosa emerge nesse contexto como uma faceta das liberdades fundamentais, pretendendo garantir a plena e livre escolha do cidadão para escolher determinada religião, ou nenhuma, podendo praticar e cultuar suas crenças, exercendo suas liberdades religiosa sem empecilhos – salvo justos impedimentos.

A laicidade estatal se mostra como o primeiro imperativo necessário para que esses direitos sejam efetivados. A laicidade significa um Estado atento à importância de se proteger a liberdade religiosa, garantindo que todos tenham acesso às suas crenças em igualdades de condições. Atente-se que isso não significa que o Estado será laicista, contrário a religião, mas equidistante de todas elas, dando condições para que possam subsistir. O segundo ponto de extrema relevância está nas normatizações existentes. A Constituição Federal, conferindo *status* de direito fundamental à liberdade religiosa, consiste, sem dúvida, na mais importante previsão, dando base a qualquer outra que possa vir.

A Declaração Sobre A Eliminação De Todas As Formas De Intolerância E Discriminação Baseadas Na Religião Ou Convicção abriga importantes previsões que parecem ter influenciado o Texto Constitucional e pode vir a servir de parâmetros para outras normas futuramente.O Projeto de Lei 1219/2015 tinha previsões completas e detalhadas, seguindo aproximadamente o caminho trilhado pela Declaração. Ainda que referido projeto tenha sido retirado de pauta, não vindo a se tornar lei, ele evidencia que mudanças ainda precisam ser feitas, para que se possa falar em liberdade religiosa em concreto.

Muito embates ainda vem sendo travados e muitas violações a esses direitos são corriqueiras. Ainda que a Constituição tenha carreado bases sólidas para esse direto fundamental, nova medida legislativa não pode ser descartada na busca pela efetivação do direito à liberdade religiosa, até mesmo pela característica legalista do judiciário e da sociedade brasileira. Uma ação afirmativa institucionalizada em forma de lei pode vir a ser solução plausível para problemática do direito fundamental à liberdade religiosa, que se mostra formalmente garantido, mas ainda distante no que diz respeito à sua dimensão material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURDEAU, George. **O estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Forense, 2005.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Da intolerância religiosa aos direitos humanos**. Revista da faculdade de direito da UERJ**.** Vol. 2, nº 22, julho/dezembro de 2012**.** Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/2304/3160>. Acesso em 20 de julho de 2016.

BRASIL. **Constituição federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 de julho de 2016.

_____. **Projeto de lei nº 1219/2015.** Autor: Leonardo Quintão. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1323395&filename=PL+1219/2015>. Acesso em 20 de julho de 2016.

MACHADO, Jónatas E. M. **Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teorético-jurídico.** In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 113-162.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed., 3ª tir., rev., ampl. E atual. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015.

ONU. **Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou convicção.** Resolução 36/55, de 25 de novembro de 1981, da assembleia geral das nações unidas. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/nota-publica-em-defesa-do-respeito-e-da-liberdade-de-expressao-religiosa>. Acesso em 20 de julho de 2016.

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

SARMENTO, Daniel. **O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado.** *In*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 211-234.

SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal.** *In*: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (coord.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163-209.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPÍTULO XV

RECUSA À TRANSFUSÃO DE SANGUE POR MOTIVO DE CONVICCÇÃO RELIGIOSA: DA EVOLUÇÃO DO PATERNALISMO MÉDICO À AUTONOMIA DO PACIENTE

Laerty MorelinBERNARDINO[iii]

RESUMO:O presente trabalho aborda o aparente conflito de direitos fundamentais entre o direito à vida *versus* a liberdade religiosa, notadamente em razão da possiblidade de negativa de transfusão de sangue pelos adeptos da religião Testemunhas de Jeová. Inicialmente, há que levar a consideração que a liberdade de religião é um direito fundamental, uma das liberdades básicos do indivíduo, constituindo escolha existencial que deve ser respeitada tanto pelo Estado quanto pela sociedade. Por sua vez, é analisada a dignidade da pessoa humana, seja sob a faceta da autonomia da dignidade, seja como heteronomia da dignidade. A recusa em se submeter a procedimento médico, por motivo de crença religiosa, configura manifestação da autonomia do paciente, derivara esta da dignidade da pessoa humana. Resta ainda evidenciado as normas constitucionais que dão guarida aos direitos fundamentais supostamente em choque, bem como os dispositivos legais e regulamentares aplicados ao presente tema. Nessa vereda, o estudo visa a demonstrar a aplicação dos fundamentos teóricos analisados ao longo do texto, especificamente quanto à legitimidade ou não da recusa à transfusão de sangue por motivo de ordem religiosa e suas consequências práticas no plano judicial. A evolução de celeuma passa do chamado "paternalismo médico" a uma maior autonomia do paciente, inclusive com a evolução dos diplomas legislativos internos, quais sejam, resoluções do Conselho Federal de Medicina. Por fim, há que se levar em consideração a forma de tal consentimento frente à recusa de tratamento, sobretudo quando presente o risco de morte ou de grave lesão, o que significa dizer que tal consentimento precisa ser válido, inequívoco, livre e informado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à vida; Liberdade religiosa; paternalismo médico; autonomia; dignidade da pessoa humana; Testemunhas de Jeová.

INTRODUÇÃO

A presente produção científica vislumbra revisitar o arcabouço teórico assim como analisar a evolução do embate entre o direito fundamental à vida versus direito

fundamental à liberdade religiosa, notadamente aquele verificado quando da recusa à transfusão de sangue por motivo de ordem religiosa, especialmente por aqueles que professam a religião Testemunhas de Jeová. Inicialmente, há que se analisar a evolução do chamado "paternalismo médico", aquele relacionado ao que se convencionou chamar de ética hipocrática, pelo qual se justificava qualquer medida destinada a restaurar a saúde do paciente ou prolongar a vida deste, independentemente da anuência ou até mesmo contra sua vontade.

Com efeito, é consabido que a partir do Código de Nuremberg de 1947, houve a superação de tal paradigma, quando o referido paternalismo médico deu lugar à autonomia do paciente, isso tudo com fundamento na bioética, refletindo sobremaneira na sociedade contemporânea, tanto no plano jurídico quanto no plano social.Paralelamente a essa evolução teórica no campo da medicina, é importante lembrar do protagonismo que o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou logo após o final da 2ª Guerra Mundial, funcionando como fator de legitimação e vetor de interpretação da legislação em geral.

Ocorre que, a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Assim, tem-se o equacionamento da questão que envolve de um lado a vida humana, encarada como direito individual e como valor protegido pela ordem constitucional, ao passo que do outro lado tem-se a liberdade religiosa, igualmente compreendida como um direito fundamental e ganhou maior espaço junto ao exercício da hermenêutica jurídica nos últimos tempos.

Considerando a realidade que será pormenorizadamente detalhada, será preciso analisar 3 (três) questionamentos: 1) A nossa Constituição Federal proclama a superioridade de algum desses princípios em detrimento do outro, seja direito fundamental à vida, seja o da liberdade religiosa? 2) A transfusão sangue compulsória, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, viola notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana? 3) Em caso de legitimidade da recusa, quais os requisitos para o exercício válido da autonomia da vontade pelo paciente?

Para responder a essas questões suscitadas, o caminho a ser percorrido no presente artigo, será dividido em três partes. Sendo que em um primeiro momento será dado ênfase ao aspecto procedimental médico em relação à evolução da relação médico e pacientes. Em segundo lugar, o presente trabalho aborda o surgimento e posterior primazia do

conceito de dignidade da pessoa humana, notadamente surgido no pós-segunda guerra mundial, estando atrelado com os direitos considerados de 3º geração. Em consequência, tais conceitos são contextualizados com o valor da liberdade religiosa e suas nuances, bem como as formas de liberdade religiosa consagradas em nossa Constituição Republicana.

Por fim e não menos importante, o estudo visa a demonstrar a aplicação dos fundamentos teóricos analisados anteriormente à hipótese em questão, qual seja, a recusa à transfusão de sangue por motivo de ordem religiosa e suas consequências práticas no plano judicial. Ademais, é de bom alvitre ressaltar o posicionamento de órgãos administrativos competentes, tais quais a OMS e Conselho Federal de Medicina, assim como os tribunais pátrios, especialmente do guardião da Constitucional Federal, o Colendo Supremo Tribunal Federal.

1. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DO PATERNALISMO MÉDICO À AUTONOMIA DO PACIENTE

Como já fora ressaltado, as relações entre médicos e pacientes estavam adstritas ao que se convencionou chamar à época de *ética hipocrática*, de modo que o médico assumia a postura de "protetor do paciente", justificando-se, portanto, qualquer medida destinada a restaurar a saúde do paciente ou prolongá-la, seguindo seus próprios critérios para tanto, pelo qual a vontade do paciente deveria até então ser desconsiderada (BARROSO, 2010).

Posteriormente, com o fim da 2º Guerra Mundial, o paradigma desse paternalismo médico começa a ser superado, especialmente em razão do Código de Nuremberg, de 1947, este que veio para regular as pesquisas com seres humanos. Assim, calcado no princípio da autodeterminação da pessoa, o referido Código estabeleceu a necessidade do chamado "consentimento informado" como requisito para a validade das experiências médicas.

Tal superação de paradigma é decisiva quanto à relação médico-paciente, pelo qual fora dado ênfase a partir de então à autonomia do paciente como fundamento da bioética (NUNES, 2007, p. 99-100). Obviamente que tais transformações devem ser contextualizadas com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, princípio este

que assegura a todas as pessoas o direito de realizar autonomamente suas escolhas existências (BARROSO, 2010).

Por outro lado, a mudança de postura pode ser considerado uma via de mão dupla, isso porque o profissional também pode vir a se recusar a realizar um procedimento ou a acompanhar determinado paciente que se recusa a receber tratamento. Com isso, preserva-se também o direito do próprio profissional em se pautar pelos seus próprios padrões éticos em matéria de cuidado à saúde (BARROSO, 2010).

Entretanto, resta de sobejo comprovado que se tal consentimento não for genuíno, fruto de uma vontade livre e informada, este autonomia não será considerada real, pelo qual há de ser desprezada. Por sua vez, despiciendo ressaltar que tal reflexão será tão mais relevante quanto mais grave os efeitos da referida decisão, como nos casos de recusa de tratamento com risco de morte, como é o caso da recusa de transfusão de sangue por motivo de ordem religiosa.

A esse respeito, vindo ao encontro à controvérsia, o Ministério da Saúde aprovou a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde, Portaria nº 675/2006, esta que disciplina o consentimento ou recusa de procedimentos, bem como o dever do paciente em assumir a responsabilidade pela decisão tomada. Como já fora observado, tais transformações estão atreladas a um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental observado ao final da 2º Guerra Mundial, o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual ele fora mencionado em diversos documentos internacionais, Constituições, leis e decisões judiciais (BARROSO, 2010).

A esse respeito, tal princípio também fora alojado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, expressamente consignado no inciso III, do art. 1º de nossa Lei Maior. Por sua vez, a doutrina aponta que o referido termo é daqueles que apresenta no âmbito da indeterminação, pelo qual se exige um verdadeiro labor exegético maior para gravar suas fronteiras conceituais (NUNES JUNIOR, 2009, p. 110).Como exemplo de tais indeterminações, tem-se a preocupação inicial de ser associar o tema ao cristianismo, este que julga o ser humano criado à semelhança de Deus, uma vez que assim considerado, passa a plasmar a ideia de que existe dignidade em todo o ser humano, só por tal condição (NUNES JUNIOR, 2009, p. 110).

Por sua vez, tomado por uma concepção mais ampla e palpável, importante fazer referência à linha de reflexão de J. J. Gomes Canotilho, dando ênfase ao princípio que acolhe a ideia pré-moderna e moderna de dignitas hominis (Pico della Mirandolla), ou

seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo seu próprio projeto espiritual (NUNES JUNIOR, 2009, p. 111).A esse respeito, Vidal Serrano apresenta interessante escólio acerca da conceituação da dignidade da pessoa humana, a despeito de suas variações polissêmicas:

> Destarte, podemos conceituar dignidade humana como o postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que o faz dignitário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e uma positiva (NUNES JUNIOR, 2009, p. 114).

Assim, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais, seja na preservação desses direitos no plano individual, seja no plano social. Tais dimensões, seja individual ou social, podem também serem referidas respectivamente pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronomia (BARROSO, 2010).A primeira dimensão de dignidade, sendo esta encarada como autonomia, está decisivamente atrelada com o conceito de dignidade consignado nos documentos históricos do segundo pós-guerra.

Sendo assim, essa é a perspectiva da dignidade da pessoa humana que serve de fundamento para os direitos fundamentais, dando origem àquela esfera inviolável de proteção à pessoa humana. Em consequência, dado o tema proposto no presente trabalho, resta evidente que é essa dignidade que está relacionada à legitimidade da escolha do paciente quanto à recusa ou não em relação à determinado procedimento médico por motivo de ordem religiosa (BARROSO, 2010).

Por outro lado, o conceito de dignidade como heteronomia não está relacionado diretamente à liberdade que tem a pessoa em realizar suas próprias escolhas, traduzindo agora uma visão da dignidade ligada aos valores compartilhados pela comunidade. Nessa vereda, observa-se o abrigo aos conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público e moralidade (BARROSO, 2010). Por tudo isso, tal heteronomia funciona mais como um freio à liberdade individual do que como um meio de promovê-la, haja vista as infindáveis decisões que, sob o pretexto de conceitos jurídicos indetermináveis, vieram a tolher certas liberdades por afronta à tais valores compartilhados pela sociedade.

Finalizando essa perspectiva, deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988 deu predominância à ideia de dignidade como autonomia, dada a primazia aos valores de liberdade e igualdade consignados nesta, a despeito também da existência dos conceitos jurídicos indeterminados como "moral pública" e "bons costumes". O que se quer estabelecer é a primazia das escolhas individuais, sob o pretexto da liberdade individual tão bem consagrada por nossa Magna Carta, o que obviamente traz reflexo direto na questão da recusa à procedimento médico em virtude de questão religiosa, notadamente a recusa à transfusão de sangue por adeptos à testemunhas de jeová.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM APARENTE CONFLITO: VALOR DA VIDA HUMANA E LIBERDADE DE RELIGIÃO.

Resta evidente que no caso em análise, qual seja, a recusa de transfusão de sangue por motivo de ordem religiosa, deixa transparecer o conflito de dois direitos fundamentais de um mesmo titular. Isso porque a questão posta envolve a vida humana, de um lado, e a liberdade religiosa, igualmente compreendida como um direito fundamental. Por sua vez, despiciendo lembrar que diante do princípio da unidade da Constituição, não pode o interprete simplesmente escolher um dos lados, notadamente porque não há hierarquia entre normais constitucionais. (BARROSO, 2010).

Assim, é incontroverso que a aparente solução passará pelos elementos do caso concreto, através da qual a vontade da Constituição servirá de norte ao interprete em questão. A esse respeito, importante admitir que, não obstante não seja absoluto, tampouco hierarquicamente superior, o direito à vida tal qual consignado na Constituição Federal tem um peso abstratamente maior, uma vez que desfruta de uma posição preferencial deste sistema normativo (MARTEL, 2010, p. 309).

Isso pode ser facilmente assimilado na medida em que o direito à vida é pressuposto para a fruição de outros bens e direitos fundamentais, motivo pelo qual o Código Penal tipifica o crime de homicídio, o auxílio ou instigação ao suicídio e até mesmo o transplante de órgãos que resulte em morte certa do doador. Por outro lado, a única exceção ao direito à vida consagrada na Constituição da República está consignada na possiblidade de pena de morte, tão somente admitida em caso de guerra declarada, sob o pálio do art. 5º, XLVII, a, da CF/88.

Sendo assim, dado a sua pré-condição para a própria dignidade da pessoa humana e para o exercício dos demais direitos fundamentais, o direito à vida é considerado indisponível, não sendo o ato de vontade do titular, qual seja, o consentimento, causa suficiente para sua flexibilização (BARROSO, 2010). Nessa vereda, a faceta da dignidade está relacionada à heteronomia, haja vista a existência de proteção do Estado em relação ao próprio titular do direito e mesmo em relação a terceiros.

Por sua vez, como já demonstrando a existência e até mesmo a prevalência da dignidade como autonomia, o valor objetivo da vida precisa ser conciliado com o conjunto de liberdades consagradas pelo nosso ordenamento. Nesse caso, o Estado, por exemplo, não pode simplesmente proibir alguém de prestar ajuda humanitária em uma região de guerra, ou de praticar esportes radicais em que o risco seja elevado. Portanto, são escolhas existenciais legítimas (BARROSO, 2010).

Por outro lado, nem todas as escolhas são aceitáveis, sendo legítimo que o Poder Público intervenha em determinadas situações em que a dignidade esteja relacionada à heteronomia, como na obrigatoriedade do uso do cinto de segurança ou de dispositivos de proteção em determinados ambientes de trabalho. Depreende-se, portanto, que a assunção do risco de morte poderá ser legítima quando se tratar do exercício de outras liberdades básicas do indivíduo, podendo nesse aspecto repercutir a possiblidade das restrições sobre o conceito do próprio indivíduo acerca de sua dignidade. Obviamente, a discussão sobre a recusa de tratamento médico por motivo de ordem religiosa insere-se nesse contexto.

Frise-se que o mote religioso estava arraigado na constituição das sociedades antigas, bem como na criação dos Estados, muitas vezes caminhando junto a própria política, tal como no Estado absolutista. Convém lembrar que, decisivamente, a separação do poder espiritual com o poder temporal só se consolida com a Paz de Westfalia, em 1648, abrindo-se o caminho para uma fase de maior tolerância religiosa.

Diversos documentos históricos deram guarida ao direito de professar uma crença e seguir seus ritos, sem restrições outras que as ditadas pela ordem pública e pelos direitos de terceiros. Isso é verificado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pós-Revolução Francesa, em 1789, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 1966, assim como na Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

Por sua vez, a Constituição Federal proclamou a liberdade religiosa através de diversas normas espalhadas pelo corpo constitucional, merecendo ênfase a liberdade de consciência e crença, consignado no art. 5º, VI; a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, art. 5º VII; a imunidade de templos de qualquer culto a impostos de todos os entes, art. 150, VI, b; a possibilidade de se ministrar ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental, sendo facultativa a matrícula, art. 210, §1º.

Com isso, resta evidenciado que a ordem jurídica brasileira não é hostil à liberdade religiosa. Sendo inúmeros os artigos que contemplam o livre exercício do direito de crença pelo indivíduo. Nessa vereda, importante o escólio da lavra do Eminente Ministro Luiz Roberto Barroso, vejamos:

> Nesse sentido, o Estado brasileiro adota a laicidade, mas não prega o laicismo – compreendido como a defesa da ignorância ou da hostilidade em relação ao elemento religioso. A ordem constitucional reconhece a religião como uma dimensão relevante da vida das pessoas, quer sejam crentes, quer ateias ou agnósticas. Afinal, submeter um crente a práticas contrárias a sua religião é tão invasivo quanto determinar a um ateu que se ajuste a padrões religiosas. Em qualquer dos casos haverá a imposição externa de valores existenciais e a consequente violação da dignidade como autonomia. (BARROSO, 2010).

Assim, diante do que já fora exposto, é salutar a pergunta: Pode o Poder Público proteger a vida humana do próprio indivíduo que no exercício de sua liberdade religiosa assim não o queira? Tal indagação não comporta resposta juridicamente simples tampouco moralmente barata.

3. LEGITIMIDADE NA RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO POR FUNDAMENTO RELIGIOSO.

Como já fora ressaltado, as duas perspectivas da dignidade da pessoa humana, seja como autonomia, seja como heteronomia, não são álter-excludentes, a despeito de ser verificada uma primazia da dignidade como autonomia em nosso ordenamento jurídico. É consabido que aqueles que professam a religião testemunhas de Jeová rechaçam introduzir sangue no seu corpo pela boca ou pelas veias porque tal fato violaria as leis de Deus, por ofensa de inúmeras passagens bíblicas.As testemunhas de Jeová justificam tal conduta principalmente nos Livros de Gênesis, Levítico e Atos, vejamos:

> Tudo quanto se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde.
> A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis. Gênesis 9:3,4

> Na verdade pareceu bem ao Espírito Santo e a nós, não vos impor mais encargo algum, senão estas coisas necessárias:
> Que vos abstenhais das coisas sacrificadas aos ídolos, e do sangue, e da carne sufocada, e da fornicação, das quais coisas bem fazeis se vos guardardes. Bem vos vá Atos 15:28,29.

Nessa vereda, mesmo em situações de emergência, os fiéis dessa orientação religiosa mantêm suas convicções, colocando os médicos num dilema terrível. Infelizmente, alguns adeptos acabam chegando ao óbito, uma vez que se recusam a receber essa terapia médica (KFOURI NETO, 1998, p. 171). Não se diga que os adeptos de tal religião prefiram a morte do que receber sangue de outrem. Porém, argumentam acerca da viabilidade de tratamentos alternativos, evitando o método tradicional, que por sinal, podem acarretar inúmeras infecções, tal como a AIDS (KFOURI NETO, 1998, p. 118).

Sendo assim, a questão é controvertida e é imperioso destacar a determinação da CF/88 de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei", sob o pálio do art. 5º, inciso II. Por outro lado, existe o dever legal do profissional médico de prestar socorro. Há quem sustente que o direito à vida é preponderante, pela qual a transfusão de sangue deve ser realizada, autorizada ou recomendada. A vida sob esse prisma é o bem jurídico preponderante, tal como consignado no art. 5º da CF/88, ao passo que o direito à liberdade religiosa não é ilimitado. Assim, a recusa do tratamento estaria comprometendo a própria ordem pública, uma vez que haveria o sacrifício desnecessário de vidas humanas (CERNICCHIARO, 1999, p. 55).

Entretanto, vozes em contrário dão valor maior a própria liberdade, ressaltando a possiblidade das Testemunhas de Jeová em escolher a sua própria forma de tratamento médico. Para estes, cada ser humano tem sua própria escala de valores, que é dependente da cultura, da genética e, também, da experiência de vida. Para reforçar tal tese, lembram que a possiblidade de renunciar à vida em determinadas circunstâncias já fora bem vista como forma de resistência, inclusive como decisão de mártires do cristianismo, incluindo o próprio Cristo. (SORIANO, 2002, p. 121) É com essa última corrente que se alinha o Professor Luiz Roberto Barroso, veja-se, pois:

> A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde, a dignidade humana, que é um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º IV) (BARROSO, 2010).

Assim, para tal corrente, não interessa o acerto ou desacerto do dogma sustentando pelos Testemunhas de Jeová, mas sim o direito, ostentando por cada um de seus membros, de orientar sua própria vida segundo seu próprio padrão ético ou abandoná-lo a qualquer momento. Dito isso, a única possibilidade existente de se avaliar a legitimidade desse quadro diz respeito à seriedade do fundamento religioso invocado ou do que possa ser razoavelmente qualificado como religião, tarefa essa bastante desafiadora nos dias atuais.

Quanto ao direito comparado, é consabido que a recusa de tratamento pelos Testemunhas de Jeová é aceito em diversos países, dentre os quais a Itália, Espanha, EUA e Canadá. Para tanto, tal possiblidade fora incorporada pelo Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, adotado pela OMS em 2000, dispondo que "o paciente deveria ser informado do conhecimento dos riscos e benefícios da transfusão de sangue e/ou terapias alternativas e tem o direito de aceitar ou recusar o procedimento".

Ocorre que, para o exercício pleno de tal recusa de forma legítima, faz-se necessário a validade de tal autonomia, isto é, a necessidade de consentimento genuíno, tratando-se da validade e da adequação da manifestação de vontade. De forma mais clara, o consentimento tem que ser válido, inequívoco, livre e informado.

3.1 DISPOSITIVOS APLICÁVEIS PARA A INTERPRETAÇÃO ADEQUADA QUANTO À CHOQUE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Nada obstante a força normativa da Constituição, bem como a superioridade hierárquica destas normas, convém tratar brevemente dos dispositivos legais e regulamentares que apresentam conexão com o tema. Em que pese não se dirigem especificamente à hipótese aqui tratada, o Código Civil abordou os direitos da personalidade da seguinte maneira, vejamos:

> Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
> Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Nessa vereda, através de interpretação literal dos supracitados artigos, tem-se que o direito à vida e à integridade física são insuscetíveis de limitação, ainda que voluntária.

Como é facilmente vislumbrado, caso não haja a harmonização dos preceitos com o restante da ordem jurídica vigente, estaria tais normas fadadas à inconstitucionalidade.

