
INTERTEMAS: Revista da Toledo

Volume 17

2012

Presidente Prudente/SP

ISSN 1516-8158

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE

Diretor Superintendente: Milton Pennacchi
Diretora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Diretora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Diretora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Estado, Sociedade e Desenvolvimento
Temática: Relações Sociais Contemporâneas
Periodicidade anual

EDITORES

José Artur Teixeira Gonçalves (FIAETPP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (FIAETPP)

COMISSÃO EDITORIAL

Antonio Carlos Segatto (UEM)
Antonio Celso Baeta Minhoto (UMES)
Claudio Ribeiro Lopes (UFMS-Três Lagoas)
Cristiano Heineck Schmitt (UNIRITTER)
Dora García Fernández (Universidad Anáhuac México Norte)
Flavio Murilo Tartuce Silva (EPD)
Gelson Amaro de Souza (FUNDINOPI e FIAETPP)
Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes (FAPI)
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)
José Carlos Martines Belieiro Júnior (UFMS)
Marcos Jorge Catalan (UNISINOS)
Pablo Malheiros da Cunha Frota (ESA-DF)
William Santos Ferreira (PUC-SP)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

COMISSÃO EXECUTIVA

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (FIAETPP)
Yara Pires Gonçalves (FIAETPP)

EQUIPE TÉCNICA

Francielle das Neves Silva Silvente (secretária)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – FIAET-PP

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@unitoledo.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 17 – 2012

Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2012. 21cm

Revista das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158

SUMÁRIO/CONTENTS

APRESENTAÇÃO/PRESENTATION	5
I – DOCTRINA ESTRANGEIRA/FOREIGN DOCTRINE	
BASES TEÓRICAS DEL ORDEN PUBLICO CONSTITUCIONAL	6
González Valenzuela, Alejandro (Asociación Venezolana de Derecho Constitucional)	
UMA INTRODUÇÃO AO GARANTISMO PROCESSUAL E AO ATIVISMO JUDICIAL	23
Fermin Canteros (Universidad Católica-Paraguay)	
II – DOCTRINA NACIONAL/NATIONAL DOCTRINE	
ACESSO À JUSTIÇA, DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: A DEMOCRACIA COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS	31
Dirceu Pereira Siqueira Centro Universitário Cesumar (UniCesumar)	
A "SOCIEDADE DE CONSUMO" E O DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR: CORRELAÇÕES	42
Israel Rutte e Gilmara Funes - Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba	
TEORIAS DOS FINS DA PENA: UM ENFOQUE SOBRE A INCONVENIÊNCIA DAS PENAS FUNDAMENTADAS EXCLUSIVAMENTE NOS FINS DE PREVENÇÃO GERAL E/OU ESPECIAL	64
Cláudio Ribeiro Lopes (UFMS-Três Lagoas) e Eduardo Berti Ribeiro (G-UFMS-Três Lagoas)	
ANÁLISE DA PRISÃO E DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA	83
Patricia Droeber Basilio	
SEGURANÇA PÚBLICA E MEDIDAS DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE: UM ESTUDO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	97
Glauco Roberto Marques Moreira (FIAETPP) e Nilton Carlos de Almeida Coutinho (UNB)	
INTERESSE PÚBLICO: UM CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO	110
Silas Silva Santos (PG-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; FIAETPP)	
BREVE HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL NO MUNDO E NO BRASIL: A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	129
Flademir Jerônimo Belinati Martins (PG-ITE Bauru; FIAETPP)	
OS ADICIONAIS DE REMUNERAÇÃO A LUZ DA LEI 12.740/2012 E SUA INCIDÊNCIA COMO FORMA DE RESGUARDO DA INTEGRIDADE DO TRABALHADOR	150
Mônica Moreno AMORIM (PG-FIAETPP) e Edson Freitas de Oliveira (FIAETPP)	
O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DO SUPERINFORMACIONISMO	172
Aline Aparecida Novais Silva LIMA (G-FIAETPP) e Sérgio Tibiriçá AMARAL (FIAETPP)	

OS PROCESSOS SOCIAIS NA SOCIEDADE EM REDE: PRIMAVERA ÁRABE E CIBERDEMOCRACIA	183
Alexia Domene EUGENIO (G-FIAETPP) e Gelson Amaro de Souza (FIAETPP)	
III – DOSSIÊ: DIMENSÕES JURÍDICAS E SOCIAIS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	
A PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA	194
Luiz Gustavo FABRIS FERREIRA (G-FIAETPP)	
A MULHER NO DISCURSO FEMINISTA: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DE SENTIDOS CONSTRUÍDOS NA ENTREVISTA COM MARIA DA PENHA	206
Nilton César FERREIRA (G-FIAETPP) e Eduardo Luis Couto (FIAETPP)	

APRESENTAÇÃO

A revista INTERTEMAS chega ao público com 14 artigos, abordando relevantes aspectos jurídicos da atualidade.

Na seção de Doutrina Internacional, os juristas Alejandro Gonzales Laenzuela (Venezuela) e Fermin Canteros (Paraguai) discutem, respectivamente, as bases teóricas da ordem pública constitucional e o garantismo processual e ativismo judicial.