Em consequência, na única menção ao tema junto ao Código Penal é notadamente aquele que criminaliza o constrangimento ilegal, mas bem ressalva a conduta do médico que realiza o procedimento sem obter o consentimento do paciente em casos de iminente risco de vida. Por sua vez, o Novo Código de Ética Médica do CFM, em vigor a partir de abril de 2010, estabelece como princípio fundamental o respeito à dignidade do paciente, vedando violações a sua integridade, expressão que naturalmente não se limita à dimensão física, dando ênfase portanto, à liberdade religiosa.

Mas isso não é tudo, isso porque o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, Capítulo II, item II, é expresso ao "Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente". Por fim, convém ressaltar que Código em questão, logo no seu capítulo I, item XXI, assevera expressamente que "No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas".Nota-se que tanto o verbo indicar, bem como o dispositivo acima transcrito, evidenciam o alinhamento do supracitado Código com o novo paradigmática da ética médica, no sentido de se privilegiar a dignidade como autonomia.

CONCLUSÃO

Depreende-se, portanto, que é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso, a dignidade como expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade.

Por fim, e tendo em vista a gravidade da decisão de recusa de tratamento, quando presente o risco de morte, a aferição da vontade real do paciente deve estar cercada de

cautelas. Para que o consentimento seja genuíno, ele deve ser válido, inequívoco e produto de uma escolha livre e informada.

.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da constituiçã***o*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____**Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana: liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Rio de Janeiro: Instituto Ideias, 2010

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e* **democracia.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CHERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Transfusão de sangue**. Juris Síntese nº 18 – jul./ago. de 1999.

CRETELLA JR., José. Liberdades Públicas. **Enciclopédia Saraiva do Direito**, nº 49, p. 436-454, 1977.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald**. Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES, Leonardo Augusto**. Direitos Sociais: cidadania, política e justiça. Controle jurisdicional das políticas públicas, possibilidades e limites.**Rio de Janeiro: Sinergia, 2013

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 6ª ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo, Malheiros, 2013

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teorias dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos Fundamentais indisponíveis** – os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida, mimeografado, 2010.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial.** São Paulo**:** Letras Jurídicas, 2012.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos Direitos Sociais** – São Paulo: Editora Verbatim, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang**. A eficácia dos direitos fundamentais.**8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses da Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 105.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira – 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPÍTULO XVI

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA

Viviane Boacnin Yoneda Sponchiado[iii]

RESUMO:O presente artigo trata do princípio da igualdade e da evolução do movimento feminista. Justifica-se a pesquisa pela importância da temática da igualdade, a qual mereceu muitos estudos e desperta conflitos e dúvidas até os dias de hoje. Mais especificamente tratando de igualdade entre homens e mulheres, muitos são os desafios a serem vencidos. Embora presente na Constituição Federal, a igualdade formal positivada em nosso ordenamento não se reflete em muitas das situações cotidianas onde mulheres sofrem dificuldade para entrar no mercado de trabalho, ganham salários inferiores aos dos homens, sofrem preconceitos e violências. Ao estudar o princípio da igualdade, indaga-se como ele influenciou o movimento feminista, desde o seus primórdios até o estágio atual, conhecido como pós-feminismo. No transcorrer do trabalho será abordado o conceito de igualdade através dos trabalhos de Norberto Bobbio e Robert Alexy para, em seguida, analisar como o princípio da igualdade foi utilizado pelo movimento feminista em suas demandas. Será utilizado método de pesquisa dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade; Movimento Feminista; Mulheres; Sexo; Gênero.

ABSTRACT: This paper deals with the principle of equality and the evolution of the feminist movement. It is appropriate to research the importance of the issue of equality, which deserved many studies, but arouses conflicts and doubts until this day. More specifically speaking of equality between men and women, there are many challenges to be overcome. Although it exists in our Federal Constitution, the formal equality substantiated in our laws is not reflected in many everyday situations where women have difficulty entering the labor market, earning lower salaries than men, suffering prejudice and violence. By studying the principle of equality, we ask how it influenced the feminist movement, from its beginnings to the present stage, known as post-feminism. In the course of this work we will explain the concept of equality through the work of Norberto Bobbio and Robert Alexy, then we will examine how the principle of equality was used by the feminist movement in their demands. It will be used the deductive method of research.

KEYWORDS: Equality; Feminist Movement; Women; Sex; Gender.

1 - INTRODUÇÃO

Este artigo aborda o princípio da igualdade através de releitura dos trabalhos de dois juristas renomados, Roberto Bobbio e Robert Alexy, que se preocuparam em conceituar a igualdade e demonstrar a importância da problemática nos ordenamentos jurídicos atuais. Após considerar a temática da igualdade de uma maneira genérica, passa-se ao estudo específico da igualdade entre homens e mulheres. Embora a igualdade entre os seres humanos já tenha sido pacificada, juntamente com os direitos naturais, a igualdade entre homens e mulheres é ideal mais difícil de se atingir.

Mesmo positivada em muitos ordenamentos jurídicos, como é o caso da legislação brasileira, a igualdade entre homens e mulheres não se verifica em todos os aspectos práticos, existindo muitos casos de salários mais baixos, preconceitos e até violência. Justifica-se esse trabalho pela importância do debate sobre igualdade nos dias atuais, sendo necessário, para tanto, o entendimento dos conceitos principais e a evolução do tema. Entender o movimento feminista é se apropriar, não apenas da história percorrida, mas de uma melhor compreensão das conquistas e das demandas atuais.

O objetivo deste artigo é demonstrar como o movimento feminista trabalhou o princípio da igualdade no decorrer de sua evolução. Ainda, pretende-se demonstrar a complexidade da aplicação da igualdade à realidade e o constante dilema entre igualdade e diversidade. Neste trabalho primeiramente será abordado o conceito do princípio de igualdade, sua relação com o conceito de justiça, a distinção entre igualdade formal e igualdade material e o seus desdobramentos.

No próximo tópico serão feitas considerações sobre o início do movimento feminista e a luta pela igualdade. Serão apresentadas as principais ideias de Simone de Beauvoir, analisando sua maneira de tratar as questões envolvendo igualdade e pré determinismo. Por fim, discorre-se sobre a evolução do movimento feminista, trazendo as ideias de Judith Butler para demonstrar que com o passar dos anos a questão da igualdade passou a ser encarada de uma nova maneira, bem como, passaram a ser questionados conceitos até então considerados como pacíficos.

A pesquisa pauta-se pelo método de investigação dedutivo. Foram utilizados livros, artigos científicos, leis e jurisprudências para embasamento do trabalho. Buscou-se tanto bibliografia nacional quanto estrangeira.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A busca pela igualdade ganhou destaque com as revoluções burguesas e com a formação do Estado moderno, mais inclusivo que o seu antecessor, o feudalismo. O direito à liberdade já era uma demanda desde a Magna Carta, do Rei João Sem Terra, em 1215. Com a Revolução Francesa de 1789, passou-se a falar não apenas em liberdade, mas também em igualdade e fraternidade, os quais acabaram se tornando o lema do movimento.

Na verdade, os filósofos anteriores à era cristã já se preocupavam com a questão da igualdade. Com o cristianismo a questão ganhou ainda mais enfoque e foi objeto de estudo da teologia. Os aspectos político e jurídico da igualdade vieram com o Iluminismo. As revoluções liberais positivaram a igualdade entre os homens e a colocaram em posição de destaque no ordenamento (CRUZ, 2011, p. 12).

No Brasil, o princípio da igualdade está positivado na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sendo que o texto se reafirma logo em seguida, em seu primeiro inciso, fazendo referência expressa à igualdade entre homens e mulheres: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988). A fim de entender a dimensão do conceito de igualdade e seus limites, serão abordadas as ideias dos juristas Norberto Bobbio e Robert Alexy, que trabalharam o tema em suas obras.

Norberto Bobbio explica que o conceito de igualdade possui certa indeterminação. Isto porque, dizer que duas pessoas ou coisas são iguais não é uma proposição que tenha valor em si mesmo, a não ser que se explique a que pessoas e/ou coisas está-se referindo e em qual medida tais indivíduos são iguais. Em outras palavras, é necessário indagar entre quem é a igualdade e, em que subsiste tal igualdade (BOBBIO, 1993, p. 53/54). Chega-se a conclusão de que a conceituação de igualdade demanda outras reflexões. A mera equiparação de duas pessoas ou de dois objetos só passa a trazer uma ideia de valoração quando estou atribuindo um critério de justiça.

Diante disso, para tentar conceituar igualdade, Bobbio faz aproximações do termo com o conteúdo de justiça, demonstrando que a justiça engloba em suas definições o próprio conceito de igualdade. O significado de igualdade estaria intimamente relacionado com o significado de justiça, esta como ideal e aquela como fato. Da definição de justiça, entendida genericamente, podem derivar duas acepções, a de justiça como legalidade e a de justiça como igualdade.

No sentido de legalidade, justas são as ações que estão em conformidade com as leis. Já no sentindo de igualdade, uma ação será justa se instituir ou respeitar uma relação de igualdade (Ibid., p. 56/57): "Em todo caso, a igualdade consiste apenas em uma relação: o que dá a esta relação um valor, quer dizer, o que faz dela uma meta humanamente desejável, é o fato de ela ser justa" (Ibid., p. 58, tradução nossa).

Não são em todas as relações que a aplicação da justiça é relevante. Para Bobbio, a aplicação da justiça ou da igualdade deve existir nas relações chamadas sociais. Entre elas estão as relações de troca (ou de equivalência) e as relações de convivência (equiparação de pessoas). As primeiras seriam chamadas de justiça retributiva e as segundas de justiça atributiva (Ibid., p. 60/61).

Quanto à máxima 'todos os homens são iguais', Bobbio explica que ela atende apenas à primeira formulação por ele proposta (igualdade entre quem?) e não responde a segunda (igualdade em que?). Ao tentar interpretar a frase, deve-se ter em mente que não pode ser exigível que todos os homens sejam iguais em tudo, mas apenas naquelas qualidades que constituem a essência do homem e da natureza humana (Ibid., p. 69).

Desta forma podemos entender que a frase 'todos os homens são iguais' não possui um sentido único, mas tantos sentidos quantas forem as interpretações possíveis das características essenciais ao ser humano e a sua dignidade.

> [...] A igualdade entendida como equiparação dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens que vivem em sociedade. Cada superação desta ou daquela discriminação representa uma etapa do progresso. Nunca como em nossa época foram colocadas em discussão as três principais fontes da desigualdade entre os homens: a raça (ou, de modo geral, o pertencimento a um grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social" (Ibid., p. 93, tradução nossa).

E ainda:

> Como já se observou em ocasiões distintas, a revolução silenciosa do nosso tempo, a primeira revolução incruenta da história, é aquela que conduz a lenta mas inexorável atenuação, até a total eliminação, da discriminação entre os sexos: a equiparação das

> mulheres aos homens, primeiro na mais reduzida sociedade familiar, depois na mais ampla sociedade civil, através da igualdade, em grande parte exigida e em grande parte conquistada, nas relações econômicas e políticas, é um dos símbolos mais certos e impressionantes da marcha da história humana até a igualdade (Ibid., p. 93/94, tradução nossa).

Já o autor Robert Alexy se utiliza do preceito do artigo 3º, parágrafo 1º, da Constituição alemã, 'todos são iguais perante a lei' para aprofundar seus estudos sobre a igualdade. Ele explica que uma interpretação literal do preceito levaria apenas à igualdade formal, também conhecida por igualdade na aplicação do direito. As próprias normas já carregariam em seu bojo um dever-ser, uma noção de obediência, que seria apenas reforçada pelo preceito da igualdade formal, segundo o qual as normas jurídicas devem ser cumpridas (2008, p. 393-394).

No entanto, restringir a igualdade somente à aplicação da lei pode gerar situações injustas ou mesmo um desrespeito a preceitos fundamentais, já que o dever de igualdade estaria apenas na aplicação e não no conteúdo das normas, desobrigando o legislador. Desta forma, Alexy explica que o preceito 'todos são iguais perante a lei' não deve ser entendido "apenas como um dever de igualdade na aplicação, mas também na criaçãodo direito" (Ibid., p. 395, grifo do autor).

A igualdade na criação do direito está intimamente relacionada com o trabalho dos legisladores. Significa que estes, na criação das leis, devem observar o dever de igualdade. Entretanto, isso não significa impor uma igualdade generalizada a todas as pessoas, o que poderia desrespeitar diferenças naturais e nivelar os indivíduos por baixo. As normas devem ser dosadas de acordo com a finalidade pretendida e com os critérios de justiça:

> O dever de igualdade na criação do direito exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador. Mas o que isso significa?
> É fácil dizer o que isso não pode significar. Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas. O legislador não apenas pode estabelecer o serviço militar somente para os adultos, penas somente para os criminosos, impostos baseados no nível de renda, assistência social somente para os necessitados e condecorações somente para os cidadãos distinguidos; ele tem o dever de assim proceder, se não quiser criar normas incompatíveis com sua finalidade (por exemplo: serviço militar para crianças), normas sem sentido (por exemplo: pena para todos), normas injustas (por exemplo: imposto per capita). A igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências (Ibid., p. 396).

A resposta para essa dosagem adequada da igualdade seria a utilização da conhecida fórmula "o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente" (Ibid., p. 397), que por sua vez demanda uma valoração de critérios de justiça. Desdobrando-se o preceito para um melhor entendimento, verifica-se na primeira parte um mandamento de tratamento igual aos iguais. O tratamento deve ser igual sempre que não houver uma diferenciação razoável ou justificada. "A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual" (Ibid., p .408).

A segunda parte do preceito fala de tratamento desigual para os desiguais. Aqui, de maneira diferente da primeira parte, exige-se uma justificação razoável para o tratamento desigual. Significa dizer que o tratamento desigual precisa ser fundamentado. É uma forma de benefício ao tratamento igual, ou à igualdade, chamada por Alexy de "ônus argumentativo em favor do tratamento igual" (Ibid., p. 410/411).

A fim de esclarecer o leitor, Alexy reconstrói o enunciado 'o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente', traduzindo-o em "Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório" (Ibid., p. 408) e "Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório" (Ibid., p. 410). Este ônus em favor da igualdade tem o objetivo de valorizar o tratamento igual e excepcionar o tratamento desigual:

> A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade, que prima facieexige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos (Ibid., p. 411).

Alexy explica ainda que o preceito 'todos são iguais perante a lei' se desdobra em três direitos de igualdade diferentes. O primeiro deles seria o grupo dos direitos de igualdade definitivos abstratos, que se traduzem no enunciado 'o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente', já explicitado acima. A segunda categoria abrangeria os direitos de igualdade definitivos concretos. São chamados de concretos porque a não observância da igualdade gera um direito ao indivíduo atingido. Pode se tratar de um direito negativo (para cessação do ato que causou desigualdade), de um direito positivo (reconhecimento da igualdade), ou ainda, um direito ativo (participação

estatal). A terceira e última categoria seria a dos direitos de igualdade 'prima facie' abstratos, traduzidos nos princípios da igualdade jurídica e da igualdade fática (Ibid., p. 429/432).

Estas considerações sobre o princípio da igualdade têm a finalidade de introduzir algumas reflexões sobre a igualdade no ordenamento jurídico e demonstrar como a questão tem sido emblemática ao longo dos anos, trazendo discussões sobre a igualdade entre os homens e, mais especificamente, sobre a igualdade entre homens e mulheres. Nos próximos tópicos será abordado o movimento feminista, demonstrando como as duas principais fases do movimento lidaram com o tema da igualdade entre os sexos.

3. A PRIMEIRA FASE DO MOVIMENTO FEMINISTA

Simone de Beauvoir, escritora e estudiosa do feminismo, era adepta da teoria filosófica existencialista. Esta teoria surgiu no século XIX e teve como um de seus principais defensores o filósofo Jean-Paul Sartre. O existencialismo defende ideias como o livre arbítrio e a noção de que a existência do homem independe de sua essência, isto é, de quaisquer atributos pré-definidos. Nesse contexto, o homem seria definido como aquilo que ele faz para si próprio:

> Segundo Sartre, não há determinismo em relação à realidade humana, isto é, somente a liberdade é determinante. O homem, numa escolha livre e situada, faz a si mesmo. Não há, portanto, uma natureza humana. É a célebre afirmação de o existencialismo é um humanismo: "a existência precede a essência" (MARQUES, 1998, p.1).

A relação do existencialismo com humanismo é feita para recordar a existência do livre-arbítrio. O homem seria livre para escolher seu caminho e se auto definir:

> Assim, em relação ao fato da doutrina existencialista ser acusada de pessimista, Sartre defende-se dizendo ser ela a mais otimista, pois nela está inserido o destino do homem. Na concepção sartreana não existe uma natureza humana, o homem é responsável por si, pois a existência precede a essência (Ibid., p. 3).

O existencialismo foi muito importante para o movimento feminista e para os estudos de Simone de Beauvoir, a qual defendia a igualdade entre homens e mulheres fundamentando que não haveria na 'essência' da mulher nenhum atributo que a diminua em relação aos homens. A dependência das mulheres em relação aos homens seria advinda de construções sociais arraigadas com o tempo.

Simone de Beauvoir observa que tais construções sociais levam-nos a repartir homens e mulheres em categorias bem definidas, diferenciando as vestimentas, os cabelos, as profissões e até as atitudes. A autora começa apontando que as próprias denominações 'homem' e 'mulher' não carregam em seu bojo o mesmo valor de significado, já que o termo 'mulher' traria uma limitação, enquanto o termo 'homem' se refere a todo o conjunto de seres humanos (BEAUVOIR, 1970, p. 9).

> Se quero definir-me, sou obrigada inicialmente a declarar: "Sou uma mulher". Essa verdade constitui o fundo sobre o qual se erguerá qualquer outra afirmação. Um homem não começa nunca por se apresentar como um indivíduo de determinado sexo: que seja homem é natural. É de maneira formal, nos registros dos cartórios ou nas declarações de identidade que as rubricas, masculino, feminino, aparecem como simétricas. A relação dos dois sexos não é a das duas eletricidades, de dois polos. O homem representa a um tempo o positivo e o neutro, a ponto de dizermos "os homens" para designar os seres humanos, tendo-se assimilado ao sentido singular do vocábulo vir o sentido geral da palavra homo (Ibid.).

Para a autora, a mulher não é definida em si própria, mas somente em relação ao homem, como se não tivesse autonomia, como se não existisse por si própria. É nesse sentido que Beauvoir acaba concluindo que a mulher seria 'o outro', ou 'um segundo sexo'. A ideia do 'outro' encontra embasamento em trabalhos como o do antropólogo Claude Lévi-Strauss, o qual explica que a sociedade se organiza de uma maneira dualista ou binária. A ideia de oposição entre as metades anda paralela com a ideia de interdependência (DESCOLA, 2009).

> Nenhuma coletividade se define nunca como Uma sem colocar imediatamente a Outra diante de si. Basta três viajantes reunidos por acaso num mesmo compartimento para que todos os demais viajantes se tornem "os outros" vagamente hostis. Para os habitantes de uma aldeia, todas as pessoas que não pertencem ao mesmo lugarejo são "outros"' e suspeitos; para os habitantes de um país, os habitantes de outro país são considerados "estrangeiros". Os judeus são "outros" para o antissemita, os negros para os racistas norte-americanos, os indígenas para os colonos, os proletários para as classes dos proprietários (BEAUVOIR, 1970, p. 11).

A reciprocidade é inerente a este sistema dualista, já que na mesma medida em que eu me considero essencial e julgo como sendo 'outros' os demais, eles, por sua vez, também me intitulam de 'outro'. No exemplo dos judeus, citado acima, estes foram dominados pela categoria dos antissemitas por serem minoria. A autora lembra que fatos históricos também possuem o condão de subjugar um grupo ao outro, como as conquistas coloniais, que escravizaram seres humanos. No caso das mulheres, entretanto, sua

subordinação não vem de um fato histórico ou da quantidade de indivíduos existentes. Trata-se de uma diferenciação que sempre existiu na humanidade(Ibid., p. 12/13).

No caso de homens e mulheres a reciprocidade seria ainda mais fundamental. Diferentemente dos proletários, negros ou judeus, as mulheres não poderiam querer romper definitivamente com os homens. Não poderiam habitar separadas deles, formando seu próprio bairro ou sua própria nação. Mesmo datando de mais de meio século atrás, Simone de Beauvoir aponta em seu texto desigualdades presentes ainda hoje:

> Ora, a mulher sempre foi, senão a escrava do homem ao menos sua vassala; os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições; e ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher arca com um pesado handicap. Em quase nenhum país, seu estatuto legal é idêntico ao do homem e muitas vezes este último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta. Economicamente, homens e mulheres constituem como que duas castas; em igualdade de condições, os primeiros têm situações mais vantajosas, salários mais altos, maiores possibilidades de êxito que suas concorrentes recém-chegadas. Ocupam na indústria, na política etc., maior número de lugares e os postos mais importantes. Além dos poderes concretos que possuem, revestem-se de um prestígio cuja tradição a educação da criança mantém: o presente envolve o passado e no passado toda a história foi feita pelos homens (Ibid., p. 13/14).

Beauvoir recorre à liberdade inerente a cada ser humano para justificar a autonomia das mulheres, explicando que são os homens que impõem a elas a condição de 'outro' e as tratam como objeto, em vez de tratá-las como igual (Ibid., p. 23). A autora passa a abordar então a questão da igualdade como que por exclusão, demonstrando que não existiriam determinantes biológicas, psicológicas ou econômicas quem diminuam a mulher em relação ao homem. Existiriam sim diversidades, as quais não justificam a desigualdade.

Bastante utilizada pelo movimento feminista, a teoria de Beauvoir defende a igualdade acima da própria liberdade. Explica-se: a autora acreditava que mais importante que exaltar individualidades, as quais ela chamava de feminilidades, seria garantir a igualdade de oportunidades e a igualdade de direitos. Beauvoir esclarece que sem a igualdade, a liberdade seria mera 'mistificação' (Ibid., p. 172).

É justamente por esta exacerbação da igualdade que Simone de Beauvoir é criticada pelas feministas que a sucedem. A nova geração do movimento feminista defende a diferença, no sentido de que a mulher deve ser valorizada em suas peculiaridades. Com a evolução do movimento, passou-se a entender que somente a defesa dos valores femininos teria o condão de evitar que as mulheres se tornassem

homens, afinal elas devem ser respeitadas em suas diferenças. A crítica à obra Beauvoir também surge quanto à dicotomia, homem e mulher, utilizada em seus trabalhos. Passou a alegar que tal dicotomia permanece demasiado focada na discussão heterossexual, deixando de incluir homossexuais, transexuais, travestis, e outros:

> Beauvoir tenta diluir um pouco a complementação unívoca eu-outro ao introduzir, no segundo volume, o Capítulo 4, sobre as lésbicas ("La lesbienne"). Mas sua ótica centra-se, compreensivelmente, para o seu tempo, na dicotomia da relação heterossexual homem-mulher, um espaço que hoje veríamos dividido pelo menos em cinco posturas construídas na sexualidade, como constructos culturais, para além da sexualidade biológica: homem, mulher, gay, lésbica, transexual, travesti etc. (LOBO, 2001, p. 66).

O movimento feminista passa então de uma fase chamada liberal, onde as mulheres demandam igualdade em relação aos homens e acesso à sociedade, para uma fase onde as mulheres rejeitam a ordem social e exaltam as diferenças. Trata-se do feminismo radical (MOI, 1989, p.128).

> Durante o século XX, o chamado "Feminismo Liberal", passou por várias fases – entre se fortalecer e perder prestígio na sociedade –, porém uma nova consciência o impulsionou, promovendo outras conquistas, tanto na produção teórica quanto na prática. Era visível uma nova direção empreendida pelo movimento, sendo conhecido naquele momento como "Feminismo Radical". Esse se constitui com pesquisas acadêmicas, reflexões, lutas radicais e pelo enfoque nos temas sobre violência sexual, sexualidade e direitos sobre o próprio corpo. Tais questionamentos e mudanças tornaram-se os frutos de uma produção teórica, de reflexões e estudos acadêmicos, utilizando, naquele momento de matrizes teóricas marxistas e da psicanálise (CASSAB e OLIVEIRA, 2014, p. 2).

As mulheres, ao conseguirem entrar no mercado de trabalho acabaram se vendo envoltas em uma dupla jornada: mesmo assumindo diversas profissões anteriormente exclusivas aos homens, continuavam, dentro de casa, responsáveis pelo serviço doméstico. Essa mistura dos universos feminino e masculino acabou por exigir em demasiado das mulheres, resultando em uma confusão da sua própria identidade. Percebeu-se, com isso, que a busca pela igualdade com os homens, pela equiparação pura e simples, não trazia todas as respostas desejadas, havia diferenças que precisavam ser respeitadas (FITTIPALDI, 2005, p. 137).

> Assim, nos anos 70, tínhamos feministas que eram, essencialmente, personagens do espaço público, que refletiam os ideais de igualdade outrora perseguidos, mas que também viviam a perplexidade de falar de dentro do mundo dos homens. A seguir, os anos 80 passaram a representar a interrogação que insistia em pairar sobre as conquistas feministas, demonstrando que a busca pela igualdade estava

> transformando-se num angustiante anseio pelos traços da diferença. O reconhecimento da diferença passou a ser, então, o argumento para justificar o fim da hierarquia entre os sexos. As mulheres sentiram a necessidade de se voltarem para o passado em busca de uma identidade perdida. Não que isso significasse um retrocesso, o reconhecimento de que seu papel deveria circunscrever-se ao lar, mas não era possível a mulher desvencilhar-se da sua história, ignorando as influências do passado em sua constituição psicológica, que modificaram o perfil de sua existência (Ibid., p.136/137).

Tratava-se de um novo diálogo entre o feminino e o masculino, reconhecer que existem diferenças, mas não existe hierarquia. A mulher percebeu que buscar a igualdade plena poderia levá-la a se tornar homem, o que ela não desejava. Surge assim um movimento de resgate, de orgulho e valorização do feminino.

4. A EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA

Novas pensadoras feministas passam então a se basear na teoria pós-estruturalista para questionar antigos conceitos. O pós-estruturalismo é um movimento que defende justamente a desconstrução de conceitos existentes, como ensina o filósofo francês Jacques Derrida. A desconstrução dos significados permite quebrar a lógica interna deles e mostrar que muitos significados aparentemente naturais são na verdade construídos pelos homens e que muitos significados aparentemente opostos, são na verdade interdependentes (MARIANO, 2005, p. 486).

O binarismo existente nos conceitos de homem e mulher passou a ser criticado pelo movimento feminista. Criar dois grupos separados, o dos homens e o das mulheres, e pretender a igualdade entre eles, como desejavam as primeiras correntes feministas, acabava por tratar como iguais os componentes de cada um dos grupos pseudo-opostos, apagando sua diversidade e também deixando de considerar que mesmo entre os grupos a priori considerados opostos, existem características comuns. Uma pensadora e teórica feminista que trabalhou o pós-estruturalismo foi a norte americana Judith Butler. Nascida na segunda metade do século XX, Butler questionou em suas obras a oposição binária entre homens e mulheres e a universalidade do sujeito.

> Ao lado de teóricas feministas como Monique Witting, Gayle Rubin e Eve Sedgwick, Butler desestabiliza o sujeito ao enredá-lo em estruturas de poder sexuadas e generificadas. A crítica dessas teóricas feministas à estabilidade do sujeito da mulher com o qual a teoria feminista trabalhara desde a década de 1960 deve muito às formulações de Michel Foucault sobre o poder, o sexo e a sexualidade. Os estudos de Foucault compuseram um profícuo quadro em que o sexo pode ser desnaturalizado,

> passando a ser investigado como entidade discursivamente construída ao longo da história (ROCHA, 2014).

Butler desconstrói a ideia de que sexo e gênero seriam características naturais. Para ela existiria uma liberdade individual de escolha, embora limitada, no que concerne a estas categorias. Não sendo o sexo uma característica pré-definida, surgia a necessidade de conceituar o termo 'mulher' ou 'mulheres'. "Repensar teoricamente a 'identidade definida' das mulheres como categoria a ser defendida e emancipada no movimento feminista parece ter sido a principal tarefa de Butler" (RODRIGUES, 2005). Dizer que o feminismo defende as 'mulheres' traz uma espécie de normatização. Uma identidade fixa que não é capaz de representar um grupo plural e genérico:

> Butler estaria tentando deslocar o feminismo do campo do humanismo, como prática política que pressupõe o sujeito como identidade fixa, para algo que deixe em aberto a questão da identidade, algo que não organize a pluralidade, mas a mantenha aberta sob permanente vigilância. [...] Exigir sujeitos estáveis para fazer política cria um pressuposto fixo a uma realidade instável, conforme critica Butler (Ibid.).

Universalizar o sujeito o normativiza porque sempre se partiu do modelo do homem branco e heterossexual. A universalização, então, além de ser opressora, trata os sujeitos como homogêneos e não como plurais.

> As tentativas das feministas para construir um sujeito político feminista universal, buscando uma base comum entre as mulheres, receberam críticas das feministas negras e latino-americanas, das feministas dos países de Terceiro Mundo e das ex-colônias e das feministas lésbicas. Trata-se da crítica ao feminismo branco ou dominante, colocando em questão 'o que é ser mulher' e denunciando que a unidade entre as mulheres também é excludente, opressora e dominante (MARIANO, 2005, p.489).

O sujeito do feminismo continuará sendo as 'mulheres', a categoria não será extinta, o que se propõe é uma reformulação do conceito, uma reconstrução. Para Butler o conceito de mulher deve ser construído através do discurso. É um conceito incerto, que depende das circunstâncias (Ibid., p. 494). Como visto anteriormente, as primeiras teorias feministas teriam se utilizado não apenas do dualismo existente nos conceitos de homem e mulher, mas também do binarismo sexo e gênero, considerando o primeiro como natural e o segundo como cultural. Por anos foi combatida a ideia de que as mulheres seriam o sexo mais frágil por possuírem características naturais já inerentes ao sexo feminino, era a chamada luta contra o determinismo biológico.Com o pós-feminismo o conceito de

gênero foi alvo de novos estudos. Também se criticou o uso da oposição sexo e gênero, chegando-se a conclusão de que, em vez de opostos, na verdade o sexo seria a base para a construção do gênero.

Para Butler, assim como o gênero, o sexo não seria um dado natural, embora tenha sido assim considerado por muitos anos. "[...]Aceitar o sexo como um dado natural e o gênero como um dado construído, determinado culturalmente, seria aceitar também que o gênero expressaria uma essência do sujeito" (RODRIGUES, 2005). O dualismo sexo/gênero também peca ao excluir a noção de desejo, intimamente relacionado ao gênero. A filósofa aponta que o indivíduo se revelaria não apenas no sexo e no gênero, mas também no desejo.

Os novos estudos deixaram de considerar sexo como sendo substancial e gênero como um atributo da pessoa. "O gênero seria um fenômeno inconstante e contextual, que não denotaria um ser substantivo" (Ibid.). Negar o caráter natural do sexo fez com que Butler o qualificasse como performativo, em outras palavras, a característica presente quando o conceito e o objeto conceituado surgem ao mesmo tempo, quando a palavra coincide com a ação:

> Retomando a questão dos modos pelos quais a identidade, sobretudo a de gênero/sexual, é construída no e pelo discurso, Butler postula um sujeito como sempre em processo, que se constrói no discurso pelos atos que executa. Assim, a identidade de gênero é conceituada como uma sequência de atos sem ator ou autor preexistentes. A identidade, por exemplo, de mulher, é um devir, um construir sem origem ou fim. A identidade, portanto, está aberta a certas formas de intervenção e de ressignificação contínuas, porquanto seja uma prática discursiva (ROCHA, 2014).

Um exemplo disso é a maneira como Judith Butler questionou a famosa frase de Beauvoir "a gente não nasce mulher, torna-se mulher". Para Butler, não existe na frase a certeza de que o indivíduo que se tornou uma mulher fosse uma fêmea (RODRIGUES, 2005), mais uma crítica ao binarismo. Por muito tempo consideradas como naturais, as oposições (ou binarismos) são na verdade sociais, foram construídas com finalidade social. Para simplificar a linha de pensamento tomam-se, por exemplo, os movimentos corporais de subir e descer. Eles ganharam a denominação de opostos, quando na verdade pode-se dizer, com certeza, apenas que são apenas movimentos corporais. A oposição entre eles não é natural, foi criada socialmente. Desta mesma forma foi feita a oposição entre os sexos feminino e masculino, isto é, uma divisão com caráter cultural, e não natural. (OLIVEIRA, 2006, p. 39/40).

> Devemos considerar que a discussão acerca do corpo e do sexo/gênero se estende e não se esgota facilmente em Butler. Podemos compreender, ainda de modo introdutório, que estes termos miram o caráter performativo do corpo e de suas implicações. [...] Não há como desconsiderar o caráter latente de desconstrução impregnado nas teorias de Butler, ainda mais quando consideramos a possibilidade de ressignificar aquilo que fora apresentado como pétreo no discurso de gênero (Santos, 2015).

Em termos biológicos, nem todas as pessoas nascem com a genitália denominada feminina ou com a masculina. Existem pessoas chamadas Inter sexos, que são aquelas que nascem com pênis e vagina ao mesmo tempo, ou com um órgão genital ambíguo. Mesmo entre as pessoas que nascem com a genitália definida, existem aqueles que não se identificam nem com o feminino nem com o masculino, rejeitando os extremos do sistema binário homem/mulher e adotando nuances ou variações dos mesmos (LOUREIRO e VIEIRA, 2015).

Diante da variedade de feminilidades e masculinidades possíveis surge o termo queer: "Originalmente era uma ofensa, já que inglês significa 'estranho', mas passou a ser um termo de afirmação política de todos os 'dissidentes' – isto é, aqueles que não se encaixam na categoria 'heterossexual' e 'cisgênero'" (Ibid.).

> O termo *queer* é uma apropriação radical de uma palavra normalmente usada para insultar e ofender e que, ao ser apropriada, torna-se resistente a definições fáceis. A construção (ainda, e em constante, elaboração) do significado alternativo e positivo de *queer* se fez, a princípio, em um contexto específico das lutas dos movimentos gay, lésbico e feminista nos Estados Unidos e das reflexões dos correlatos grupos acadêmicos. Tal contexto pode ser resumido como as crises internas dos movimentos pautados pela política da identidade, a recepção do pós-estruturalismo por intelectuais feministas, gays e lésbicas e a epidemia do vírus HIV ao longo da década de 1980. Essa tensa mistura resultou em críticas radicais à possibilidade de identidades essencializadas de sexo e de gênero, abrindo espaço para uma categoria mais abrangente, elástica e atenta às práticas e aos grupos até então relegados a segundo plano (ROCHA, 2014).

Por suas considerações, Judith Butler é também conhecida como filósofa queer e uma das representantes do movimento feminista atual, ou pós-feminismo, multicultural e agregador, voltado para a diversidade e não para a igualdade de outrora.

CONCLUSÃO

O princípio da igualdade, ideal democrático e estandarte de tantas revoluções, é analisado neste trabalho em uma de suas grandes facetas, qual seja, a igualdade entre homens e mulheres. A discussão sobre igualdade foi muito trabalhada pelo movimento feminista, assim como o posterior dilema entre igualdade e diferença. A igualdade para Bobbio é entendida como uma espécie do gênero justiça. As relações justas seriam aquelas que atendem ao critério de igualdade. Sendo assim, a aplicação da justiça deveria existir principalmente nas relações sociais.

Para Robert Alexy a igualdade não deve ser imposta em todos os aspectos naturais e sociais existentes. Isso porque uma igualdade forçada de todos em tudo dizimaria as características naturais de cada indivíduo. A igualdade teria, portanto, que ser dosada criteriosamente. A desigualdade pode existir e, é necessária em muitos casos, mas deve ser exceção. Em uma primeira fase do movimento feminista, da qual Simone de Beauvoir é expoente, a igualdade foi exaltada como valor supremo.

O tratamento igual para mulheres e homens era reivindicado e negava-se que características biológicas ou psicológicas pudessem fazer da mulher um ser inferior ao homem. Lutava-se contra a ideia do sexo frágil.O próprio movimento feminista, em sua evolução ao longo dos anos, passou a questionar as demandas anteriores por igualdade. Aos poucos, começou-se a entender que exigir igualdade acabava igualando as mulheres aos homens de uma maneira que elas acabavam se tornado eles. Mas as mulheres não queriam se tornar homens para serem respeitadas, queriam ser respeitadas como mulheres.Assim, iniciou-se uma fase de exaltação das diferenças. As características femininas voltaram e ser valorizadas e o feminino passou a ser exaltado.

Expoente deste período atual, a professora Judith Butler rechaça a ideia de se colocar homens e mulheres em categorias separadas, pretensamente opostas. Separar homens e mulheres é negar que mesmo entre eles existem semelhanças, e ainda, criar categorias como a chamada de ‘mulheres’ seria normatizar e tentar igualar sob um mesmo rótulo um grupo que é plural. Observa-se com isso que os desdobramentos do princípio da igualdade são complexos e que a igualdade pretendida entre homens e mulheres não será alcançada com simples equiparação sem critérios. A aplicação do princípio da igualdade deve ser dosada em critérios de justiça para que igualdade formal se traduza também em igualdade material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo.**Paris: Librairie Gallimard, 1970.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Libertad.** Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1993.

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

CASSAB, Latif Antonia. OLIVEIRA, Laís Paula Rodrigues de. **O Movimento Feminista: algumas considerações bibliográficas.** 2014. Disponível em <http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT10_La%C3%ADs%20Paula%20Rodrigues%20de%20Oliveira%20e%20Latif%20Cassab.pdf>. Acesso em 23/06/2016.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade.** 2011. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

DESCOLA, Philippe. **Claude Lévi-Strauss, uma Apresentação.** Estudos Avançados, vol.23, n.67. São Paulo. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300019>. Acesso em 23/06/2016.

FITTIPALDI, Mariana. **O Movimento Feminista: modernidade, identidade e a mulher.** Revista direito, estado e sociedade, v. 9, n. 27, p. 134-146. Rio de Janeiro. 2005. Disponível em <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/download/312/284>. Acesso em 23/06/2016.

LOBO, Luiza. **Simone de Beauvoir e Depois.** Revista de gênero da Universidade Federal Fluminense, v. 1, n. 2, p. 57-72. Rio de Janeiro. 2001. Disponível em <www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/download/366/275>. Acesso em 23/06/2016.

LOUREIRO, Gabriela. VIEIRA, Helena. **Gênero: Tudo que você sabe está errado.** Revista Galileu, Editora Globo, Brasil, p. 44-53, ed. 292, nov. 2015.

MARIANO, Silvana Aparecida. **O Sujeito do Feminismo e o Pós-Estruturalismo.** Revista Estudos Feministas da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 13, n. 3, p. 483-505. 2005. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2005000300002/7702>. Acesso em 24/6/2016.

MARQUES, Ilda Helena. **Sartre e o Existencialismo.** Revista Eletrônica Print by FUNREI. Metanoia, São João del-Rei, n. 1, p. 75-80, jul. 1998. Disponível em <http://www.ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/revistalable/numero1/ilda9.pdf>. Acesso em 23/06/2016.

MOI, Toril. Feminist, Female, Feminine. In: BELSEY, Catherine. MOORE, Jane. **The Feminist Reader: Essays in Gender and the Politics of Literary Criticism.**New York: Bassil Blackwell, 1989. p. 117-132.

OLIVEIRA, Tais Leal de. **Teoria Queer e Estigma: a construção de performances homo afetivas em narrativas de histórias de vida.** 2006. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006.

ROCHA, Cássio Bruno Araújo. **Um Pequeno Guia ao Pensamento, aos Conceitos e à Obra de Judith Butler.** Revista Cadernos Pagu Unicamp, n. 43. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200507>. Acesso em 24/06/2016.

RODRIGUES, Carla. **Butler e a Desconstrução do Gênero. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Revista Estudos Feministas da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 13, n. 1. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2005000100012>. Acesso em 24/06/2016.

SANTOS, Thiago Teixeira. **Resenha: O Sexo: entre a existência e a desconstrução.** Revista Sapere Aude do Departamento de Filosogia da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, v. 6, n.11, p. 405-408. 2015. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/viewFile/10041/pdf>. Acesso em 24/06/2016.

CAPÍTULO XVII

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANAOS NA SEARA DOS DIREITOS SOCIAIS

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi[iii].
Ana Cristina Lemos Roque[iii]
Rosa Maria Silvério da Costa Dallefi[iii]

RESUMO: Podemos dessa forma, afirmar que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos condições necessárias para o convívio em sociedade. O conceito de direitos fundamentais evidencia finalidades de outorgar direitos básicos e necessários para o convívio em sociedade para o ser humano e de limitar os poderes do Estado, devendo este assegurar a eficácia plena destes direitos. O princípio da dignidade da pessoa humana é princípio norteador de todo o ordenamento, estando inserido em diversos artigos ao longo da Magna Carta, servindo de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais sociais.

PALAVRAS–CHAVES: Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, direitos sociais.

INTRODUÇÃO

É inegável a importância do tema abordado na presente pesquisa, o qual de forma alguma pretende exaurir o assunto. O trabalho apresentado busca uma análise á respeito do tema, analisando pontos fundamentais para a compreensão da pesquisa. Com o término da Segunda Guerra Mundial e frente á verificação de que o positivismo poderia ser utilizado como instrumento de justificação e suporte para regimes autoritários e as mais diversas atrocidades, levaram ao desenvolvimento de uma nova dogmática onde os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, os quais despontam como núcleo central do constitucionalismo e do Estado constitucional democrático.

Os direitos fundamentais foram consagrados nas constituições de diversos países, o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado à condição de valor jurídico supremo sendo um dos traços marcantes do neoconstitucionalismo, onde o homem passa

então a ser o centro e o fim do direito. Num contexto histórico os direitos sociais encontram-se presentes no processo de industrialização e nos grandes impasses socioeconômicos que se delinearam entre o sec. XIX e o sec.XX. A crise no modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado do Bem-Estar-Social, onde vão se desenvolver as correntes socialistas, anarquistas e reformistas, arbitrando as relações de trabalho.

Os direitos sociais são assim, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, onde o estado deve agir a garantir sua concessão a todos os indivíduos por parte do poder público. A presente abordagem é justificada frente a sua relevância na concretização dos direitos fundamentais. O trabalho desenvolvido será fundamentado em pesquisa bibliográfica, empregando-se o método dedutivo, bem como o método indutivo, considerando-se ainda os conceitos da Teoria do Direito Constitucional.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são os direitos que asseguram as condições necessárias para a vida em sociedade, garantindo a possibilidade de se receber e exigir benefícios, algumas normas são cogentes obrigando o Estado a garantir e proteger os interesses fundamentais da pessoa humana. Segundo entendimento de Canotilho (2008, p. 393), "os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta". Esse entendimento é dado atreves da diferenciação que se faz do conceito de direitos humanos e direitos fundamentais, de modo que aquele é universal, válidos para todos os tempos somente pela condição de ser humano.

Assim, é passível o entendimento de que com os direitos humanos é declarado que primeiro o ser humano possui direitos e posteriormente possui deveres para com o Estado, e os direitos que o Estado possui em relação ao ser humano tem a finalidade de garantir os direitos fundamentais. Podemos dessa forma, afirmar que os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos condições necessárias para o convívio em sociedade.

O conceito de direitos fundamentais evidencia finalidades de outorgar direitos básicos e necessários para o convívio em sociedade para o ser humano e de limitar os poderes do Estado, devendo este assegurar a eficácia plena destes direitos. Assim os direitos fundamentais são multifuncionais por isso os classificando basicamente em grupos de acordo com suas funções, destacando-se principalmente a classificação dos

direitos fundamentais em gerações.Entretanto, é passível de entendimento que tais características são valorativas por valorizarem direitos humanos que possui caráter de proteção a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e constante no preâmbulo constitucional.

Os direitos fundamentais, como normas princípio lógicas legitimadoras do Estado – que traduzem a concepção da dignidade humana de uma sociedade -, devem refletir o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é. Com efeito, os direitos fundamentais devem exaurir a ideia de dignidade humana, porém não mais uma ideia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como o conjunto de valores ou necessidades decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real. Tais valores, sem dúvida, possuem objetividade e universalidade na medida em que refletem os interesses universalizáveis de todos os homens, generalizáveis por meio do discurso racional e do consenso (LOPES, 2001, p.69).

Vale-se esclarecer o porquê do entendimento dos princípios fundamentais estando correlacionados com os direitos fundamentais, de modo, que decorre da previsão na própria Constituição Federal de 1988, com a declaração dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constituído como Estado Democrático de Direito. Assim, tem-se por princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, de forma que, todo o poder emana do povo.

Ainda tem-se por objetivos fundamentais, constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. É desse contexto que decorre os direitos fundamentais, da democracia, dos princípios e objetivos fundamentais da Constituição Federal.

2. O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se no núcleo central de todo Estado Democrático de Direito, dos direitos fundamentais e dos valores expressos

constitucionalmente, possuem um caráter abstrato, porém, absoluto. A concretização da dignidade humana ocorre com o reconhecimento dos direitos fundamentais, que devem ser respeitados tanto pelas demais pessoas quanto pelo Estado.

Em nossa Constituição Federal encontra-se disciplinada no art. 1, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana é princípio norteador de todo o ordenamento, estando inserido em diversos artigos ao longo da Magna Carta. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, será princípio constitucional orientador de toda a atividade jurisdicional, servindo de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração dos direitos fundamentais.

Ingo Sarlet define a dignidade humana como "... a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2015, p.62)."

Para Sarlet, a noção atual de dignidade da pessoa humana, é um contexto pós-guerra, onde configurou-se necessário proteger o ser humano de situações de extrema degradação.Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p.296), dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer validade jurídica, carregado de conceitos vagos e imprecisos e caracterizado por sua ambiguidade, ainda assim ganha extrema relevância frente aos avanços da humanidade.

O princípio da dignidade humana, embora carregado de elevado grau de indeterminação, é elemento essencial como critério para integração da ordem constitucional. A Constituição Brasileira atribuiu plena normatividade ao princípio da dignidade humana, tornando-o o alicerce principal do Estado Democrático de Direito.

3. OS DIREITOS SOCIAIS

Num contexto histórico os direitos sociais encontram-se presentes no processo de industrialização e nos grandes impasses socioeconômicos que se delinearam entre o sec.

XIX e o sec.XX. A crise no modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado do Bem-Estar-Social onde vão se desenvolver as correntes socialistas, anarquistas e reformistas, arbitrando as relações de trabalho.

Os direitos sociais são assim, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, onde o estado deve agir a garantir sua concessão a todos os indivíduos por parte do poder público. De índole essencialmente liberal, faz-se urgente a consolidação e efetivação dos direitos sociais enquanto direito fundamental. Sob a perspectiva dos direitos fundamentais da pessoa humana, os direitos sociais encontram-se inseridos no texto constitucional, exatamente no tocante aos direitos e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais da pessoa humana devem ser concebidos, não apenas a partir da perspectiva individual, mas também a luz dos direitos sociais.

Os direitos sociais são assim aqueles que demandam do Estado uma atitude ativa, onde todos possam dele usufruir. As políticas públicas devem observar as prioridades expostas na constituição. A efetivação dos direitos sociais por parte do Estado é consequência lógica, pois que de nada adianta ter direitos universalmente declarados, se os mesmos não são passíveis de exercício pela coletividade. Dessa forma, a incidência das políticas públicas torna-se vital na relação entre Estado Constitucional e Direitos Fundamentais e por sua função concretizadora tendo em vista que ao se concretizar os direitos sociais o estado Constitucional tornar-se-á pleno, integral e produtivo.

As políticas públicas encontram-se infimamente ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois que estes demandam do Estado prestações positivas e significa o alargamento do leque de direitos fundamentais, nesse contexto, a principal política pública será o desenvolvimento nacional o qual deverá ser harmonizado com os demais direitos eliminando-se as desigualdades sociais. Os direitos sociais são dessa forma, direitos constitucionais positivados onde sua concretização se dá através de prestações positivas do Estado, os direitos sociais ou de segunda geração consistem em poderes exercidos a partir das condições materiais exercidas pelo Estado.

O Estado social caracteriza-se pela conjugação da garantia das liberdades individuais com o reconhecimento e promoção dos direitos sociais. Assim, ao Estado Democrático de Direito impõe-se novas funções, ele passa a ser um Estado prestador de serviços e não mais apenas um Estado garantidor da ordem.

CONCLUSÃO

Com a evolução do Estado Liberal, vamos encontrar o Estado Social, o marco dos direitos sociais, bem como a exigência constitucional da efetivação desses direitos fundamentais. As normas programáticas, inseridas na Constituição através dos direitos fundamentais, estão intimamente ligadas ao Estado Social, de modo a viabilizar a postura intervencionista do Estado, no intuito de concretizar os valores da igualdade material; proporcionando aos seus cidadãos condições mínimas de existência.

Cabe ao Estado, em primeiro lugar, ofertar um mínimo social existencial, para, somente então, garantir que todas as pessoas tenham uma existência digna. A dignidade da pessoa humana deve ser colocada em uma perspectiva mais ampla possível, buscando sua essência em todos os aspectos da personalidade humana. Sob esse contexto conclui-se que o Estado representa a organização fundamental em que o homem se situa, possibilitando sua inserção social. Cabe ao Estado possibilitar ao homem mecanismos de justificação e promoção de seus direitos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. ***Curso de Direito Constitucional***. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOPES, Ana Maria D'avila. **Hierarquização dos direitos fundamentais?** Artigo publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 34/168, jan.-mar/2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel Sarmento; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VILHENA VIEIRA, Oscar. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006

CAPÍTULO XVIII

OS IDEAIS DE LIBERDADE, IGUALDADE, FRATERNIDADE E JUSTIÇA NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MULTICULTURAL DEMOCRÁTICA POR MEIO DO ESTADO DE DIREITO

ELIEL BATISTA MIRANDA JÚNIOR
Acadêmico de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP
miranda-junior@live.com
LAYANA MARA LAITER MARTINS
Acadêmica de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP
layanalaiter@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho pretende demonstrar as relações existentes entre os ideais de Liberdade, Igualdade, Fraternidade e Justiça e os diferentes grupos culturais, visando a evidenciar o papel do Direito neste ambiente. Trata-se de um artigo científico, realizado por método sistêmico para apresentar as relações princípio lógicas de uma sociedade evoluída. Devido à subordinação da sociedade civil aos interesses do Estado existente até o fim da Idade Média, aquela era submetida à vontade deste. Com a divisão entre eles e a determinação de que o Estado serve aos interesses da sociedade, esta passou a ter Liberdade. O volume de conhecimento adquirido pela humanidade e a variação de experiências entre indivíduos mostrou que a sociedade não era composta por um grupo uno, mas por diversos grupos culturais. As culturas tendem a ser intolerantes entre si e as leis e decisões são tomadas em benefício da cultura majoritária, devido ao interesse democrático em agradá-la. Isto é, no entanto, conflitante com o ideal de equidade do conceito de Justiça e, dessa forma, o Estado deve privilegiar a Fraternidade, fazendo uso da coercibilidade para incutir esse ideal em todos os grupos culturais existentes na sociedade, o que causará um aperfeiçoamento dos demais ideais, tendendo a atingir sua plenitude.

PALAVRAS-CHAVE: Fraternidade. Igualdade. Justiça. Liberdade. Multiculturalidade.

INTRODUÇÃO

O tema deste estudo é a relação entre os ideais consagrados pela Revolução Francesa e o ideal de Justiça e sua importância atual no desenvolvimento das democracias multiculturais, com desataque para o papel do Direito neste meio. Resume-se a uma

apresentação do sistema de relacionamento entre os ideais e as ferramentas de que se dispõe para construir uma sociedade justa.Seu objetivo é apontar para a injustiça que cometida ao negar direitos a grupos minoritários por suas divergências com relação aos grupos majoritários. Visa também determinar o responsável por reverter esta situação e a forma para conseguir fazê-lo.

O método aplicado foi o sistêmico, mostrando a teia de interdependência dos ideais de Igualdade, Liberdade, Fraternidade e Justiça na sociedade ocidental e em suas diferentes culturas. A ideia da pesquisa surgiu porque se verifica um crescimento alarmante das disputas e conflitos entre grupos culturais diversos, o que causa danos aos indivíduos, à sua propriedade e ao bem-estar social – fundamental à manutenção da paz e da ordem. Neste trabalho, o termo "propriedade" será empregado para designar o grupo de direitos de um indivíduo, como o seu patrimônio, direito à vida, à integridade física, entre outros.

Na primeira parte, apontam-se as bases essenciais à compreensão do funcionamento do sistema, ou seja, os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade e os conceitos de sociedade e Estado, demonstrando-se a evolução do conhecimento acerca desses itens e a tendência para a continuidade evolutiva. A segunda seção, trata do funcionamento do sistema através de enfoques, dando atenção especial aos tempos vindouros, onde deverá ser privilegiado o ideal da Fraternidade, que induz à ampliação da tolerância, assim como as consequências disso para os demais ideais. Também esta seção se dedica ao ideal de Justiça, bem como à ampliação do papel do Estado e da aplicação das ferramentas de que dispõe para a construção de uma sociedade justa.

Por fim, na terceira seção, aponta-se a inter-relação entre os ideais citados e as consequências de seu aperfeiçoamento na democracia. Aponta, também, a importância da democracia e do Estado de Direito no sistema e a função do Direito em meio a este, em especial a necessidade de intervenção estatal na sociedade, de modo a alterar o caminho seguido por esta.

1. SOCIEDADE MULTICULTURAL E OS IDEAIS DE LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE

Para se falar no funcionamento do sistema, necessário primeiro fazer os apontamentos quanto à definição e extensão dos ideais que o compõem.

1.1 CULTURA E SOCIEDADE HUMANA

Verifica-se com frequência o uso da expressão "identidade cultural", visando a determinar a compatibilidade dos indivíduos em uma sociedade ou a diferenciar sociedades independentes. Contudo, a definição exata do termo é tarefa complexa e demanda análise pormenorizada. O termo deriva da palavra em latim "*colere*", que significava cultivar, cultuar, prosperar, entre outros. No princípio sempre indicava o cuidado de alguma coisa, com o sentido de cultivo, geralmente de plantações e animais.

Em Roma já se usava voltado à experiência humana, como no "cultivo da alma". Na Era Moderna o termo ganhou relevância, com expressões como o "cultivo da mente" e o "cultivo do conhecimento", visando a designar a produção e prosperidade dessas áreas.Talvez devido a esse uso, a palavra passou a se desprender de expressões, passando a ter significado por si só, além daquele associado. A partir deste momento, já no século XIX, a palavra passou a adquirir diferentes significados, e hoje pode-se indicar, ao menos três usos:

> (I) o substantivo independente e abstrato que descreve um processo geral de desenvolvimento intelectual, espiritual e artístico, do século XVIII; (II) o substantivo independente, tanto usado genericamente quanto especificamente que indica um determinado modo de vida, seja de um povo, um período, um grupo, ou da humanidade em geral, de Herder e Klemm [...] (III) o substantivo independente e abstrato que descreve as obras e práticas de atividades intelectuais e, especialmente, artísticas. (WILLIAMS, 1985, p. 90, tradução nossa[iii])

Embora o uso mais comum atualmente seja o terceiro, neste trabalho emprega-se o segundo. Apesar desta divisão, vale observar que a separação dos conceitos não incorre na separação dos fatos, uma vez que o processo intelectual, espiritual e artístico de um grupo, influência nas suas formas de vida, bem como em seu trabalho e produção intelectual e artístico.

Com o advento da antropologia, passou a se estudar individualmente a cultura, sua evolução e suas acepções. Inicialmente, o termo era definido como o conjunto dos símbolos lógicos e do comportamento comum de uma sociedade, algo que fazia os humanos se diferenciarem das demais espécies animais e vegetais. Este conceito, no entanto, não é mais aceitável. O linguista e antropólogo americano Roger M. Keesing, em seu artigo "Theories of Culture" (1974, p. 75) assim define cultura:

> Culturas são sistemas (de padrões de comportamento socialmente transmitidos) que servem para relacionar comunidades humanas às suas configurações ecológicas. Esses modos-de-vida-de-comunidades incluem tecnologias e modos de organização econômica, padrões de assentamento, modos de agrupamento social e organização política, crenças e práticas religiosas, e assim por diante. (Tradução nossa[iii])

Dessa forma, infere-se que a cultura de um povo se faz pelo sistema de padrões comuns de relacionamento entre as comunidades humanas e o ambiente em que estão inseridas. Kessing afirma que cultura é um padrão de vida, determinado por uma série de fatores peculiares a cada grupo social, em conjunto com o segundo uso definido por Williams.

Muito mais que a cultura de um país, essa definição admite a existência de grupos socioculturais dentro de sociedades complexas, uma vez que uma nação compartilha das tecnologias, organização econômica e organização política, entre outros aspectos comuns, mas nem toda a nação compartilha, nos Estados contemporâneos, de crenças e práticas religiosas, de padrões de habitação, de agrupamento, além de inúmeras outras diferenças entre os grupos que a compõem.

Se cultura não pode ser entendida como sociedade, também está não deve ser confundida com o Estado. É próprio do ser humano a formação de complexas sociedades civis ou políticas, onde se forma um Estado e a ele conferem-se poderes, atribuindo uma personalidade à própria sociedade. "Imediatamente, esse ato de associação produz [...] um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quanto são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade" (ROUSSEAU, 2006, p. 220).

Para validar e garantir essa sociedade, os poderes que são atribuídos ao Estado são exclusivos deste, de modo que "só podemos afirmar que há sociedade política quando cada um dos membros abrir mão do próprio direito natural transferindo-o à comunidade, em todos os casos passíveis de recurso à proteção da lei por ela estabelecida" (LOCKE, 2002, p.61).

Em outro trecho, John Locke explica o conceito de direito natural como "sendo [...] um estado de total Liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas de acordo com sua conveniência, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem" (2002, p.15). A lei da natureza, na mesma obra, é tratada como o uso da razão, que torna todo homem razoável,

faz com que ele consulte essa peculiaridade humana de modo a não lesar a outrem, exceto em proteção de sua propriedade (2002, p.16). Nas sociedades civis, os homens se associam para garantir a proteção de sua propriedade, ou seja, as pessoas se unem num determinado espaço geográfico, abdicando de seu poder natural de proteger sua propriedade e passando este poder ao grupo, responsável por resolver os conflitos internos e determinar, quando houver ofensa externa, se esta é grave o suficiente para causar a retaliação.

Com o passar do tempo e a complexidade crescente da experiência humana, as sociedades civis passaram a ser responsáveis por muitos mais do que simplesmente a proteção das pessoas e das propriedades, e definições mais recentes de sociedade surgiram. No século XVII, conflitos políticos puseram termo à união entre Estado e sociedade civil, considerando que o primeiro era uma organização de poder e hierarquia, enquanto o segundo era uma associação de homens livres, ou como define Raymond Williams (1985, p. 291), "o corpo de instituições e relacionamentos dentro do qual um grupo relativamente grande de pessoas vive" (tradução nossa[iii]).

No sentido mais geral da palavra, nós podemos dizer que "sociedade é aquilo a qual nós todos pertencemos, mesmo que seja também muito geral e impessoal;" (WILLIAMS, 1985, p. 293, tradução nossa[iii]). Assim sendo, pode-se afirmar que, independentemente de particularidades e individualidades, sociedade é a coletividade, geral e impessoal, de indivíduos vivendo em um mesmo lugar e Estado é um ente responsável por manter a ordem e proteger a propriedade das pessoas.

1.2 LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE

No século XVIII, a França esteve sob o domínio de absolutistas, que confundiam seus interesses pessoais com os do Estado, deixando o país esgotado econômica e financeiramente. A sociedade francesa, à época, era extremamente desigual: o clero e a nobreza ocupavam a maior parte dos cargos públicos importantes, desfrutavam de vantagens inumeráveis e representavam uma parcela ínfima da população (cerca de 4%).

O restante, com exceção de parte da burguesia, vivia de forma simples e, por vezes, anti-higiênica. O país contava com uma população de 26 milhões de habitantes, dos quais mais de 23 milhões eram camponeses, os quais continuavam presos a inúmeros resquícios feudais. O camponês era obrigado a entregar ao latifundiário uma parte da

colheita (geralmente a quarta parte), ou a pagar-lhe o seu valor em dinheiro. Pagavam, ainda, impostos ao Estado e dízimos à Igreja. "Existiam na França, 1,5 milhão de camponeses, reduzidos à situação de vagabundos, que perambulavam por todas as partes e se dedicavam ao roubo" (MOCELLIN, 1997, p. 114).

Junte-se a isso o fato de que a burguesia enriquecida, parte do Terceiro Estado que gozava de um luxo que rivalizava com o da nobreza, não dispunha de poderes políticos, e as bases para a revolução se formam. Quando Luís XVI assumiu o trono em 1774, aos 19 anos, o governo gastava mais do que arrecadava, devido principalmente às despesas com guerras, manutenção do luxo da corte e o fato de que os nobres e o clero não pagavam impostos. O monarca tentou convencer as classes privilegiadas a cederem, pelo bem do regime, mas estas eram irredutíveis.

Diante dos fatos, o Terceiro Estado – burguesia e o resto da população – instaurou uma Assembleia Nacional, em 17 de junho de 1789, que, posteriormente naquele mesmo ano, tornou-se Assembleia Constituinte, em 9 de julho. Em 26 de agosto, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um documento que visava promover a Igualdade jurídica entre os cidadãos e a proteção da propriedade privada. Em 1791 ratificam-se os ideais de Liberdade e Igualdade com a aprovação da Constituição. Renato Mocellin (1997) a define como uma constituição burguesa, que tinha por objetivo erradicar as práticas feudais e aristocráticas em prol de uma sociedade predominantemente capitalista e burguesa.Mocellin (1997, p. 117) ainda destaca que as principais características da referida constituição eram:

> Não interferência do Estado na economia (liberalismo econômico); Separação entre a Igreja e o Estado; Revogação dos direitos feudais, porém os camponeses teriam de pagar por essa revogação; Liberalismo político. Os cidadãos foram divididos em passivos e ativos. Os ativos eram aqueles que tinham capital ou propriedade. De uma população de 26 milhões, apenas quatro milhões eram considerados cidadãos ativos. Como se percebe, esta Constituição assegurava a participação política da burguesia, excluindo o restante da população.

Em meio aos fatos, o rei Luís XVI tentou fugir para organizar uma contrarrevolução, mas foi capturado e preso. Depois disso, os jacobinos ganharam mais poder, alegando que a França revolucionária estava em perigo. Em 1792 formou-se a Convenção Nacional, que substituiu a Assembleia Constituinte e proclamou-se a República Francesa. O rei e sua esposa, Maria Antonieta foram guilhotinados.

Na república, adotou-se o lema "Liberté, EgalitéetFraternité" (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), enquanto os jacobinos, sob a liderança de Robespierre e guiada

por ideologias iluministas, aprovavam "medidas de caráter popular como o sufrágio universal, criação de ensino público gratuito, abolição da escravidão nas colônias, tabelamento dos gêneros de primeira necessidade, fim de todos os privilégios de classe" (PETTA; BAEZ OJEDA, 1999, p. 133).

Com isso e o seguinte desfecho da revolução, que teve resultados predominantemente burgueses, o ideal de Liberdade era político, religioso e econômico, ou seja, a população poderia desenvolver livremente suas atividades econômicas e suas opiniões políticas e religiosas, o ideal de Igualdade era mera situação legal, de modo que, frente à Justiça, todos seriam submetidos às leis e todos teriam os mesmos direitos.

O ideal de Igualdade pregado resumia-se à teoria, enquanto o ideal de Fraternidade não teve muita efetividade, mas visava a pregar a união entre as classes e não mais a luta entre elas. Tinha caráter puramente simbólico. Cabe ressaltar, contudo, que mesmo à época os ideais eram muito mais profundos do que sua aplicação original sugeria, mas o contexto social, político e econômico não permitia o seu completo desenvolvimento.

> Não há dúvidas de que existem inúmeros bons argumentos a favor da tese segundo a qual os diferentes direitos fundamentais surgiram como reações a ameaças concretas. Mas isso é apenas um lado da questão. Ao lado da linha de tradição "concreta" existe uma linha "abstrata". São evidências dessa linha abstrata o art. 4º, 1, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não encontra outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos". (ALEXY, 2012, p. 371)

A sociedade, como foi dito anteriormente, era privada de inúmeros direitos, entre os quais o acesso à educação pública gratuita, o que, sem dúvida, mantinha a população alienada e sob o domínio dos absolutistas. Logo, qualquer brecha no Estado, poderia representar um regresso à precária situação anterior – o próprio Estado revolucionário era instável e suscetível a golpes. Dessa forma, inicialmente, procurou-se garantir legalmente as bases para a Igualdade e a Liberdade. Miguel Reale comenta esta situação e seus efeitos no campo jurídico em sua obra "Lições Preliminares de Direito" (2002, p. 277-278):

> Já dissemos que a Revolução Francesa atinge um ponto culminante com a publicação do Código Civil de Napoleão. [...] Portalis, um de seus grandes elaboradores, prudentemente reconhecera a existência de insuficiências e lacunas no Código, mas assim não pensaram os seus primeiros intérpretes, os quais pretenderam que não havia parcela da vida social que não tivesse sido devida e adequadamente regulada, razão pela qual haviam sido revogadas todas as ordenações, usos e costumes até então vigentes.
>
> Compreende-se essa atitude. A Revolução Francesa vinha declarar a Igualdade de todos perante a lei e, ao mesmo tempo esfacelava os núcleos nos quais ainda subsistiam sistemas jurídicos particularistas com pretensão de "soberania" perante o

> Estado. Os privilégios e as prerrogativas da nobreza e do clero desapareceram para que o Direito se revelasse apenas através da vontade geral. "Todos os direitos são fixados pela lei", como expressão da vontade geral, proclamou Jean Jacques-Rousseau, fundando criadoramente o pensar político de seu tempo.

A insegurança era tão grande que nem ao menos se permitia interpretar a lei de outra forma que não fosse gramatical, ou seja, extrair da letra legal o uso no caso concreto, de forma literal, ou mesmo usando os textos para cobrir analogamente situações que não estavam previstas. O que se pretendia era que o que estava nos códigos fosse aplicado incondicionalmente.

Durante anos este foi o padrão de interpretação usado pela Escola da Exegese, "movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva [...] já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social" (REALE, 2002, p. 278).

Com a evolução do pensamento, em especial com as inúmeras inovações tecnológicas trazidas pelos séculos subsequentes, os ideais de Liberdade e Igualdade se firmaram no campo do Direito e a rigidez da revolução foi substituída. No meio social, no entanto, esses ideais estagnaram-se.

Verifica-se, neste contexto, que foi priorizado o desenvolvimento do ideal de Liberdade, o que garantiu à burguesia as condições necessárias ao desenvolvimento de suas atividades econômicas e de seu enriquecimento ainda maior. O fato de a revolução ter tido resultados predominantemente burgueses, mudando muito pouco de imediato para as classes populares, criou uma sociedade predominantemente capitalista.

Disso decorreu o desenvolvimento de determinados setores, com a ampliação do conhecimento técnico das classes trabalhadoras. Uma das consequências imediatas foi o desenvolvimento, ainda que reduzido, dos outros ideais, em especial do ideal de Igualdade.

Naturalmente, com as novas condições, principalmente com novas ideologias e sob o incentivo de minorias revolucionárias (novamente), as classes populares, agora operárias, se rebelaram contra o sistema opressor, exigindo mudanças que viriam a garantir a sua Liberdade e a Igualdade de condições. A partir de então, passou-se a focar no ideal de Igualdade, sem, contudo, prejudicar o desenvolvimento do ideal de Liberdade.

No mundo contemporâneo, busca-se firmar estes ideais, o que pode ser observado, por exemplo, em seu uso como base da "Declaração Universal dos Direitos Humanos", documento promulgado pela ONU em 1948 e que ainda vigora. Porém, não se pode

ignorar a necessidade de evolução do ideal da Fraternidade. Nesse sentido, pronunciou-se o Ministro do STF, Gilmar Mendes, em 18 de novembro de 2008, em palestra proferida na Universidade de Münster, na Alemanha:

> No limiar deste século XXI, Liberdade e Igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da Fraternidade. Com isso quero dizer que a Fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de Liberdade e Igualdade.

É nítida a referência à diversidade atual das sociedades. O ideal da Fraternidade refere-se à união do povo em prol de um objetivo comum, o que mudou foi esse objetivo, que à época da Revolução Francesa era a busca pela Liberdade e pela Igualdade, enquanto atualmente, com esses direitos encaminhados, embora ainda não aperfeiçoados, precisa-se atualizá-lo para manter-se a Fraternidade, e subsequentemente repensar os demais valores fundamentais. O foco passa a ser o ideal de Fraternidade.

2 JUSTA E FRATERNA CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE

Destacados e conceituados os aspectos mais relevantes, questiona-se qual a perspectiva para tais aspectos. No tocante aos ideais, principalmente, pergunta-se qual a melhor aplicação hodiernamente.

2.1 FRATERNIDADE E TOLERÂNCIA

O que há de objetivo comum a toda a sociedade (ou à maioria dela, como à época da Revolução Francesa) é a simples aceitação recíproca. Não é preciso compartilhar de objetivos com todos os membros, nem dos mesmos costumes, basta receber a permissão tácita da sociedade para o exercício de sua cultura, de sua forma de vida. Em consequência desta afirmativa, pode-se dizer que o ideal da Fraternidade tem como principal ferramenta a Tolerância, em que uma sociedade fraterna é aquela que aceita em seu seio todos os seus membros, que são livres para viver suas vidas segundo as suas culturas.A UNESCO, na Declaração de Princípios sobre a Tolerância, publicada em 1995, assim define tolerância, em seu Artigo 1º:

> 1.1 A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. [...] A tolerância é a harmonia na

> diferença. [...] A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.
> 1.2 A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das Liberdades fundamentais do outro. [...]
> 1.3 A tolerância é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito. [...]
> 1.4 [...] praticar a tolerância não significa tolerar a injustiça social, nem renunciar às próprias convicções, nem fazer concessões a respeito. A prática da tolerância significa que toda pessoa tem a livre escolha de suas convicções e aceita que o outro desfrute da mesma Liberdade. Significa aceitar o fato de que os seres humanos [...] têm o direito de viver em paz e de ser tais como são.

Qualquer das considerações acerca da tolerância citadas reflete a ideia atual de Fraternidade – os indivíduos são diferentes entre si, a sociedade precisa aceitar isso para se tornar fraternal. É interessante notar que o que foi expresso no documento da UNESCO não se aplica apenas internamente, nos países membros, mas também nas relações internacionais. Outro documento da UNESCO, escrito por Rao V. B. J. Chelikani (1999, p. 26), traz que:

> Não resta a menor dúvida de que a noção dos direitos do homem e a das Liberdades fundamentais fazem parte dos valores universais que se vão tornar os princípios fundamentais do século 21, mas deveríamos cuidar para que não fossem consideradas como valores estranhos impostos por uma sociedade dominante. Deveríamos nos empenhar para reforçar sua aceitabilidade envolvendo outras culturas e outras noções jurídicas na expansão e na promoção desses valores, cuja vocação é universal.

Com isso, o autor quer reforçar a ideia de que a educação de qualidade é quem deve incutir no conjunto de princípios morais que regem um indivíduo ou um grupo o ideal de Fraternidade e o uso da tolerância, de modo que estes entendam que esses valores são necessários à paz mundial e ao bem-estar comum. Como ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, a Fraternidade pode ser a solução para os problemas que a sociedade possui em termos de Liberdade e Igualdade. Mais do que isso, porém, a tolerância pode ser a chave para solucionar os problemas de violência, paz e segurança.

Na obra publicada pela UNESCO (1999, p. 27), prega-se que "graças à tolerância, diz-se que se podem evitar o ódio e os conflitos e recorrer a métodos não-violentos para resolver controvérsias". O próprio autor apresenta uma possível contestação, alegando poder-se verificar na natureza a agressividade e a violência no processo de sobrevivência, mas ele completa dizendo que vários estudos de cientistas e geneticistas confirmam "que o homem não possui em seus genes programa inato predispondo-o à agressividade ou à violência, exceto em casos psicopatológicos" (UNESCO, 1999, p.28).

Dessa forma, infere-se que "o ódio, os preconceitos e a intolerância são claramente reflexos adquiridos que podem conduzir o homem a agir para se proteger, exercer represálias ou ter um comportamento violento em relação a outrem". E, ainda que fosse o caso de uma característica inata, não se trata de argumento válido para justificar uma atitude lesiva à própria espécie, em seu atual estágio evolutivo. Ligado a esse ponto da vida humana está o problema da segurança – o objetivo primário da sociedade como já exposto, é a proteção, a garantia da segurança dos indivíduos, uma necessidade básica do indivíduo,

> Entretanto, o Estado não se encontra em condições de responder às necessidades sofisticadas de milhões de pessoas e assegurar-lhes proteção de vida, conforto físico, emprego, saúde e higiene, alimentação e meio ambiente saudável. No entanto, é essencial livrar-se do medo para libertar-se [...] do sentimento de insegurança e de qualquer agressividade, violência e intolerância. As pessoas que se sentem inseguras frequentemente são intolerantes. Mas o sentimento de insegurança persiste no espírito das pessoas em todos os Estados, mesmos nos mais poderosos da Terra. Observam-se em todo mundo, na periferia de centros urbanos prósperos, numerosas zonas inseguras onde nem a própria polícia, sem mencionar o comum dos mortais, ousaria se aventurar. (UNESCO, 1999, p. 32-33)

O que se verifica no tocante à segurança é uma relação bilateral com a tolerância, em que a falta de segurança gera intolerância e a falta de tolerância gera insegurança. Disso decorre que o nível de segurança em uma sociedade é diretamente proporcional ao nível de tolerância desta. Para combater a insegurança não basta a ação do Estado, também é preciso que se engajem "a vizinhança, a sociedade civil, as ONGs, os governos e os organismos intergovernamentais da região" (UNESCO, 1999, p. 33).

Por fim, a paz é considerada como a instância máxima das relações humanas, sejam elas interpessoais, intergrupos ou internacionais. "A paz depende dos esforços combinados de todas as instituições sociais, políticas, econômicas e religiosas. Requer tolerância, profundo respeito pelo outro, solidariedade diligente e respeito aos direitos humanos" (UNESCO, 1999, p. 30).

Não se dispõe de precedentes de paz mundial pois, historicamente, o ser humano opera pela lei do mais forte, mesmo nas relações internacionais contemporâneas os mais poderosos determinam o destino de todos. A sociedade ocidental carece de progresso nesse sentido pois para parte da população só existe uma verdade: aquela em que o indivíduo acredita. Nesse âmbito, a religião, mecanismo de controle social, tem papel importante na forma de pensar do ser humano.

Como exemplo, a Igreja Católica Apostólica Romana, maior instituição religiosa do mundo, ao longo de sua existência exerceu sua capacidade de influência e controle, direta ou indiretamente, no poder político de várias regiões do Ocidente. É sabido que a Igreja perseguiu e matou inúmeros indivíduos apenas por divergências religiosas, bem como apoiou a escravidão. No entanto, à luz das novas ideologias e da evolução da sociedade, a instituição busca adotar uma posição mais fraterna e humanitária, combatendo o preconceito.

No Concílio Ecumênico Vaticano II (2011, p. 345), que ocorreu entre os anos de 1962 e 1965, acordou-se entre os membros da Igreja algumas bases doutrinais, valendo destaque para a seguinte passagem:

> Nós não podemos invocar Deus, Pai de todos os homens se nos recusamos a comportar-nos como irmãos para com alguns homens criados à imagem de Deus. A relação do homem para com Deus Pai, e a relação do homem para com os outros homens seus irmãos, encontram-se tão ligadas entre si que a Sagrada Escritura diz: "Quem não ama, não conhece a Deus" (1Jo 4,8).
> Rejeita-se, portanto, o fundamento de toda a teoria ou modo de proceder que introduz, entre homem e homem, entre povo e povo, discriminações quanto à dignidade humana e aos direitos que dela derivam.
> Por conseguinte, a Igreja reprova, como contrária à vontade de Cristo, qualquer espécie de discriminação entre os homens ou de perseguição perpetrada por motivo de raça ou de cor, de condição social ou de religião.

Neste registro expresso da posição do Vaticano com relação à discriminação demonstra-se o enfoque atual no ideal de Fraternidade nas sociedades para o transcorrer do século. Para as religiões, a jornada espiritual passa pelo plano terrestre e não é razoável considerar a supremacia de um grupo sobre outro, uma vez que todos são, na essência, iguais. Independente de manifestação religiosa, a experiência humana mostra que não há razão para se considerar a superioridade de um grupo qualquer sobre outro.

Nesse sentido:

> Nos dias atuais, promover o reconhecimento e a valorização de todos os grupos culturais é um dever inadiável do Estado e da sociedade brasileira. Universalizar ideias não significa torná-las únicas em uma coletividade. Ao contrário, consiste em permitir e tolerar a multiplicidade de culturas, comportamentos e ideias para que existam diálogos e inclusão entre elas, com respeito mútuo para que todos passam exercer com igualdade e liberdade a convivência social. (BRANDI; CAMARGO, 2013, p. 56)

Como exposto, cultura é um conjunto de fatores que determinam os modos de vida de grupos e a legitimidade de sua existência livre está na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama que:

> Art. 18. Todo o homem tem direito à Liberdade de pensamento, consciência e religião; [...].
> Art. 19. Todo o homem tem direito à Liberdade de opinião e expressão; [...].
> Art. 22. Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização [...] dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.
> Art. 26, II. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas Liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Atente-se para o artigo 22, que diz que todo homem tem direito a exercer suas atividades econômicas, sociais e culturais para o livre desenvolvimento de sua personalidade. A Declaração de Princípios sobre a Tolerância, em cada um de seus artigos, condena qualquer forma de discriminação e as julga como ameaça ao desenvolvimento, à democracia e, acima de tudo, da paz. Destaque-se o seguinte artigo da referida Declaração:

> 3.3 Como afirma a Declaração da UNESCO sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, medidas devem ser tomadas para assegurar a Igualdade na dignidade e nos direitos dos indivíduos e dos grupos humanos em todo lugar onde isso seja necessário. Para tanto, deve ser dada atenção especial aos grupos vulneráveis social ou economicamente desfavorecidos, a fim de lhes assegurar a proteção das leis e regulamentos em vigor, sobretudo em matéria de moradia, de emprego e de saúde, de respeitar a autenticidade de sua cultura e de seus valores e de facilitar, em especial pela educação, sua promoção e sua integração social e profissional.

Em caráter imediato, esta deve ser a resposta do Estado para a proteção dos grupos vulneráveis à intolerância, vítimas de preconceito de toda espécie. O uso da coercibilidade deve ser feito de modo a fazer cessar qualquer forma de discriminação e evitar a repetição de tais eventos. Em longo prazo, a Declaração refere-se à educação como a chave para a construção de uma sociedade tolerante, de uma sociedade fraterna.

2.2 JUSTIÇA: DE ARISTÓTELES A JOHN RAWLS

Para compreender melhor o ideal de Justiça, é necessário que se remeta à sua origem, de modo a captar a vontade imutável expressa neste princípio e as alterações ocorridas no sentido da busca pela sua plenitude.

> Chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõem para a sociedade política. [...]
> Assim, essa forma de Justiça é a virtude completa, embora não de modo absoluto, mas em relação ao próximo. Por isso, a Justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e "nem Vésper, nem a estrela-d'alva são tão maravilhosas"; e

> proverbialmente, "na Justiça se resumem todas as virtudes". (ARISTÓTELES, 2002, p. 105)

Aristóteles põe dois tipos fundamentais de Justiça: completa e parcial. A completa é aquela que beneficia toda a sociedade, que traz felicidade, enquanto a parcial é aquela que toca apenas a membros específicos ou a um grupo. O que se verifica nestas considerações é que a Justiça, em sua forma completa, é alcançar todas as virtudes humanas e usá-las em prol, não somente de si, mas do próximo também. Infere-se, então, que uma sociedade justa seria uma sociedade de indivíduos virtuosos. Segundo o próprio Aristóteles, esta é a utopia de Justiça.

Quanto à Justiça parcial, Aristóteles a define como a busca pelo justo que é a equidade, em que iguais recebem partes iguais e desiguais partes desiguais. "O justo é, por conseguinte, uma espécie de termo proporcional" (ARISTÓTELES, 2002, p. 109), posto que de acordo com o mérito individual, cada um recebe os benefícios ou malefícios proporcionalmente à sua participação ou responsabilidade no ato. Nota-se a diferença existente entre o ideal de Igualdade e a equidade de Aristóteles: a Igualdade é incondicional e invariável, independente de mérito, enquanto a equidade é a busca pelo razoável. É mister verificar que, como Aristóteles define a Justiça como a equidade, e a Igualdade tem se desviado de sua definição inicial para a busca da Justiça, o ideal de Igualdade deve se aproximar cada vez mais de equidade.

Logo, Justiça é receber um bônus na proporção do seu ônus (e vice-versa). A discussão, então, volta-se para qual é o ônus de cada um, o seu mérito[iii], onde surgem as divergências, mas o ideal de justo assim fica definido. Vale ressaltar que o princípio da equidade, nesta obra sugerido, perdura até hoje como o principal referencial de Justiça, variando em diferentes ideologias a sua aplicação e extensão. Conclui-se, por fim, que a única constante do ideal de Justiça tem seu princípio em Aristóteles, como o meio-termo, a equidade entre as partes e objetos.Pode-se afirmar que a Justiça hodierna se baseia na Igualdade universal, no princípio da isonomia, em que todos são iguais perante a lei. Percebe-se, porém, uma tendência leve de mudança no sentido da equidade de Aristóteles:

> A ideia de Justiça não é pertinente apenas ao Direito. A Moral, a Religião e algumas Regras de Trato Social preocupam-se também com as ações justas. O seude uma pessoa é também o respeito moral; um elogio; um perdão. A palavra justo, vinculada à Justiça, revela aquilo que está conforme, que está adequado. A parcela de ações justas que o Direito considera é a que se refere às riquezas e ao mínimo éticonecessário ao bem-estar da coletividade.

> Justiça é síntese dos valores éticos. Onde se pratica Justiça, respeita-se a vida, a Liberdade, a Igualdade de oportunidade. Praticar Justiça é praticar o bem nas relações sociais. (NADER, 2012, p. 105-106, grifos do autor)

Mesmo em sua total abrangência o ideal tem apenas um objetivo: o bem-comum. O Direito reserva-se ao *mínimo ético*, suficiente para manter as relações num nível sustentável, o bastante somente para evitar o caos.

Vale ressaltar, entretanto, que em situações de notória violação do ideal de Justiça, o Direito tem por obrigação, como o único meio de controle social a dispor de coercibilidade, reparar os danos e tomar providências de modo a evitar que eles ocorram novamente. Isso porque situações de injustiça em que o Direito se abstém de intervir arriscam o fator de segurança jurídica, já que os injustiçados podem decidir fazer Justiça eles mesmos, o que legaria um estado de caos.

Segundo Paulo Nader (2012, p. 110), existem dois tipos de Justiça: a convencional e a substancial, e ele assim as diferencia:

> Justiça *convencional* é a que decorre da simples aplicação das normas jurídicas aos casos previstos por lei. É alcançada quando o juiz ou o administrador subministram as leis de acordo com o seu verdadeiro sentido. É irrelevante, para esta categoria, que a lei seja intrinsecamente boa, consagre ou não os valores positivos do Direito. [...] Esta é a única conotação de Justiça admitida pelos positivistas.
> [...] A Justiça *substancial* se fundamenta nos princípios do Direito Natural. Não se contenta com a simples aplicação da lei. É a Justiça verdadeira, que promove efetivamente os valores morais. É a Justiça que dá a cada um o que lhe pertence. Pode estar consagrada ou não em lei. Quando coincido o justo convencional com o substancial, a sociedade acha-se sob o império de uma ordem jurídica legítima. (grifos do autor)

A Justiça substancial é o próprio ideal de Justiça, o objetivo de toda a sociedade. É evidente que nenhuma sociedade humana atingiu a sua plenitude, mas também o é a sua existência, uma vez que a Justiça convencional se forma baseada na Justiça substancial, e é colocada em xeque quando claramente contrária a esta.

Por fim, Paulo Nader (2012, p. 111-112) apresenta diferentes classificações modernas de Justiça. São elas a distributiva, a comutativa, a geral e a social. A distributiva toca na função do Estado em corrigir as desproporções nas desigualdades, distribuindo bens e encargos. A comutativa é aquela própria do Direito privado, em que as partes acordam um valor justo (equivalente) para as suas relações de troca. Por sua vez, a Justiça geral refere-se à contribuição individual para o bem comum. Derradeiramente, a Justiça social visa a reduzir as desigualdades econômicas, na proteção dos mais pobres, onde os mais afortunados contribuem para reduzir a necessidade dos mais carentes.

John Rawls (2000, p. 64), filósofo político americano, em sua obra mais importante, "Uma teoria da Justiça", cita dois princípios da Justiça, por ordem de importância:

> A primeira formulação dos dois princípios é a seguinte:
> Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais Liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de Liberdades para as outras pessoas.
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.

A Liberdade dos indivíduos deve ser tão grande quanto possa ser igualmente grande a todos os membros da sociedade, e as desigualdades são justificáveis na proporção em que isso beneficie a todos, e de modo que todos tenham perspectiva ou possibilidade de crescimento.

Nota-se, mais uma vez, a priorização da Igualdade sobre a Liberdade. É inquestionável que, na extensão em que o segundo ideal citado, referente à Liberdade, for concedido, deve ser concedido de forma igual a todos os membros da sociedade. No entanto, não se pode considerar a Igualdade em posição hierarquicamente superior à Liberdade, pois elas são inerentes.

Veja, por exemplo, na situação da França revolucionária: garantiu-se aos cidadãos iguais Liberdades – política, expressão, propriedade, religião, entre outras – mas a Igualdade no meio social ficou comprometida, posto que a efetividade da Liberdade era baixa, uma vez que grande parte da população tinha direitos (à propriedade, principalmente) mas não dispunha de meios para exercê-los.

Este fato pode ser comprovado pelas subsequentes manifestações do proletariado contra a classe burguesa (em pleno exercício de seus direitos, em detrimento dos demais), posto que o segundo princípio de John Rawls estava sendo violado. Dessa forma, é correto afirmar, então, que os ideais de Liberdade e Igualdade estão diretamente ligados, cabendo entre si um desenvolvimento mútuo, já que inexistência de Igualdade gera a supressão da Liberdade, bem como a inefetividade desta põe aquela em situação de instabilidade.

Ante o exposto, pode-se afirmar que é função do Estado contemporâneo corrigir as desproporcionalidades acumuladas ao longo da história da humanidade, uma vez que este é o único com o poder real de fazer valer suas determinações. É fundamental distinguir o Estado de eras anteriores com o contemporâneo, uma vez que ele deixou de ter a simples função de resolver conflitos e proteger a propriedade. Hoje, o papel do

Estado é, propriamente, o de fazer Justiça, de dar a cada um o que é seu, mas na medida em que isso não lese a outrem.

Sua função passa a ser tratar de forma igual os que são iguais e de forma proporcionalmente desigual os que não o são. Um exemplo disso no Direito brasileiro são as decisões do Supremo Tribunal Federal com relação ao sistema de cotas nas universidades do país, em que estudantes egressos das escolas da rede pública de ensino passam a concorrer às vagas com seus iguais, posto que se entende que o ensino nas escolas privadas é desproporcionalmente privilegiado em relação às públicas.

Na mesma questão das cotas, verificam-se tendências favoráveis às ações afirmativas, que visam à construção de uma sociedade mais justa e solidária ao reservar vagas para negros nas universidades, de modo a democratizar o acesso ao ensino, nos moldes do inciso I, do Art. 3º da CF.

Infere-se, portanto, que o aperfeiçoamento gradual dos ideais se dá através de enfoques. Não é possível se estabelecer uma sociedade estável sem que se proceda garantindo proporcionalmente Liberdade e Igualdade. Posteriormente, para se construir uma sociedade justa, é preciso que está se preocupe com toda a população, que haja um sentimento de Fraternidade em cada indivíduo, de tolerância mútua. Por fim, como único ente a dispor de meios para garantir isto, inclui-se como função do Estado esta tarefa.

3 DEMOCRACIA E DEFESA DOS GRUPOS MINORITÁRIOS

Há que se diferenciar uma abordagem social democrática, pura e simples, daquela integrada aos demais ideais, que culmina no conhecido Estado de Direito. Diante deste Estado de Direito, torna-se função precípua do Poder Público instituído a proteção dos democraticamente vulneráveis.

3.1 DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

A democracia surgiu na Grécia Antiga, mais especificamente na cidade de Atenas, devido ao seu grande potencial político. Para os cidadãos atenienses, a política era uma nobre característica humana e todos tinham por obrigação praticá-la. A palavra é derivada dos termos demoi, distritos, e cracia, poder ou governo. Dessa forma, democracia é o governo distrital. Isso porque Atenas, no começo da democracia, fora dividida em

distritos segundo a sua localização geográfica e, assim, todos os cidadãos tinham representação política.

Naturalmente, a democracia ateniense era limitada às visões da época, onde cidadãos eram apenas aqueles homens, maiores de idade, nascidos de pai e mãe ateniense. No governo de Péricles (443 a 429 a. C.), o grupo se expandiu para incluir os nascidos em Atenas, que haviam enriquecido, mas não pertenciam às antigas famílias aristocráticas; mulheres, estrangeiros e escravos continuavam sem direito à cidadania.

Ainda assim, aquele era considerado como o poder do povo. "É preciso, porém, fazer uma pequena reflexão sobre a definição da democracia como o governo do povo. [...] No século V a. C., esse grupo [cidadãos atenienses] representava aproximadamente 10% da população de Atenas" (PETTA; BAEZ OJEDA, 1999, p. 17). O fundamental na origem da democracia é notar que ela tem por objetivo dividir o poder entre os diferentes grupos sociais existentes dentro de um país, para benefício de todos estes.

Devido a esta característica, a democracia consolidou-se como a forma de governo favorita no mundo, ainda que atingindo diferentes graus de plenitude e, ao lado da Tolerância, constitui uma das principais ferramentas para a construção de uma sociedade justa. Atualmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem prega que a democracia é direito fundamental ao indivíduo, conforme seu Artigo 21:

> I) Todo o homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. [...]
> III) A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a Liberdade de voto.

A ONU entende que esta forma de governo é a mais capaz de assegurar a defesa dos direitos fundamentais, uma vez que inibe que os governantes cerceiem os direitos daqueles que lhes concedem poder.

Como consequência da evolução das ideologias e da crescente participação popular na organização política dos países ao redor do mundo, é notório o papel da democracia não somente como responsável pela defesa de um grupo, como ocorria em Atenas, mas pela proteção de toda a sociedade, de qualquer grupo, porque o poder político reside em todos de forma igualitária.

A união de todos os valores e ideologias expostos anteriormente só é possível, até agora, através de um Estado de Direito, terceira ferramenta fundamental à construção da Justiça. Miguel Reale (2002, p. 79) assim comenta:

> A bem ver, para que haja [...] um Estado de Direito, que só pode ser de base democrática, o essencial é que a *sociedade civil* e o *Estado* não se confundam, mas se mantenham como valores distintos e complementares, correlacionados entre si, mas cada um deles irredutível ao outro. (Grifos do autor)

A afirmação confirma o exposto de que os ideais citados são essenciais ao Estado de Direito, por sua vez essencial à manutenção de boas condições de vida da população. A divisão entre a sociedade civil e o Estado garante a multiplicidade de culturas e a segurança individual e coletiva, uma vez que a completa imersão do Estado na sociedade representaria um estado anárquico, em que cada grupo defenderia seus próprios interesses, legando a sociedade ao caos e à guerra, enquanto a completa imersão da sociedade no Estado levaria ao totalitarismo, onde a vontade do Governo seria arbitrariamente aplicada sobre todos os grupos, sem distinção.

Ou seja, o Estado precisa da sociedade e vice-versa, e a forma mais eficiente de garantir que esta não seja submetida àquele é fazendo uso da democracia, de modo que os membros desejados pela sociedade exerçam o poder, enquanto que para evitar que a ela subjugue o Estado, este deve atender às suas necessidades e cumprir com sua finalidade. Paulo Nader (2012, p.138) traz a caracterização do Estado de Direito:

> O fundamental à caracterização do Estado de Direito é a proteção efetiva aos *direitos humanos*. Para que esse objetivo seja alcançado é necessário que o Estado se estruture de acordo com o clássico modelo dos *poderes independentes e harmônicos*; que a ordem jurídica seja um todo coerente e bem definido; que o Estado se apresente não apenas como poder sancionador, mas como pessoa jurídica portadora de obrigações. A plenitude do Estado de Direito pressupõe, enfim, a participação do povo na administração pública, pela escolha de seus legítimos representantes. (Grifos do autor).

A passagem reforça a ideia de que para que haja um Estado de Direito deve haver democracia e o Estado deve ser mais que um poder sancionador. Além disso, Paulo Nader sabiamente acrescentou a divisão dos poderes, a organização do ordenamento jurídico e a primazia dos direitos humanos.

Mostra-se manifesta a noção de que o Estado, contemporaneamente, passa a ter obrigações que são, principalmente, a aplicação dos direitos humanos. Um ordenamento jurídico claro e coerente diminui o risco à segurança jurídica, já a divisão dos poderes reduz drasticamente a chance de se cometerem arbitrariedades.

Assim sendo, pode-se definir o Estado de Direito como sendo uma situação de distribuição do poder coercitivo do Estado, força maior a serviço da sociedade, em que

sociedade civil, Legislativo, Executivo e Judiciário se unem, criam um sistema jurídico bem organizado, ao qual todos se submetem em uma realidade democrática inviolável.

3.2 A OBRIGAÇÃO DO ESTADO DE PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL

Depois de conceituados e teoricamente legitimados os ideais e a multiculturalidade, coloca-se como função do Estado a garantia destes, bem como a manutenção da Liberdade e defesa contra violações a esta última. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu artigo 215, o que segue:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> §1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Ou seja, além das normas da ONU, às quais o Brasil se subordinou, e da doutrina, a Lei Maior também vincula ao Estado a obrigação da proteção à cultura. Além disso, a Constituição traz a definição do que deve ser protegido, em seu artigo 216:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza matéria e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I – as formas de expressão;
> II – os modos de criar, fazer e viver;
> III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

É interessante notar que a Constituição protege o modo de vida de uma cultura, pois os incisos I e II referem-se a marcas da identidade individual, expressas a todo o momento, não somente em caso de apreciação, estudo, criação ou reprodução de práticas antepassadas, mas no dia-a-dia.

Na dissertação de Carolina Giordani Kretzmann, Multiculturalismo e diversidade cultural: comunidades tradicionais e a proteção do patrimônio comum da humanidade (2007, p. 108), a autora faz, com propriedade, a seguinte afirmação:

> Em todos os lugares é possível perceber a necessidade e a importância do "pertencer", do identificar, do encontrar um lugar de pertencimento no qual seja possível o desenvolvimento de habilidade e convívios coletivos e onde a valorização da diversidade encontre espaço e significado. Na medida em que os processos globalizantes se intensificam, se fortalecem também os sentimentos pelo "local", em resposta ao aumento opressor do "global" e demonstrando que é preciso repensar os projetos de desenvolvimento, de unificação e de reducionismo que devem perder sua supremacia em nome de um mundo plural, diverso.

Apesar das correntes globalizantes, ou devido a elas, as uniões entre os indivíduos que compões os grupos culturais, bem como as diferenças percebidas entre os grupos tendem a se fortalecerem, pois como referido por Kretzmann, o ser humano busca o "pertencer", o "identificar-se".

É, desse modo, função do Estado garantir a proteção dos grupos, bem como direcionar a sociedade no sentido da Fraternidade, aplicando, inclusive, sanções a atitudes contrárias a isto, e o mecanismo mais eficiente em curto prazo de que o Estado dispõe é o Direito. Há quem argumente que o Direito não pode modificar a sociedade, que deve seguir seus movimentos, mas isso não é sempre verdadeiro. Nesse sentido:

> A função de impulso e a natureza dirigente do princípio da igualdade aponta para leis como um meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fáticas. Poderá dizer-se que quando a constituição se limita a consagrar, sem mais, o princípio da igualdade, o legislador dispõe de completa liberdade de conformação quanto ao processo, ritmo e forma de aperfeiçoamento de igualdade. [...] Esta argumentação deixa, porém, de ser correta, nos casos em que a "igualdade jurídico-constitucional" aparece conexa não só com imposições constitucionais dirigidas à efetivação legislativa da igualdade de oportunidades, mas também com determinantes constitucionais materiais, positivamente vinculantes do legislador. (CANOTILHO, 2001, p. 383-384)

Assim, já se demonstrou à exaustão que existem normas internacionais impondo condutas de combate à intolerância e à discriminação, bem como para a promoção dos ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Além delas, no Brasil existe o artigo 3º, que dispõe como objetivos do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades.

De outro lado ainda, vale notar que a maioria da população é silenciosa, respeita as leis, raramente questionando-as, cabendo esta tarefa às minorias. Mesmo se um grupo oprimido for a maioria em uma sociedade, a tendência é que se cale. O que modifica uma sociedade são movimentos iniciados por minorias, no interesse de grupos maiores taciturnos.

> A sociedade cria o Direito e, ao mesmo tempo, se submete aos seus efeitos. O novo Direito impõe, em primeiro lugar, um processo de assimilação e, posteriormente, de adequação de atitudes. [...]
> Com a definição do espírito da lei, a sociedade passa a viver e a se articular de acordo com os novos parâmetros. Em relação aos seus interesses particulares e na gestão de seus negócios, os homens pautam o seu comportamento e se guiam em conformidade com os atuais conceitos de lícito e de ilícito.
> [...] O conteúdo de Justiça da lei e o sentimento de respeito ao homem pelo bem comum devem ser a motivação maior dos processos de adaptação à nova lei. Contudo, a experiência revela que o homem, embora a sua tendência para o bem, é *fraco*. Por esse motivo a coercibilidade da lei atua, com intensidade, como estímulo à efetividade do Direito. (NADER, 2012, p. 21, grifo do autor)

Percebe-se, diante do exposto, que o Direito deve buscar o justo e transformá-lo em regras a serem aplicadas na sociedade, de modo a conduzi-la em sentido justo. A maior parte da população segue o que for ditado pela lei, enquanto àqueles que se rebelarem, devem sofrer as sanções. Depois dessas determinações legais, cabe ao mesmo Estado, através do poder Executivo, melhorar a qualidade do ensino e garantir que o processo educativo incite na população a consciência dos ideais essenciais à manutenção e evolução da sociedade ocidental.

CONCLUSÃO

O trabalho mostrou a relação entre variados ideais responsáveis pelo funcionamento do Ocidente e como essa relação se dá em certos momentos históricos. Percebeu-se que o mundo ocidental é ambientado em sociedades, Estados e culturas, e que cada um desses é dependente dos outros. Definida a cultura como modo de vida peculiar, responsável pela identificação da personalidade individual, este é o menor grupo do ocidente, é ele quem completa os membros, que dá o local ao qual cada um pertence. A sociedade, por sua vez, foi conceituada como um grupo grande de indivíduos aglomerados em uma determinada região geográfica, unidos por um sentimento patriótico comum. Enquanto Estado foi determinado como a instituição em que se coloca o poder da sociedade e seu sentido organizacional.

Mostrou-se que agem sobre este ambiente diversos ideais que determinam a relação entre seus componentes e que são responsáveis pelo progresso da humanidade. Estes ideais são Liberdade, Igualdade, Fraternidade e Justiça. Todos eles são interdependentes e qualquer progresso em um representa progresso nos demais. Notou-se que os três primeiros ideais visam à busca do quarto. Como o trabalho expôs, desde a

Revolução Francesa, em cada período foi priorizado um ideal diferente, até a subsequente revolta.

O ideal de Liberdade, priorizado imediatamente após a Revolução, garantiu à burguesia boa parte de seus direitos, mas também subordinou a classe trabalhadora, que não estava em condição de Igualdade. Devido aos avanços no conhecimento que o capitalismo trouxe, o ideal de Igualdade foi crescendo lentamente no meio da sociedade. Sob a influência de minorias revolucionárias, que queriam condições melhores de Igualdade, houve várias revoltas que puseram este ideal em primeiro plano, o que não prejudicou o desenvolvimento do ideal de Liberdade. O ideal de Fraternidade tem progredido a passos lentos, mas é chegada a hora para que receba o enfoque dentre os demais ideais para garantir a continuidade do progresso.

Comprovou-se que cada mudança de enfoque trouxe progresso para o ambiente e para os ideais, mas cada uma se deu após uma situação de caos. Dessa forma, este trabalho buscou alertar para a revolta de grupos culturais minoritários que se avizinha, posto que já existem inúmeros conflitos entre grupos distintos. Mostrou-se que o ideal de Justiça se caracteriza pela busca da equidade e que os demais ideais giram em torno deste. No entanto, sem o aperfeiçoamento dos demais, a Justiça não atingirá a sua plenitude. Para evitar isto, a sociedade ocidental dispõe de ferramentas fundamentais, quais sejam: Tolerância, Democracia e Estado de Direito.

A Tolerância será a chave para que haja Justiça no mundo, uma vez que o grande progresso que a humanidade fez gerou inúmeros grupos culturais. Devido ao fato de que esses grupos se diferenciam em seus modos de vida, alguns deles não aceitam que haja outras formas de se viver, clamando a sua como a única correta. Notoriamente, isso gera conflitos que arriscam a segurança geral, pondo em riso a própria segurança jurídica e a estabilidade estatal. Assim sendo, grupos tolerantes, que aceitem as diferenças pacificamente, são a solução para os conflitos. No entanto, como se demonstrou, isso só é possível em um Estado com poderes limitados aos interesses da sociedade, o que acontece somente em um Estado de Direito, que por sua vez só é possível em uma Democracia que, por fim, só pode atingir sua plena eficácia com a tolerância mútua entre os indivíduos a ela submetidos.

O Estado de Direito se caracteriza pela divisão dos poderes atribuídos ao Estado, o que evita arbitrariedades. É fundamental que todos se submetam às leis. Para que o Estado não se limite aos interesses dos governantes, o poder de escolha destes deve estar

com o povo, e é aí que surge a Democracia. Em uma Democracia, o Estado governa para o povo, para todos os grupos culturais, de modo a evitar as injustiças, e por isso surge a nova obrigação deste, que é fazer Justiça. Para isso, ele deve fazer uso da coercibilidade, inicialmente, para fazer cessar qualquer ato de injustiça, qualquer ato que fira os três ideais fundamentais do mundo ocidental. Esta atitude deve ser preventiva, mas também repressiva.

A longo prazo, o Estado deve fazer uso de sua outra função, que é garantir educação de qualidade a todos os seus membros, o que por si só deverá aumentar a consciência individual e a tolerância. Conscientes do funcionamento deste sistema, se enfocado o ideal da Fraternidade, dever-se-á evitar muita injustiça, revolta de grupos minoritários e a desordem social e civil, mantendo-se estável a segurança do ordenamento jurídico e o funcionamento do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 2ª imp. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p. Título original: Theorie der Grundrechte.

ARISTÓTELES**. Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. 240 p.

BRANDI, Ana Carolina Dias; CAMARGO, Nilton Marcelo de. Minorias e grupos vulneráveis, multiculturalismo e justiça social: compromissos da constituição federal de 1988. In: **Minorias e grupos vulneráveis:** reflexões para uma tutela inclusiva. 1ª ed. Org.: Dirceu Pereira Siqueira; Nilson Tadeu Reis Campos Silva. Birigui: Boreal Editora, 2013. p. 42-61.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539 p.

CONCÍLIO VATICANO II. Declaração Nostra Aetate (28/20/1965). In**: Compêndio Vaticano II.** 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011. p. 339-346.

KEESING, Roger M. Theories of culture. In: **Annual Review of Anthropology**, v.3 (1974). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2949283>. Acesso em: 22 nov. 2008.

KRETZMANN, Carolina Giordani. **Multiculturalismo e diversidade cultural**: comunidades tradicionais e a proteção do patrimônio comum da humanidade. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul, 2007.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002 (impressão em 2011). 158 p. Título original: Two Treatises of Government.

MENDEZ, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a Liberdade e a Igualdade**. In: UNIVERSIDADE WILHELMS, FÓRUM JURÍDICO, 2008, Münster, Alemanha. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 25 out. 2012.

MOCELIN, Renato. **Para compreender a história.** 3. ed. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. 264 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 422 p.

ONU. Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. **Institui a Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 25 out. 2012.

PETTA, Nicolina Luiza de; BAEZ OJEDA, Eduardo Aparício. **História:** Uma abordagem integrada. São Paulo: Moderna, 1999. 290 p.

RAWS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 708 p. Título original: A theory of Justice.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 (10ª tiragem, 2011). 391 p.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Da servidão à Liberdade**. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clásssicos da política, v. 1. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006 (4ª impressão, 2009). p. 187-242.

UNESCO. **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**, de 16 de novembro de 1995. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. **Reflexões sobre a tolerância.** Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva; Jeanne Sawaya. Rio de Janeiro: Garamond, 1999. 76 p. Título original: Quelques réflexions sur la tolérance.

WILLIAMS, Raymond. **Keywords:** A vocabulary of culture and society. Ed. rev. actual. New York: Oxford University Press, 1985. 341 p.

CAPÍTULO XIX

POSITIVAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO COMO FORMA DE TUTELA PREVENTIVA DO MEIO AMBIENTE
POSITIVATION CRIMES OF DANGER AS FORM OF PREVENTIVE PROTECTION OF ENVIRONMENT

Ana Carolina Dal Ponte Aidar[iii]
Antonio Sergio Cordeiro Piedade[iii]
Valter Foleto
Santin[iii]

RESUMO: O presente trabalho objetiva ratificar a relevância dos denominados delitos de perigo, na seara penal-ambiental, como forma de tutela jurídica ao ecossistema, bem difuso fundamental para uma vida equilibrada e para o bem-estar social, uma vez que estes perfazem o princípio da prevenção e prescindem da ocorrência do dano para a intervenção estatal. Esta nova forma de tutela jurídica encontra-se sedimentada, principalmente, na Lei 9.605/98, pioneira no tema, que positivou temas variados, dentre os quais, os delitos ambientais e outras matérias que se encontravam na legislação extravagante. Assim, sendo indisponível e imensurável o problema da degradação ambiental, faz-se necessário, que sua proteção seja sólida e permanente, sendo louvável, a precaução do legislador em homologar, em lei, os crimes de perigo.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Penal Difusa. Direito Ambiental. Novas Formas de Criminalidade. Direitos Fundamentais. Crimes de perigo.

ABSTRACT: This study aims to confirm the relevance of the so-called danger of offenses in criminal and environmental harvest as a form of legal protection to the ecosystem, diffuse essential for a balanced life and social well-being, since they make up the precautionary principle, and do without the occurrence of damage to state intervention. This new form of legal protection is settled mainly in Law 9,605/98, pioneered the theme that positivism various topics, among which environmental offenses and other matters that were in fancy legislation. So, being unavailable and unmeasurable the problem of environmental degradation, it is necessary that your protection is solid and permanent , being commendable, the legislature's caution in approved, by law, the crimes of danger.

KEYWORDS: Diffuse criminal protection. Environmental Law. New Crime forms. Fundamental rights. dangerous crimes

INTRODUÇÃO

Em consonância à realidade do século atual, caracterizado por um crescimento desenfreado e o brusco avanço tecnológico, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe em sua estrutura, um conjunto de valores destinados à proteção do meio ambiente, reconhecendo a este, aspectos peculiares, e consagrando um novo conceito transcendente ao habitual senso em torno dos direitos individuais: os denominados direitos difusos, de terceira dimensão.

Todavia, em consequência da natureza irreparável de seus danos e dada à importância científica comprovada acerca da necessidade de um meio ambiente equilibrado para o bem estar social, torna-se inadmissível que o ordenamento jurídico venha a proteger este bem difuso, apenas quando ocorram, de fato, lesões efetivas ao ecossistema.

Desta maneira, ascendem os ditos "delitos de perigo", os quais, acordes aos princípios da prevenção e da precaução, agem como forma de tutela preventiva, evitando que o meio ambiente sofra, efetivamente, a lesão, bastando, por si só, o perigo de dano, para que sobre a conduta do agente ativo decaiam as devidas sanções penais.

Dada à relevância em torno de tal temática e a necessidade de falar sobre ela, os crimes ambientais encontram-se situados em um campo de representatividade, visto o seu caráter difuso, tornando o conteúdo moderno e explorável. Assim, para fins deste trabalho, com o fito de produção do conhecimento pretendido, foi realizada ampla pesquisa bibliográfica descritiva, através de uma observação assistemática, desde o arcabouço histórico, até as problemáticas atuais e suas prováveis soluções, objetivando, assim, trazer ainda mais discussões acerca de uma questão tão essencial à vida em comunidade.

1. O MEIO AMBIENTE E A CARTA MAGNA DE 1988

A Carta Cidadã de 1988 consagrou o meio ambiente de uma forma jamais vista em todo histórico constitucional brasileiro. Da Constituição Imperial de 1824[iii] extrai-se apenas a proibição quanto à instalação de indústrias, que atentassem contra a saúde do cidadão, o que para época, já traduziu um grande avanço em matéria ambiental[iii]. Outrora, a primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891[iii], também se manteve omissa acerca da tutela ambiental. O único apontamento para a matéria atribuía à União, a

competência legislativa para decidir sobre suas minas e terras. De forma mais incisiva, a Carta Cidadã de 1934, por meio do artigo 10, inciso III, dispôs competir concorrentemente à União e aos Estados Membros, "proteger as belezas naturais"[iii]. Ademais, conforme o artigo 5º, inciso XIX, alínea j, à União, competia legislar acerca de matéria de riquezas do subsolo, mineração, águas, floresta, caça, pesca e a sua exploração. Outrossim, a Constituição de 1934 inovou ao trazer um capítulo referente à Ordem Econômica e Social, o que de alguma forma, demonstrou a preocupação do Estado com o movimento econômico e a implantação dos direitos sociais e culturais. Inclusive, neste mesmo ano, restou promulgado o denominado Código de Águas, cujo objetivo relacionava-se à produção de energia elétrica. As Constituições seguintes (1937, 1946 e 1967) pouco alteraram o refletido na Carta de 1934, mantendo basicamente, os temas que foram acima expostos.

É certo que, em nenhuma das Cartas Políticas anteriores à de 1988, o constituinte foi perspicaz, taxativo ou cabal, tutelando o meio ambiente de maneira direita. Daí a importância da atual Constituição Brasileira, visto que esta, sim, consagrou de forma veemente a existência do meio ambiente como um bem jurídico difuso, "de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", que deve ser colocado em um patamar supra individual, reservando a este, inclusive, um capítulo próprio em sua estrutura.

Ademais, a Magna Carta, como propulsora do princípio da dignidade humana, garante aos seus destinatários a satisfação às suas necessidades mínimas existenciais, dentre elas, a de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, para à sadia qualidade de vida. A vivência frente à degradação natural compromete a existência íntegra e põe em risco a espécie humana, a citar inúmeras fatalidades envolvendo o desequilíbrio ecológico, como desabamentos, enchentes, dentre outros. Diante deste arcabouço, dispôs a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 225:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ao utilizar o vocábulo "todos", o constituinte não fez exceções a nenhum indivíduo, atingindo a coletividade. Ou seja, toda e qualquer pessoa, como direito difuso que é, detém a prerrogativa de ser tutelada em matéria ambiental.

Deste modo, fica fixado que a União, Estados-membros e Municípios obrigam-se a preservar e proteger o meio ambiente, bem como os particulares, visto que todos são titulares de tal direito. Para a caracterização de um direito difuso, é indispensável à presença de dois requisitos: a trans individualidade e a indivisibilidade, conforme descrito na Lei nº. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor[iii].

Trans individualidade significa o interesse coletivo, que ultrapassa os limites pessoais do indivíduo, abrangendo a toda comunidade. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso são os "interesses que depassam a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva.[iii] Por indivisibilidade entende-se a impossibilidade de fragmentação. A todos pertencem, mas ninguém o possui, em específico. Ou seja, entende-se que a ameaça ou o dano ao direito de um dos titulares do bem jurídico em questão, configuraria igual ofensa ao direito de todos os demais indivíduos, assim como a ausência de risco ou lesão causado a um agente da coletividade, beneficiaria igualitariamente todos os outros.

Ainda, é pertinente salientar, a preocupação inédita trazida pelo artigo 225, visto que este se reporta aos direitos das futuras gerações, face ao princípio do desenvolvimento sustentável e da solidariedade Inter geracional. Conforme a Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça:

> O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, **a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado**. [iii] (Grifos nossos).

Visto que a preservação ambiental é um direito fundamental de todos, e, portanto, cláusula pétrea de nossa Constituição, nota-se que a tendência é que, cada vez mais, os olhares voltem-se para o tema em todo planeta, a perceber por outras constituições pelo mundo:

> Artículo 45-1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.[iii](Art. 45-1 da Constituição Espanhola).
> Artigo 66. (Ambiente e qualidade de vida) 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos. [iii] (arts. 66 - 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa).

Extrai-se, por fim, das palavras de Patrícia Iglecias que:

> A Constituição Federal de 1988 representa um marco na legislação ambiental, delimitando áreas consideradas como patrimônio nacional e dedicando um capítulo inteiro à proteção ambiental (art. 225), estabelecendo o direito ao ambiente sadio como um direito fundamental ao indivíduo. De forma inovadora, estabelece a proteção do meio ambiente como princípio da ordem econômica, no art.170. É importante ressaltar que, como direito fundamental, o direito ao ambiente sadio e equilibrado é indisponível, prevalecendo o dever jurídico-constitucional de preservação, para transmissão do patrimônio ambiental às gerações futuras.[iii]

Portanto, desfrutar de um meio ambiente harmonioso é mais que um direito individual de cada cidadão. É direito de usufruto coletivo, que não se esgota numa só pessoa, e sim compreende toda uma coletividade indeterminada, intitulando-se, deste modo, interesse difuso.

2. O QUE SÃO OS CRIMES DE PERIGO?

O direito caracteriza-se por sua recorrente dinamicidade, estando, pois, em constante mudança, conforme a variação da respectiva sociedade. Deste modo, o ordenamento jurídico de uma comunidade é o reflexo dos costumes, hábitos e crenças de seu povo.

Diferentemente dos anseios da sociedade patriarcal dos anos 40, momento de criação dos Códigos Penal e de Processo Penal, a modernidade presencia uma nova fase: um mundo acelerado, tecnológico e comunicativo. Esta atual forma de vida é visivelmente atestada pelos processos econômicos, sociais e culturais que integram pessoas de todas as partes do mundo, simultaneamente. Todo este dinamismo, através de um sistema rápido e eficiente, facilita a exposição a diversos riscos, os quais colocam bens jurídicos importantes em situação de perigo. Segundo Anthony Giddens:

> Em consequência do desenvolvimento industrial global, talvez tenhamos alterado o clima no mundo, além de ter danificado uma parte muito maior de nosso habitat terrestre. Não sabemos que outras mudanças virão, ou que perigos elas trarão em sua esteira. [iii]

Portanto, surge a necessidade de criar medidas preventivas, que visem evitar consequências, possivelmente drásticas, com o fito de proteger os indivíduos e propiciar um sentimento de bem estar social. Ou seja, a tutela penal já existe, como forma de

prevenção, antes mesmo, da ocorrência do efetivo dano ao bem jurídico. Estes tipos são denominados "crimes de perigo".

Os mencionados "crimes de perigo" contrapõem-se com os nominados "crimes de dano". Os últimos consumam-se com a real lesão ao bem jurídico tutelado, como por exemplo, a violação à vida, no caso de um homicídio. Já os primeiros, efetivam-se com o singelo perigo originado contra o objeto jurídico. Nesta linha, Fernando Capez conceitua os crimes de perigo como aqueles que:

> (...) para a consumação, basta a possibilidade do dano, ou seja, a exposição do bem a perigo de dano (crime de periclitação da vida ou saúde de outrem — art. 132 do CP). Subdivide-se em: a) crime de perigo concreto, quando a realização do tipo exige a existência de uma situação de efetivo perigo; b) crime de perigo abstrato, no qual a situação de perigo é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime; c) crime de perigo individual, que é o que atinge uma pessoa ou um número determinado de pessoas, como os dos arts. 130 a 137 do CP; d) crime de perigo comum ou coletivo, que é aquele que só se consuma se o perigo atingir um número indeterminado de pessoas, por exemplo, incêndio (art. 250), explosão (art. 251) etc.; e) crime de perigo atual, que é o que está acontecendo; f) crime de perigo iminente, isto é, que está prestes a acontecer; g) crime de perigo futuro ou mediato, que é o que pode advir da conduta, por exemplo, porte de arma de fogo, quadrilha ou bando etc.[iii]

Nesta perspectiva, os crimes de perigo estariam em um patamar abaixo aos crimes de dano, atuando em caráter subsidiário. Logicamente, punir-se-ia a conduta perigosa, para que, futuramente, evite-se o prejuízo em concreto. Sendo assim, para a consumação dos ilícitos de perigo é irrelevante qualquer tipo de dano, bastando o risco ao bem jurídico tutelado.

2.1. PERIGO ABSTRATO X PERIGO CONCRETO

Conforme descrito, quando o legislador ordinário cria um tipo penal de perigo, objetiva, em verdade, proibir uma conduta que tenha probabilidade de causar danos a bens jurídicos relevantes para o direito penal.

Dentro da classificação doutrinária dos "crimes de perigo" encontram-se, ainda, outras duas vertentes: os "crimes de perigo abstrato" e os "crimes de perigo concreto".

Para que haja a consumação dos denominados "crimes de perigo abstrato", é irrelevante que o comportamento praticado pelo agente tenha causado, em concreto, o

perigo de dano. Conforme aponta Luigi Ferrajoli, "o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma".[iii]

Para ilustrar os crimes de perigo abstrato, Rogério Greco expõe um exemplo relativo ao Código de Trânsito Brasileiro:

> Tome-se como exemplo o art. 309 do Código de Trânsito brasileiro, que diz: "Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, ou multa." Veja-se que, nesse caso, o legislador determinou expressamente que o fato de dirigir sem habilitação somente se configuraria em infração penal se trouxesse, efetivamente, perigo de dano para os bens jurídicos. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, sem a devida habilitação, seja surpreendido em uma blitz policial. No caso em estudo, o agente dirigia em velocidade compatível com o local, atendendo a todas as regras básicas do trânsito, quando foi solicitado a parar em um posto policial. Pergunta-se: Embora não tendo a necessária carteira de habilitação, que permitiria a condução de veículos automotores, a conduta do agente, por si só, poderia ser taxada como perigosa, simplesmente pelo fato de não possuir a mencionada habilitação? Entendemos que não, pois a lei penal exigiu que o comportamento do agente importasse, realmente, numa criação de perigo concreto para os bens que procuram ser por ele salvaguardados, a exemplo da integridade corporal e da vida das pessoas que circulem próximas a ele[iii].

Outrora, os denominados "crimes de perigo concreto" necessitam do factual comportamento audacioso, carecendo da proximidade do risco ao bem jurídico. Desta forma, o crime apenas se efetiva quando o indivíduo, de fato, coloca o bem jurídico, em uma situação de perigo real. Exemplo do delito em estudo, o Código Penal Brasileiro, em seu art. 133, prevê:

> Art. 133 – Abandono de Incapaz:
> Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:
> Pena - detenção, de seis meses a três anos[iii].

O abandono de incapaz pressupõe que, o comportamento do sujeito ativo, ao desamparar, por si só, a vítima, é suficiente para configurar o tipo penal, pois, levado a efeito, trouxe, concretamente, risco para à vida ou à saúde do incapaz, devendo o ordenamento jurídico tutelar o sujeito passivo, antes mesmo da ocorrência dos efetivos danos. Por fim, reitera Guilherme de Souza Nucci:

> Os delitos de perigo dividem-se ainda em (...) b) perigo abstrato, quando a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, independendo de prova (ex.: porte ilegal de substância entorpecente - arts. 28 e 33, Lei 11.34312006, conforme a finalidade-, em que se presume o perigo para a saúde pública); perigo

> concreto, quando a probabilidade de ocorrência de dano precisa ser investigada e provada (ex. expor a vida ou saúde de alguém a perigo - art. 132, CP)[iii].

2.2. A IMPORTÂNCIA DOS CRIMES DE PERIGO

O despertar desta consciência ecológica não quedou o direito penal inerte frente à nova realidade experimentada ao redor do mundo. Gianpaolo Smanio relata que:

> A realidade da vida social na atualidade demonstra a importância dos interesses difusos para a sociedade. O sistema social, hoje e no futuro próximo, tem nas questões relativas ao meio ambiente, por exemplo, em que os interesses econômicos e a preservação ambiental são muitas vezes contrapostos, um de seus mais sérios problemas. Basta a verificação diária de notícias veiculadas pela imprensa para apurarmos acidentes nucleares, poluição pelas mais diversas substâncias químicas, causando danos que poderão ser irreversíveis, pondo em risco a própria sobrevivência humana.[iii]

Desta forma, o progresso tecnológico acarretou uma série de acontecimentos, antes nunca sonhados pelos nossos antepassados, quiçá, pelos legisladores dos Códigos de Penal e Processo Penal, na década de 1940, e que refletiram diretamente no contexto ambiental. A cadeia ambiental, a partir do contexto da Segunda Guerra Mundial, começou a ser objeto de uso indiscriminado pelo homem, o que trouxe reflexos na seara universal, desde reuniões mundiais até recomendações internacionalmente exigidas, a citar a Declaração de Estocolmo de 1972, que dispõe no princípio 24:

> Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente**.** É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam ter para o meio ambiente, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados. [iii]

Constatou-se então que, os riscos trazidos pelo processo de modernização, acarretou, na sociedade, uma sensação de insegurança, em relação às condutas humanas, pois em episódios marcantes como os de Chernobyl, os efeitos foram drásticos e são sentidos até os dias atuais. O mundo, então, passou a reconhecer, a importância do meio ambiente, frente ao princípio da lesividade social. Rogério Greco, traduz este como:

> (...) a impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. **Aquilo que for de esfera**

> **própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social,** indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes. (Grifos nossos)[iii]

Ou seja, por ser bem jurídico relevante, e em face ao bem estar social, caberia ao Poder Público, por meio do direito penal, tutelar de forma incisiva o agente infrator, impondo-lhe sanções. Devido à relevância do aspecto ambiental para a comunidade de indivíduos, o contentamento com a mera proteção administrativa seria inócua e insuficiente.

Daí, que o Estado Brasileiro, como Democrático de Direito, e detentor do monopólio da justiça, por meio das duas facetas do princípio da proporcionalidade, deve coibir os abusos do Poder Público, através do "princípio da proibição do excesso" (Übermassverbot), mas também garantir a defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, dentre eles, o meio ambiente, amparado pelo "princípio da proibição deficiente" (Üntermassverbot), conforme explana Maria Luiza Streck:

> O princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites – máximos e mínimos – de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito. Essa característica se mostra mais visível quando falamos no Direito Penal, uma vez que, responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais[iii].

Desta forma, necessária faz-se uma ponte de equilíbrio, aonde por um lado, proíbe-se "fazer demais", agredindo a dignidade do indivíduo, mas por outro, não se permite "fazer muito pouco", negando assistência efetiva aos cidadãos que esperam uma resposta do Estado. E o meio ambiente, como bem jurídico difuso, de relevante valor social, não pode ser refém de omissões estatais, devendo o Poder Público agir, mesmo quando o ecossistema estiver suportando apenas simplórias ameaças por particulares.

Ademais, as condutas dirigidas contra o meio ambiente causam efeitos imensuráveis, visto a irreversibilidade material que a degradação causa aos processos ecológicos. Por isso a positivação dos crimes de perigo, pois a cadeia ecológica não pode "se dar ao luxo" de esperar a ocorrência do dano. Portanto, sob a correta justificativa de defender um de seus bens jurídicos mais relevantes, o direito penal adianta a punição de condutas antiecológicas, as quais antes eram consideradas meramente preparatórias, e

sem qualquer ofensividade.A partir desta perspectiva, surge como alternativa à antecipação da tutela penal ambiental, a criação dos delitos de perigo, positivados na Lei nº 9.605/1998.

3. LEGISLAÇÃO PENAL AMBIENTAL

Infere-se do artigo 225 da Constituição Federal Brasileira, um mandado expresso de criminalização, aonde o constituinte estabelece que o legislador ordinário imponha medidas cabíveis na seara criminal, aos que transgridam o meio ambiente. Em outras palavras, segundo Antonio Carlos da Ponte:

> Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral[iii].

Assim, a Carta Magna exige que condutas lesivas ao meio ambiente sejam passíveis de sanções, na forma da lei. A Lei 9605/1998 veio dispor sobre as condutas antiambientais.A Lei dos Crimes Ambientais, ou a Lei nº 9.605/1998, inaugurou, no Brasil, a positivação aos delitos contra o meio ambiente, marco histórico para o ordenamento jurídico pátrio, visto este não fazer parte do rol de bens jurídicos tutelados pelo ultrapassado Código Penal de 1940.

Este instrumento normativo positivou em sua estrutura crimes contra a fauna, flora, poluição, ordenamento urbano, patrimônio cultural, dentre outros. Mas o avanço mais considerável, em logicidade ao princípio da prevenção, "cujo objetivo principal é precaver e orientar para que não ocorra evento danoso de forma a causar efeitosindesejáveis ao meio ambiente e, sucessivamente, sua difícil recuperação"[iii],foi à presença dos supramencionados delitos de perigos.

3.1. DOS CRIMES DE PERIGO PREVISTOS NA LEI 9.605/98

A Lei nº 9.605/1998 tipificou como crime diversas condutas, como meio limitar e reprovar comportamentos lesivos ao meio ambiente, em tutela penal ambiental. Andrea Bulgakov Klock registra que o diploma legal apresenta crimes com "característica de previsão de tipos de perigo", para atender "a "possível irreversibilidade do dano

ambiental", mas tem necessidade de "aperfeiçoamento na estrutura de suas normas" por composição de "normas penais em branco".[iii] A título de exemplo, cita-se o artigo 54 que dispõe que:

> Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou **possam resultar em danos à saúde humana**, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. [iii] (Grifos nossos).

Constata-se do dispositivo que a conduta de "causar poluição" traz consigo concreta possibilidade de dano, pressuposto para consumação do crime. Ou seja, é de conhecimento notório que a poluição causa problemas respiratórios à população, incidência de câncer no pulmão, aumento das doenças cardiovasculares, piora na qualidade do ar atmosférico e nas condições do tempo. Todavia, todas estas consequências não são elementares do tipo penal, pois se trata de crime de perigo, não necessitando da comprovação do dano efetivo. Outro exemplo de crime de perigo é o especificado no artigo 55, do mesmo dispositivo legal: "executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida"[iii].

Consoante o preceito normativo, infere-se que a autorização por ente competente pressupõe a validação da conduta positivada. Deste modo, tal norma infra legal tem por escopo a tutela preventiva ambiental, aonde o ato praticado por agente, sem prévia aprovação, presume um comportamento potencialmente lesivo. Semelhante a esta regra, cita-se o artigo 52 do mesmo diploma normativo, o qual é ilícito"penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente". [iii]

Conforme já reproduzido[iii], a concessão do organismo previamente habilitado para permitir a execução do núcleo do tipo, considera a virtualidade de um possível dano, também denominado, perigo. Daí que o seu não consentimento tipifica a conduta do agente. "Provocar incêndio em mata ou floresta"[iii], conforme descrito no artigo 41, prescinde de um dano virtuoso de milhares de hectares, bastando a simples exposição à ameaça. A gravidade da conduta se limita à aptidão da queimada em causar potencial restrição ao bem jurídico meio ambiente.

Todavia, ressalta-se um ponto negativo acerca da Lei dos Crimes Ambientais: suas respectivas respostas penais. Fracas e insuficientes, a maioria das sanções previstas no referido diploma prevê penas de detenção, sendo a minoria as puníveis com reclusão. Veja exemplos de delitos positivados, punidos a título de detenção[iii]:

> 01 - Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa**.**
> 02 -Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
> 03 - Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente**.**
> 04 -Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Conforme se abstrai dos dispositivos citados, todos são objetos do benefício da suspensão condicional do processo, em exceção ao terceiro exemplo, também são favorecidos pelo instituto da transação penal e julgados pelos Juizados Especiais Criminais.

Ora, a tutela ambiental está diretamente ligada à vida humana e, portanto, merece ser colocada em um patamar acima em matéria de proporcionalidade penal. Claro está à deficiência em relação à punição aos agentes infratores, que não apenas destroem a possibilidade de um ecossistema ecologicamente equilibrado, mas também, todas as possibilidades de existência humanas, vegetais e animais. Nesta linha, segundo lições de Marcelo Abelha Rodrigues:

> Se o homicídio, crime tipificado no art. 121 do Código Penal, é tido pela sociedade como uma das condutas penalmente mais repugnantes, na medida em que constitui uma agressão ao convívio e à harmonia social, não hesitaremos em dizer que toda agressão que é causada ao meio ambiente é ofensa igual ou maior que um homicídio ou latrocínio[iii].

Assim, apesar da inovação, digna de aplausos, da Lei 9.605/1998, instituidora de crimes ambientais, inclusive, positivando os delitos de perigo, ressalta-se a insuficiência de grande parte de seus preceitos secundários, não condizentes com o grau de lesividade provocado na seara local, regional, nacional e internacional.

CONCLUSÃO

O meio ambiente evidencia-se em uma esfera supra individual, merecendo tratamento diferenciado. A Constituição Federal, em 1988, inicia, de maneira enfática e acentuada, a exprimir a dimensão deste bem jurídico fundamental para o Estado Democrático Brasileiro, explicitando, inclusive, sua vontade em punir transgressores ambientais, por meio de mandados expressos de criminalização. Tal tutela jurídica demorou dez anos chegar, porém, em 1998, o Congresso Nacional Brasileiro aprovou a supracitada Lei dos Crimes Ambientais, trazendo ao ordenamento pátrio, a positivação de diversos delitos, cujas condutas ratificadas consistem em ilícitos de dano, e louvadamente, em atos provocadores de perigos de lesão ao ecossistema natural.

Apesar das carências inerentes à mencionada legislação, esta é digna de elogios no tocante à efetivação ao princípio da prevenção ambiental, visto que a criminalização do perigo tem por fundamento, o propósito de evitar a não ocorrência da ação potencialmente lesiva. No entanto, não basta à lei estar simploriamente grafada, se não detém eficácia material. A deficiência sancionatória produz, aos infratores, uma sensação de impunidade, dando ao sistema jurídico, um sentimento de descrédito total. Os transgressores da lei não sentem seus efeitos repressivos, já que a resposta penal encontrada na norma é pífia.

Assim, a ascensão da Lei 9.605/98 foi gloriosa ao direito brasileiro, posto que nenhum dispositivo normativo anterior atingiu este patamar. Ainda, compartilhou das tendências atuais da política criminal, intervindo em caráter preventivo em anteparo ao ecossistema. Em contrapartida, ressalta-se, com pesar, optou por penas muito brandas e desproporcionais, não considerando inteiramente, a imprescindibilidade ambiental para a sobrevivência desta e das futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1269494/MG**. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJU, Brasília, 24/09/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>. Acesso em: 19 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 01, parte geral: arts. 1º ao 120. 16.** ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele, et al. **Uma leitura dos princípios da prevenção e da precaução e seus reflexos no direito ambiental.** Revista CEPPG, n. 26, 2012.

Constitución Española. Disponível em: <http://www.boe.es/>. Acesso em: 18 jun. 2016.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/>. Acesso em: 18 jun. 2016.

Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano. Junho de 1972. Disponível em: <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

FERRAJOLI, Luigi**. Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial: volume II: arts. 121 a 154 do CP.** 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral, volume I, arts. 1º a 120 do CP**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

IGLECIAS, Patrícia. **Direito ambiental.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral – parte especial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos**. Justitia, São Paulo, v. 64, n. 197, jul./dez. 2007.

STRECK, Maria Luiza Schäfer**. Direito penal e constituição – a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

CAPÍTULO XX

PRINCÍPIOS E REGRAS NAS PRERROGATIVAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Ricardo Alves Pereira[iii]

RESUMO: O novo modelo constitucional vigente impulsionado pela efetiva consagração aos direitos fundamentais tem como fundamento os valores e princípios constitucionais muitas vezes implícitos na essência das constituições. Assim o presente trabalho faz singelos comentários a este modelo de aplicação também adotado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em vista da tendência do chamado neoconstitucionalismo ou pós positivismo, vem adotando expressões como sopesamento nos julgamentos de contas com intuito de se chegar ao uma decisão racional. Neste trajeto se faz importante distinguir ainda que de forma não exaustiva a característica dos períodos positivismo e pós positivismo, bem como as teorias que justificam ambos, para com auxílio nos ensinamentos de Robert Alexy, respaldar a razão da necessidade de julgamentos pautados por um racional processo de principialização do direito. Por fim defende-se que o modelo atual se pautado por um senso criterioso, traz como consequência uma maior proximidade ao verdadeiro Estado de Direito.

PALAVRAS CHAVE: neoconstitucionalismo; sopesamento; Estado de Direito**.**

ABSTRACT: The new current constitutional model driven by effective consecration of fundamental rights is based values and constitutional principles often implicit in the essence of constitutions. Thus the present work is single and comments on this application model also adopted by the Paraná State Court of Auditors, in view of the so-called neoconstitutionalism or post positivism trend has adopted terms like sopesamento in order accounts of judgments to reach the one rational decision. This path becomes importantly distinguish which is not limited to the characteristic of periods positivism and post-positivism and theories that justify both towards aid in the teaching of Robert Alexy, support the reason for the need for guided trials for a rational process principialização of the law. Finally, it is argued that the current model is guided by a judicious sense; this brings about greater proximity to the genuine rule of law.

INTRODUÇÃO

Embora não se atribua poder judicante aos Tribunais de Contas, tem sido grande a frequência de operadores do direito militando em defesas nos processos administrativos competentes a estas Cortes. Um dos vetores desta concentração encontra-se justamente no trâmite destes processos junto a estes tribunais, dos quais apresentam semelhanças operacionais com processos instituídos e processados no Poder Judiciário. Desta forma, contraditório, petições intermediárias, liminares, embargos, agravo e pedidos rescisórios, são algumas das prerrogativas dispostas ao procurador para a formalização da defesa do gestor ou daquele responsável por valores ou bens públicos.

Aliado a este curso percebe-se um avanço significativo na busca da melhor decisão ao caso concreto pelos Tribunais de Contas, que agem como verdadeiras Cortes Administrativas, ora utilizando regras previstas em seus regimentos internos, jurisprudências e outras legislações congêneres, ora consagrando princípios como fazem contemporaneamente os magistrados.

Desta forma o Tribunal de Contas do Estado do Paraná tem abdicado em determinados casos a posturas apreciativas positivistas, para priorizar decisões consideradas mais razoáveis do ponto de vista moral ou pedagógico. Esta perspectiva é adotada tanto sobre a égide de irregularidades formais, quanto em casos considerados complexos que prima facie atentam contra princípios da administração pública, admitindo na esfera das Cortes o momento chamado pós-positivismo.

A PRINCIPIALIZAÇÃO DO DIREITO NO ÂMBITO DAS CORTES DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

De acordo com CANOTILHO "As correntes interpretativas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar ao sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos".[iii] Desta forma o julgador ao deparara-se com uma pretensão resistida que não apresenta imediata solução adequada no enunciado linguístico do texto legal, deve encontrar uma resposta congruente junto à própria Constituição, que de forma implícita guarda os valores do ordenamento e a sua razão de existir.

Contudo, antes, se deve anotar que a interpretação acordada aos valores sociais da Constituição ou de uma norma infraconstitucional, tornou-se evidenciada pela ruptura de um constitucionalismo pautado por pilares positivistas e um neoconstitucionalismo consagrador de valores e racionalidade. Neste sentido Paulo Ricardo SCHIER ao analisar os movimentos críticos no Brasil e o descontentamento com a ordem jurídica nos anos 70 e 80 na obra Filtragem Constitucional menciona "Era impossível, a partir de então, pensar a juridicidade deixando de reconhecer as contradições existentes na sociedade, num prisma dialético, o diálogo entre Direito e valores sociais".[iii] É neste parâmetro que importa distinguir os chamados "períodos constitucionais", para se chegar as razões dos reflexos diretos dos princípios no direito contemporâneo, salientando desde já, que constitucionalismo e neoconstitucionalismo são fenômenos distintos, mas que em maior grau dividem influências.

O constitucionalismo revela a regra como categoria dominante, privilegiando o prenuncio linguístico em detrimento de possíveis ausências de racionalidade. Segundo SCHIER, "As constituições deste contexto organizam-se, basicamente, sob uma regulação mais formal, preocupada em estabelecer limites ao poder e definir regras de reconhecimento do sistema".[iii]

Assim de antemão teríamos uma resposta direta do enunciado linguístico nas situações levadas aos tribunais, ou tudo ou nada, ou, se a situação assim permitisse, invocaríamos os princípios de forma subsidiária para agirem como ferramentas suplementares a solução das pretensões resistidas, "A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos".[iii]

Entretanto normas não são as disposições dos enunciados linguísticos[iii], mas sim o significado que se possa extrair dos respectivos enunciados.[iii] De acordo com ALEXY, "A necessidade de se diferenciar entre enunciado normativo e norma pode ser percebida pelo fato de que a mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos".[iii] A despeito desta distinção ensina Luis Roberto BARROSO:

> Assim na rotina da vida, quando um operador jurídico utiliza o termo "norma", está se referindo ao relato abstrato de um comando contido em alguma fonte do Direito, seja a Constituição, seja a lei ou ato infralegal. Nada obstante, a doutrina contemporânea tem retomado e enfatizado a distinção entre norma e enunciado normativo.
>
> Nessa Linha, o enunciado normativo corresponde a uma proposição jurídica no papel,

> a uma expressão linguística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos[iii].

Neste contexto, onde o enunciado linguístico age como referência inicial de pré-disposições a serem seguidas em uma sociedade determinada, e irá resultar consequentemente em uma imposição a uma relação pré resistida, tem-se como inevitável que, ao julgador influencias distintas ao que prevê a "transcrição" serão fatalmente consideradas no juízo de valor final do magistrado competente. Tais influências podem ter como origem, o costume, a tradição, valores, ou "princípios" constitucionais implícitos no ordenamento "Quando um problema jurídico qualquer nos é apresentado, o nosso inescapável ponto de partida para equacioná-lo não é o texto da norma jurídica, como costumava proclamar a doutrina tradicional, mas a visão que já temos da questão, que é inevitavelmente impregnada pelos valores da cultura em que nos inserimos"[iii].

Tecidos os pertinentes comentários, retomemos a luz do objetivo perquirido, tal qual apresentar os fundamentos normativos que propiciaram um avanço ao positivismo que, de alguma forma, desencadearam o pós-positivismo ou o chamado neoconstitucionalismo. Desta feita, tem-se que regras são interpretações resultantes dos enunciados linguísticos, e, portanto constituem-se como normas. Desta maneira, o ordenamento prevê que não somente regras são normas, mas os chamados princípios recebem também este status, pois pré-determinam uma respectiva conduta, conforme esclarece ALEXY:

> Tanto regras e princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.[iii]

Neste prisma, agem os princípios como ferramentas valorativas subjetivas, que diretamente não especificam uma conduta explícita, mas guardam natureza normativa assim como as regras, ainda que sejam aplicados de forma extensiva e na maior proporção possível "Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas".[iii]

A consideração dos princípios como normas estruturantes do ordenamento jurídico, com efeitos prevalentes as regras em alguns casos, tem como fundamento a impossibilidade de se prever íntimos detalhes nas prescrições de ações gerais e abstratas. Obviamente poderíamos defender que um sistema propiciador de regras cria uma segura previsibilidade de consequência sobre as condutas, harmonizando comportamentos e os resultados decorrentes. Entretanto, o produto desta equação embora prenuncie uma sensação de segurança jurídica traz como consequência grandes possibilidades de cometimentos de injustiça e desconsideração direta da razão de existirem prescrições ou "regras". Friedrich Müller, ao apontar dissensos quanto a receita fermentada por regras anota:

> Todavía en la afirmación de Kelsen, según la cual norma y realidad el error de un planteamiento que, sin más, aplica al Derecho un concepto de la ciencia actualmente en desuso incluso en el terreno de las ciencias naturales, en lugar de analizar directamente las características propias de la normatividad jurídica, basándose para ello en la aplicación concreta de las normas jurídicas. Tal análisis demuestra que la Norma Jurídica, en contra de lo que establece el planteamiento positivista, no debe entenderse como una orden abstracta de lo que debe ser, mí como un juicio hipotético o un acto de voluntad carente de todo trasfondo material.[iii]

Por conseguinte, não há lógica em tempos atuais que combata que um sistema pautado somente por regras é ineficiente e não atende a realidade dos anseios sociais, justamente pela efetiva transição cada dia mais desenfreada das relações interpessoais, altamente compostas por micro possibilidades de descontentamento. Diante deste ineficaz modelo, surgiram os princípios como consagradores das respostas inexistentes, ou ao menos das respostas "coerentes", inaugurando o pós positivismo ou o já mencionado neoconstitucionalismo.

Cabe aqui destacar que os princípios já existiam como ferramentas de aplicação, contudo eram no sistema positivista, meros coadjuvantes. Daniel SARMENTO, ao analisar este novo modelo aplicado ao ordenamento brasileiro destaca:

> Esta nova visão sobre os princípios sem dúvida aperfeiçoou o ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, os princípios conferem maior plasticidade e dinamismo ao Direito, permitindo que ele evolua com o tempo, e tornam, por outro lado, mais íntima a sua relação com a moral, atuando como válvulas de escape contra graves injustiças. Estas e outras características dos princípios justificam que se celebre a nova importâncias que eles assumiram no Brasil, sobretudo na última década.[iii]

Insta, portanto, que, a distinção que se nota entre constitucionalismo e neoconstitucionalismo, ou positivismo e pós positivismo encontra eminencia no método de aplicação das normas, normas estas anteriormente pautadas por regras, mas que agora dão lugar para uma aplicação sistemática da constituição consagrando princípios e inaugurando a era do aperfeiçoamento do constitucionalismo.

Optando pela influência de ALEXY, a afirmação de que regras e princípios são normas, traz consigo uma diferenciação preponderante, da qual distinguem os dois tipos de normas. Desta maneira não são regras e princípios discernidos apenas pela generalidade[iii], onde princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, e regras, normas com delimitação de generalidade mais restrita. Segundo Alexy, esta diferença gradual não é absoluta, pois as normas "regras" e "princípios" apresentam uma distinção também qualitativa.[iii] Vejamos o que expõem o autor:

> Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
> Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.[iii]

Regras e princípios são normas que agem de forma distinta dentro do ordenamento, uma consagrando condutas ou direitos definitivos, outra expondo prima facie com base em valores uma conduta ou um direito a ser comtemplado. Para Virgílio Afonso da SILVA "O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios,[iii] é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) prima facie.[iii]Relevante distinção aponta Ronald DWORKIN:

> A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece

> deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funciona com os princípios [...]. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode, ser por certo, uma mensuração e o julgamento que determina um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.[iii]

Posto isso, vê-se que os princípios são normas que apresentam uma maior maleabilidade na sua aplicação ao caso concreto, justamente por esta razão não podem apresentar caráter absoluto, sob pena de se instituir uma hierarquia de valores, no caso de estarem presentes conflitos ou colisões de direitos fundamentais. Neste sentido aponta Gustavo ZAGRELSKY "Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos"[iii]

Especificamente quando se discutem direitos fundamentais, os princípios, objeto condutor do modelo pós-positivista, se revelam preponderantes, haja vista a relação intima de identificação entre ambos, nesse ponto destaca Marcelo Schenk DUQUE "Nessa conectividade, os direitos fundamentais são normalmente formulados por meio de princípios jurídicos, com conteúdo marcado pela vagueza e abstração".[iii]

No campo das colisões entre princípios, a ponderação, ou sopesamento, terminologia utilizada por ALEXY, tornam-se ferramentas de manejo. Nesta seara, não há que se falar em anulação de princípios, quando estes colidem entre si, o que ocorre é a preferência de um sobre o outro:

> Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência.[iii]

Além da peculiaridade transcrita anteriormente, deve-se anotar os traços discernidos por ALEXY, em relação à natureza dos princípios, que irão justificar a chamada lei do sopesamento:

> As razões para as múltiplas características dos princípios são óbvias. Enquanto razões

> para regras de natureza muitas vezes bastante técnicas, o conteúdo axiológico dos princípios é amis facilmente identificável que o das regras; como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios tem uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico; sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do mais especial; e a contraposição dos princípios, enquanto normas "desenvolvidas", às normas "criadas" deve-se à desnecessidade de que os princípios sejam estabelecidos de forma explícita, podendo decorrer de uma tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais que, em geral, expressam concepções difundidas sobre o que deve ser o direito.[iii]

Como visto, são os princípios normas de caráter aberto, e, quando em um caso concreto ocorre à pretensão contraposta entre princípios, deve-se socorrer à precedência de um sobre o outro de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Desta forma a não reverencia de um princípio colidente, é justificada pela caraterística da valia contemplada ao outro junto ao caso analisado. Este raciocínio é exposto por ALEXY, quando justifica o processo de precedência do princípio do qual "Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro".[iii]

Obviamente que ao apresentar o sopesamento como recurso para uma decisão mais acertada, ALEXY, propõe um caminho metodológico contrário ao decisionismo do magistrado, que ao recorrer deste fundamento, deve buscar um superávit de racionalidade "Se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso – que decorre desse enunciado -, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional"[iii]

Ana Paula de BARCELLOS, ao referir-se sobre o manto da expressão "ponderação", explica que a técnica do sopesamento deve ser manejada com cautela, mesmo porque parte-se sempre da ideia que o caso concreto se enquadra ainda que abstratamente na conduta regrada, sem a necessidade do ofício da ponderação, "cujo emprego deve ser reservado apenas para hipóteses de insuficiência da subsunção, que continua a ser a doma ordinária de aplicação dos enunciados normativos".[iii]

Em reação a este modelo pós-positivista de aplicação das normas, e, interpretação pautada pela consagração dos princípios como condutores referenciais para as respostas dos conflitos existentes socialmente, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná como dito inicialmente, vem adotando no exercício de suas funções institucionais de julgamento de contas, expressões como "razoabilidade", "proporcionalidade", "sopesamento", entre outras terminologias que demonstram a inauguração ao menos na Corte Administrativa paranaense, do chamado pós- positivismo, ainda que sobre a égide infraconstitucional.

Em que pese não se possa falar em situações relacionadas diretamente com direitos fundamentais, o reflexo das decisões da Corte podem sim afetar de forma indireta tais direitos, como por exemplo, a elegibilidade, condição integrante do rol dos chamados direitos políticos fundamentais, pois ao considerar eventual irregularidade nas contas, o gestor irá consequentemente integrar a "Lista de agentes públicos com contas desaprovadas pela Corte", solicitada pela Justiça Eleitoral na aferição de registro de candidaturas. A partir desta perspectiva vejamos o constante no Acordão n°4155/15 resultante de Embargos de Declaração movido por uma entidade que recebeu subvenções municipais:

> Existe, ao contrário, expressa manifestação e análise de todos os elementos substanciais trazidos nos autos, tendo a decisão embargada fundamentado, de forma clara e precisa, suas razões de decidir, ainda que a tese nele perfilhada não convenha aos interesses dos embargantes, de forma que a prestação jurisdicional-administrativa foi devidamente entregue, não havendo assim que se falar em omissão, nem de ausência de sopesamento na aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade sobre o caso.[iii]

Neste mesmo raciocínio, se faz pertinente à transcrição de trecho do Acordão n° 3581/10 de Relatoria do Conselheiro Nestor Baptista: "Entretanto, a esta Corte de Contas não cabe à aplicação da lei de forma "seca", mas, sim, o sopesamento entre o interesse público e a aplicação da Lei, a fim de que os julgadores, Nobres Conselheiros, avaliem o dispositivo legal que melhor se amolde a cada caso concreto, na medida da razoabilidade e da proporcionalidade".[iii]

Ainda em processo especifico de análise de transferências voluntárias, do qual se considerado irregular, poderia vir a ter como consequência eventual inelegibilidade, manifestou-se assim o Conselheiro Relator:

> Deste modo, tendo em vista a ausência de irregularidades ou impropriedades relevantes no presente processo, entendo merecer acatamento a proposição da unidade competente de ponderação sobre a necessidade de um tratamento excepcional ao caso em exame, levando em consideração critérios de razoabilidade e proporcionalidade.[iii]

Desta maneira observa-se um avanço no julgamento de processos junto as Cortes de Contas paranaense, onde o exercício de análise formal e meritória tem sido flexibilizado em consagração a obtenção da melhor decisão ao caso concreto.

CONCLUSÃO

O Estado de direito deve, juntamente com as garantias individuais, estabelecer um certo grau de previsibilidade a sua sociedade, com relação as consequências geradas pelo descumprimento de uma norma, seja ela extraída do arcabouço constitucional ou nas legislações complementares. Segundo Danilo ZOLO " É a realização desses valores e a satisfação dessas expectativas que os teóricos dos Estado de Direito, tanto no continente europeu como no mundo anglo-saxão, assumem hoje como fonte primária de legitimação do sistema político".[iii]

Embora previsível e, em um primeiro momento mais adequado, o modelo de previsões normativas amparado em regras, não tem atendido mais a realidade do direito, deixando de "prever", situações fáticas não ensejadoras de consequências, ou vice e versa. Luis Prieto SANCHÍS, ao analisar o constitucionalismo, o neoconstitucionalismo, e o Estado de Direito, aponta "El Estado constitucional de Derecho que acaba de ser descrito parece reclamar una nueva teroría del Derecho, uma nueva explicación que em buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico".[iii]

Entretanto os pós positivismo, condicionante a prevalência dos princípios, não se encontra desligado de um rigoroso e sistemático processo de racionalização da decisão ao caso concreto, pois são os valores constitucionais que permitem está principialização, sob pena de transformar em um constitucionalismo ambíguo.[iii] Neste sentido leciona Jorge Reis NOVAES "Significa, é certo, que questões de precedência material devem ser resolvidas no terreno dos argumentos materiais atinentes ao peso relativo e à natureza dos interesses em confronto, e não com auxílio de pretensas fundamentações conceptuais ou justificações formalistas que uma concepção material do Estado de Direito tendencialmente repele".[iii]

Assim, os direitos fundamentais surgem como a principal razão desta transição, pois o atual modelo se funda pela consagração máxima destas prerrogativas individuais, campo em que a regra muitas vezes não comtempla. Reverberante neste sentido, é a reação dos ordenamentos na busca pela melhor decisão ao caso concreto, tanto nos corredores judiciários, como em órgãos administrativos como os Tribunais de Contas, afinal "não é somente a constituição que compõem uma unidade que exigiria uma interpretação coordenada"[iii], no sentido dos valores de um regime consagrador de direitos, mas todo um arcabouço referenciado pela essência das disposições constitucionais, e neste sentido resume Adriana da Costa Ricardo SCHIER

> Esta particular compreensão da Constituição viabiliza, portanto, a sua legitimidade pois sua estrutura principiológica garante, por um lado, o seu contato constante com os anseios sociais e, por outro, a concretização de uma dada sociedade pautada nos valores por ela escolhidos, mormente aqueles que visam assegurar a democracia, igualdade e a liberdade, na experiência brasileira de 88. [iii]

Diante deste contexto, o modelo constitucional atual clama por veredictos mais justos, pois a razão da existência dos valores e do respeito ao ordenamento, encontra-se justamente na vestimenta certa para cada estação, cada biótipo, cada necessidade, e estas possibilidades não se inventam, elas se encontram nas disposições e devem ser manejadas nos limites que o ordenamento propicia, com racionalidade e respeito aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tiragem: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergman. **"Neoconstitucionalismo": Entre a "Ciência do Direito" e o Direito da Ciência"**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n. 17, 1-19, jan./fev./mar. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicio**nal. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROZO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5°. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN. Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Tesis Acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas**. Centro de Estudos Constitucionais: MADRI, 1989.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2012.

POZZOLLO, Susanna. **Um constitucionalismo ambíguo**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional**: Os Dois Lados da Moeda.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). **Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais: São Paulo, Volume 1, 2014, p. 45-60

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais : conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. .ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 378396/14 **– Acórdão** n° 3432/15 de 28 de Julho de 2015. Relator Conselheiro José Durval Mattos Amaral.

Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 463443/15 - **Acórdão** n° 4155/15 de 03 de Setembro de 2015. Relator Conselheiro Jose Durval Mattos do Amaral.

Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Processo 616370/10 - **Acórdão** n° 3581/10 de 01 de Dezembro de 2010. Relator Conselheiro Nestor Baptista.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trotta: Madrid, 2007

ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do estado de direito**. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O estado de directo – história, teoria e crítica, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CAPÍTULO XXI

REFLEXÕES SOBRE A TOMADA DE DECISÃO APOIADA – INSTITUTO INTRODUZIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATRAVÉS DA LEI Nº 13.146/2015.

GÂNDARA, Luma Gomes[iii]
GÂNDARA, Mário José Ramos[iii]
GÂNDARA, Ramon Gomes[iii]

RESUMO: O instituto da tomada de decisão apoiada foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/15, diploma normativo muito esperado, sendo considerado um progresso em temática de inclusão social das pessoas com deficiência. O presente artigo busca fazer uma análise comparada de como era o tratamento das incapacidades antes do advento de tal Estatuto e analisar os artigos introduzidos no Código Civil através de uma reflexão crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Tomada de Decisão Apoiada. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Interdição. Capacidade civil. Dignidade da pessoa humana.

INTRODUÇÃO

A Tomada de Decisão Apoiada introduzida no Ordenamento Jurídico Brasileiro, através da Lei nº 13.146/15, conhecida como "Estatuto da Pessoa com Deficiência" ou "Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência", foi sancionada no dia 06 de Julho de 2015, com vacância de 06 meses e passou a viger em 05 de Janeiro de 2016. Esta lei fez com que se modificasse o Código Civil no que diz respeito à capacidade das pessoas, especialmente nos artigos 3º e 4º - DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE.

Foram revogados os incisos I, II e IV do Artigo 1.767 do Código Civil, que dispunha sobre os sujeitos passíveis de curatela. Os artigos 1.768 a 1.773, também foram revogados, estes todos que tratam DA CURATELA – Dos Interditos, (Revogados pelo Artigo 1.072, Inc. II, do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15). Ainda no que diz respeito à Curatela foi acrescentado o Art. 1.775-A do Código Civil, também pela Lei 13.146/15, que passou a tratar da curatela compartilhada, com a seguinte redação:

Art. 1.775-A – "Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa" (BRASIL, 2002, NR).

O artigo 116 do presente estatuto inseriu ainda o Artigo 1.783-A e seus onze parágrafos no Código Civil, criando este novo modelo de proteção e auxílio da pessoa humana – A Tomada de Decisão Apoiada. No primeiro tópico, serão analisadas as principais modificações concernentes ao regime das capacidades no Brasil após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Num segundo momento, tratar-se-á da legitimidade na interdição. Por fim, caberá ao terceiro capítulo o estudo deste novo instituto que é a Tomada de Decisão Apoiada.

1. ALTERAÇÃO DO REGIME DAS CAPACIDADES NO BRASIL APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.146/15

Como dito, a partir desta lei houve modificação das incapacidades no Brasil, alterando os Artigos 3º e 4º do Código Civil que tomaram as seguintes formas:Antes da Lei 13.146/15, o Art. 3º do Código Civil tinha a seguinte redação:

> São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. I - Os menores de 16 (dezesseis) anos; II - Os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (revogado) (BRASIL, 2002).

Após o advento da Lei nº 13.146/15, o art. 3º do Código Civil passou a ter a seguinte redação: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos." (BRASIL, 2002, NR). Ficando revogados os incisos I a III.

As modificações nesse artigo praticamente fizeram cair por terra a Interdição (Curatela), malgrado ela não ter desaparecido do Código Civil e em que pese doutrinadores renomados acreditarem que a Curatela ainda terá seu espaço, nós particularmente acreditamos que a Interdição ficará relegada a casos muitíssimos específicos e só o tempo dirá onde é que ela terá espaço devido à mudança fundamental das incapacidades. Antes da Lei 13.146/15, o Art. 4º do Código Civil tinha a seguinte redação:

> São incapazes, relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer: I - Os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; II - Os ébrios habituais, os viciados

> em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - Os excepcionais sem desenvolvimento mental completo; IV - Os pródigos. Parágrafo Único: A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002)

Após o advento da Lei nº 13.146/15, o art. 4º do Código Civil passou a ter a seguinte redação:

> São incapazes, relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer: I - Os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; II - Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, tenham o discernimento reduzido. III - Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - Os pródigos. Parágrafo Único: A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002, NR)

Desse artigo 4º fora suprimido no Inciso II o termo: "por deficiência mental"; e o Inciso III como era foi suprimido por completo, dando lugar ao novo inciso III, *in verbis*: "Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade".

Interessante notar, que o inciso III do antigo art. 3º do Código Civil, que era caso de incapacidade absoluta, passou a ser o novo inc. III do novo art. 4º do Código Civil, agora como incapacidade relativa, *in verbis*: "Aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade". Acrescentando somente o termo "permanente".

2. LEGITIMIDADE NA INTERDIÇÃO

Na interdição conhecida até Janeiro de 2016 quem tomava a decisão sobre a interdição era um terceiro interessado, conforme prescrevia o Artigo 1.768 do Código Civil (ora revogado).

Questão interessante surge ao se analisar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrou em vigor em 05 de Janeiro de 2016, acrescentou ao Art. 1768, do Código Civil, o inciso IV, resultando na redação: "O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: IV - Pela própria pessoa". E, com o advento do art. 1072, II, do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15 –, o Art. 1768, do Código Civil, foi revogado. Então, a possibilidade de a própria pessoa pedir sua curatela durou pouco mais de 70 dias, pois o Código de Processo Civil disciplinou os legitimados à interdição no art. 747 e não incluiu a própria pessoa como promovente da ação. Veja:

> Código de Processo Civil/2015, Art. 747. A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público. (BRASIL, 2002)

O Ministério Público também atuará como fiscal da ordem jurídica de acordo com o § 1º do artigo 752 do NCPC, sendo que na vigência do CPC/73 ao Ministério Público era conferida a condição de representante do interditando a não ser nos casos em que atuava como requerente da ação (artigo 1182, § 1º CPC/73). Igualmente, poderia propor a ação em casos de anomalia psíquica. Pelo NCPC poderá propor a ação apenas em caso de doença mental grave, não especificando, no entanto, quais seriam essas doenças que provavelmente serão objeto de enquadramento doutrinário.

O que não mudou é que as duas leis previram a obrigatoriedade de os requerentes, independentemente de quem sejam comprovarem a legitimidade para atuar como requerente da ação.

3. DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Os institutos da Tutela, da Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada estão inseridos no Código Civil, no Livro IV, Título IV, do Direito de Família (isso por determinação do Art. 115 do Estatuto) e fora criado o Capítulo III – Da Tomada de Decisão Apoiada, isso por determinação do Artigo 116 do Estatuto, sendo o Capítulo I – Da Tutela e o Capítulo II – Da Curatela. Flávio Tartuce explica que duas correntes se formaram a respeito da norma:

> A primeira – à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel – condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). A segunda vertente – liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze – aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão. (2015, s.p.)

Parece mais acertado o entendimento que evidencia os objetivos inclusivos que a norma trouxe, com avanços no sentido de promover a dignidade-liberdade das pessoas com deficiência e, desse modo, igualmente, incutir a necessidade de fomentar a consciência na sociedade civil de que a pessoa com deficiência não é carecedora de realce,

mas sim de oportunidades, afim de se estabelecer um equilíbrio social, e se atender efetivamente aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana preconizados constitucionalmente.

Como dito alhures fora acrescentado no Código Civil o Art. 1775-A, que oportuniza ao Juiz na nomeação de curador, determinar que ao invés de um curador a pessoa tenha mais de um, tendo criado a figura da curatela compartilhada. Depreende-se que isso está ao arbítrio do Juiz, a depender da análise caso a caso. Estudar-se-á adiante que na Tomada de Decisão Apoiada não existe esta possibilidade. O artigo 1.783-A do Código Civil criado a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência prescreve que:

> A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem e sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (BRASIL, 2002, NR)

Na Tomada de Decisão Apoiada só a pessoa que necessita de apoio é que toma a decisão – ela e somente ela. A norma jurídica exige que sejam duas pessoas de confiança do Apoiado, eleitas por ele, para serem seus apoiadores. Isso é tão importante que se um dos apoiadores vier a desistir do munus ou morrer estará desfeita ou sem valor a tomada de decisão apoiada, porque a lei diz em duas pessoas.

Poderá ocorrer também a situação em que o apoiado discorde da posição de algum apoiador e poderá desistir do apoio deste. Se o apoiado desistir do apoio de um, obrigatoriamente, estará extinta a Tomada de Decisão. Neste sentido deverá ser ouvido o Juiz e o Ministério Público para se chegar à decisão do melhor para o Apoiado. O Apoiado a qualquer tempo pode desistir da Tomada de Decisão Apoiada, sendo ato de disposição de sua parte.

3.1 COMENTÁRIOS AOS PARÁGRAFOS DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A tomada de decisão apoiada é um ato jurídico que se validará somente com medida judicial.

> Código Civil, Art. 1.783-A § 1º - Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os

> limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. (BRASIL, 2002, NR)

O Autor é sempre a pessoa que toma a Decisão de ser apoiada. O pedido deve ser levado a juízo e deverá conter um termo – que pode ser na própria petição inicial, ou um termo anexo à petição inicial, onde constam os limites do apoio. Por exemplo, na tomada de uma decisão de uma viajem; na compra e venda de um bem, seja ele móvel ou imóvel; decisão sobre um investimento; mesmo nas orientações sobre decisões mais corriqueiras, mas que podem ter grande influência na vida do Apoiado, como estar atento sobre a ingestão de seus medicamentos ou acompanhamento médico.

Esta é uma figura jurídica inspirada em ordenamentos estrangeiros. Na Itália, o legislador através da Lei n. 6/2004, introduziu ao Código Civil os artigos 404 a 413, como "administratore di sostegno", ou seja, o administrador de apoio. Naquele país o instituto pode ser por tempo indeterminado. (ROSENVALD, 2015, s.p.)Já o Código Civil Francês determina que a medida "sauvegarde de justice", ou seja, na tradução literal, "salvaguarda de justiça", não pode ser determinada por período superior a um ano, e renovável por mais um ano. (REQUIÃO, 2015, s.p.)

Aqui no Brasil a lei não estabelece um prazo específico para a duração do apoio, porém, ao formular o pedido o Apoiado deve estabelecer por quanto tempo ele necessita deste apoio. Ainda com relação à vontade do Apoiado, os apoiadores devem servir de apoio efetivamente; contudo, devem respeitar a vontade, os direitos e interesses do Apoiado. Se houver conflito, deverá desaguar no Poder Judiciário a busca de solução ao impasse.

> Código Civil, Art. 1.783-A - § 2º - O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo. (BRASIL, 2002, NR)

Como já afirmado acima, ratifica este § 2º que o pedido de tomada de decisão apoiada deve ser requerido pela pessoa necessitada e com a indicação expressa das pessoas que serão seus apoiadores. É claro que estas deverão estar de acordo e assinarem o termo apartado onde estabelecem os limites do apoio.

> Código Civil, Art. 1.783-A - § 3º - Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após ouvido o Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. (BRASIL, 2002, NR)

É medida de cunho judicial, como a própria curatela. Difere da curatela na medida em que o apoiado é quem tem a legitimidade e só ele para requerer a medida. Situação que reforça o princípio da autonomia da vontade e que fez com que fossem revogados os incisos do artigo 3º e parte do artigo 4º do Código Civil.

O juiz antes de decidir sobre a tomada de decisão apoiada deverá ouvir pessoalmente o requerente, as pessoas apoiadoras, possa parecer de equipe multidisciplinar, ou seja, dos mais diversos profissionais, por exemplo: psicólogo, psiquiatra, assistente social, ortopedista, geriatra, oftalmologista, etc. Além do parecer do membro do Ministério Público. Só então quando o juiz tiver convencimento das vantagens para o apoiado é que deverá decretar o apoio.

> Código Civil, Art. Art. 1.783-A - § 4º - A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.
> Código Civil, Art. 1783-A - § 5º - O terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

A lei procurou preservar o máximo da capacidade do indivíduo. Por isso os atos praticados pelo apoiado não sofrem efeitos sobre terceiros, desde que não exacerbem os limites do apoio. Os terceiros com quem o apoiado negociar, por precaução e por segurança, poderão exigir que os apoiadores assinem conjuntamente com o apoiado o documento do contrato ou acordo entabulado entre o terceiro e o apoiado. Acredita-se aqui que esta assinatura terá validade desde que esteja especificada no termo (§ 1º[iii]), dentro dos limites ali declarados.

> Código Civil, Art. 1783-A, § 6º - Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

Para segurança do apoiado, se os dois apoiadores não estiverem de acordo com o negócio a ser realizado com o apoiado e terceiro, deverá ser provocado o Poder Judiciário para decidir a questão, sendo necessário parecer prévio do Ministério Público. Observe-se que não são todas as questões que deverão ser levadas ao Estado-juiz, mas somente as questões que forem trazer riscos e prejuízos relevantes ao apoiado. Questões de somenos

importância deverão ser dirimidas entre as partes, buscando sempre prevalecer a vontade do apoiado, mutatis mutandis.

Importante consignar que se o apoiador tiver uma opinião divergente e prevalecer a vontade do apoiado, o apoiador deve ter o cuidado de deixar consignada sua opinião divergente, por resguardo, para que, caso o apoiado venha a ter algum prejuízo, o apoiador não venha a responder por negligência.

> Código Civil, Art. 1.783-A - § 7º - Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao Juiz. (BRASIL, 2002, NR)

Este parágrafo é balizador da ação do apoiador, sendo certo que o apoiador não pode exacerbar suas funções e não pode também ser negligente em seu mister. Em casos tais, excedendo suas funções ou deixando de fazer o que foi compromissado, tanto o apoiado, como qualquer pessoa interessada poderá denunciar a conduta ao Ministério Público ou diretamente ao Juiz.

> Código Civil, Art. 1.783-A - § 8º - Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para a prestação de apoio. (BRASIL, 2002, NR)

O juiz da causa analisando a conduta levada a seu conhecimento poderá destituir aquele apoiador e se for da vontade da pessoa apoiada, ela apresentará outro apoiador para suprir aquele que vagou. Observe-se, que a lei diz que são necessários dois apoiadores, (caputdo artigo), portanto, em sendo destituído um dos apoiadores, obrigatoriamente o apoiado deverá eleger outra pessoa de sua confiança em substituição, sob pena de se extinguir a tomada de decisão apoiada. O mesmo acontece, se um dos apoiadores vier a falecer ou por vontade própria um deles desistir do *munus.*

> Código Civil, Art. 1.783-A - § 9º - A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. (BRASIL, 2002, NR)

Esse dispositivo reforça a liberdade que o apoiado tem em instituir ou romper com sua decisão. Reforça, portanto, a condição de capacidade que o apoiado deve ter, inclusive quando acreditar que não é necessária mais sua tomada de decisão apoiada.

> Código Civil, Art. 1.783-A - § 10 – O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. (BRASIL, 2002, NR)

Toda e qualquer mudança deve ser comunicada ao juiz da causa, que deverá analisar as especificidades (matéria) de cada caso.

> Código Civil, Art. 1.783-A - § 11 – Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. (BRASIL, 2002, NR)

Nos casos de curatela, em que o curador administra o patrimônio dos interditos, costuma-se estabelecer um patrimônio que poderá responder por perdas que vierem a ser causadas pela má administração de bens do curatelado. Da mesma forma que na curatela pode ocorrer de o curador exceder nos gastos diretos para o curatelado, aqui na tomada de decisão apoiada isso também pode acontecer. O legislador tomou, pois, cuidado de especificar que deverão ser feitas prestação de contas de suas atividades.

Normalmente, é determinado ao curador a especialização de hipoteca legal, matéria de cunho processual, como garantia na prevenção de dilapidação dos bens do curatelado/apoiado. O público alvo do escritório que atendemos é de classe pobre e ainda não se teve a oportunidade de atuar em caso de especialização de hipoteca legal, porém acredita-se que em certos casos isso dificulta a prontidão de pessoas a servir como curadores e/ou apoiadores.

CONCLUSÃO

O art. 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência cria um tertium *genus* em matéria de modelos protetivos de pessoas em situação de vulnerabilidade. Além dos tradicionais institutos da tutela e curatela, surge a Tomada de Decisão Apoiada, sendo este instituto totalmente novo no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, não houve concretização normativa de um avanço jurisprudencial ou algo semelhante, mas total inovação. Na Tomada de Decisão Apoiada, a pessoa que necessita de apoio toma a decisão de ter duas pessoas de sua confiança, eleitas por si, para serem seus apoiadores. É a própria pessoa a ser apoiada que pede em juízo e que indica as duas pessoas aptas a lhe prestarem apoio.

Trata-se de uma pessoa que possui algum embaraço ou um déficit funcional (físico ou psíquico), que se sinta com dificuldade de gerir seus próprios interesses e até mesmo de se conduzir pelo cotidiano da vida. Percebe-se que a tomada de decisão apoiada é mais elástica do que a tutela e a curatela, estimulando a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio.

Esse novo instituto inserido no seio brasileiro vem com vistas a promover avanços no que tange a autonomia das pessoas que possuem determinada limitação. Agora, necessário se faz que os advogados atuem de forma perspicaz em instruir os possíveis sujeitos interessados na existência do novo modelo, somada à atuação protetiva dos membros do Ministério Público e dos juízes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL**. Código Civil**. Lei nº 10.406/2002, Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 27.Jun.2016.

_____. **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105/2015, Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 27.Jun.2016.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**, Lei nº 13.146/2015, Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 27.Jun.2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FUX, Luiz. **Novo Código de Processo Civil***:* Comparado – Lei 13.105/2015 Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, inciso por inciso, alínea por alínea. Coordenação Luiz Fux; organização Daniel Amorim Assumpção Neves. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera o Regime Civil das Incapacidades.**20 de Julho de 2015. Disponível em www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades. Acesso em 27.Jun.2016

_____. **Conheça a tomada de Decisão Apoiada, novo regime alternativo à curatela**. 14 de Setembro de 2015. Disponível em www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheça-tomada-decisão-apoiada-regime-alternativo-curatela. Acesso em 12.jun.2016.

ROSENVALD, Nelson. **A Tomada da Decisão Apoiada**. 03 de Novembro de 2015. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>. Acesso em 27.Jun.2016.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civilpela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 21.Jul.2016