Os artigos de Doutrina Nacional enfocam temas diversos, como: democracia e direitos humanos, Direito Penal do consumidor, teorias dos fins da pena, função ressocializadora da pena, a segurança pública e medidas de redução da criminalidade, o interesse público (uma discussão sobre a sua indeterminação como conceito jurídico), a seguridade social, adicionais de remuneração à luz da Lei 12.740/2012, o direito ao esquecimento e a ciberdemocracia e a Primavera Árabe.

A edição traz ainda um dossiê sobre as Dimensões Jurídicas e Sociais da Violência contra a Mulher, com dois artigos: A prisão preventiva na Lei Maria da Penha e A mulher no discurso feminista: uma análise dos efeitos de sentido construídos em uma entrevista com Maria da Penha.

A Comissão Editorial deseja a todos uma ótima leitura.

BASES TEORICAS DEL *ORDEN PUBLICO CONSTITUCIONAL*

Alejandro GONZÁLEZ VALENZUELA¹

1 INTRODUCCION

Desde su creación, la Sala Constitucional ha debido asumir la ingente tarea de analizar y definir las diferentes categorías jurídicas, conceptos e instituciones del derecho constitucional, a los fines de interpretar, en unos casos, con fuerza vinculante el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, y; en otros casos, para dar uniformidad y cohesión a la doctrina jurisprudencial constitucional.

Entre las categorías jurídicas que han sido objeto de la labor analítica e interpretativa de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se encuentra la de *orden público constitucional*. Concepto éste que, si bien, ha sido recurrentemente invocado por la jurisprudencia constitucional, aún, no ha sido definido a plenitud por la Sala Constitucional. Sin lugar a dudas, se trata de una categoría jurídica que tiene sus antecedentes en la noción de orden público de la Teoría General del Derecho, sin embargo, la cuestión fundamental que su reconocimiento jurisprudencial plantea es, si se trata de la expresión de la noción de orden público general en el ámbito constitucional, o, si se trata de una noción propia del constitucionalismo moderno, cuyos particulares rasgos permiten perfilarla como una categoría jurídica autónoma.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional, hasta ahora, no ha sido del todo clara y unívoca al respecto, unas veces ha parecido reconocer la autonomía conceptual de esta categoría, y otras veces, la ha identificado plenamente con la noción de orden público de la Teoría General del Derecho. Es por ello, que se requiere un análisis sistemático de la evolución jurisprudencial de este concepto a los fines de concluir en un criterio más preciso sobre el tema. Este es el objetivo trazado con el presente trabajo.

2 EL *ORDEN PUBLICO CONSTITUCIONAL* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

2.1 Noción jurisprudencial de *orden público constitucional*

¹ Especialista en Derecho Administrativo (UCV), Especialista en Derecho Constitucional (UCAB), Especialista en Derecho Procesal Constitucional (UMA), Maestría en Derecho Constitucional (UCAB) terminando la tesis "El Proceso de Degradación de la Constitución Económica y sus efectos sobre los Derechos Fundamentales de Contenido Económico, Ex Profesor de Contencioso Tributario (Post Grado) USM, Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Miembro Fundador del Instituto Venezolano de Derecho Procesal Constitucional, Miembro Correspondiente Extranjero de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

La noción de *orden público constitucional* como concepto o categoría jurídica del derecho constitucional moderno, ha sido adoptada y difundida en nuestro ordenamiento jurídico por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, habiendo prevalecido hasta ahora su aplicación en el marco de procesos judiciales considerados fraudulentos.

Se trata de una nueva categoría jurídica constitucional que aún no ha sido definida decididamente por la jurisprudencia, sin embargo, de acuerdo con la caracterización que de ella se ha hecho en algunos fallos, se desprende que está funcionalizada a la preservación de la Constitución como fuente primigenia y hegemónica del ordenamiento jurídico, en tal sentido, *orden público constitucional* vendría a ser, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, una función jurídica cuya finalidad esencial es garantizar la supremacía e integridad de la Constitución².

2.1 Orden público constitucional y supremacía constitucional

La categoría jurídica de *orden público constitucional* dimana de la idea de la supremacía de la Constitución³, así lo ha reconocido explícitamente la Sala Constitucional al señalar que si bien esta noción no ha sido definida a plenitud, “*de su esencia se desprende que está concebida para preservar la supremacía de la Constitución*”⁴.

La idea de la supremacía de la Constitución es un principio fundamental del constitucionalismo⁵, que supone la superioridad absoluta de sus postulados en el orden interno, a los que quedan sometidos no sólo las restantes normas jurídicas, y los actos de los órganos del Poder Público, sino, también, los actos de los particulares. En virtud del principio de la supremacía constitucional, la Constitución se erige en la base condicionante de todo el ordenamiento jurídico y político, cuya centralidad es la dignidad humana, la cual, podrá ser tutelada eficientemente sólo si se asegura la preservación de la supremacía de los valores, principios y derechos contenidos en los

² Sentencia de la Sala Constitucional, de fecha 9 de marzo de 2000, caso *José Zamora Quevedo*.

³ El artículo 7 de la Constitución vigente, consagra el principio de supremacía constitucional en los siguientes términos: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

⁴ Sentencia del 11 de febrero de 2.005, caso: Asociación Bolivariana de Abogados.

⁵ La doctrina de la supremacía de la Constitución está íntimamente vinculada a las constituciones escritas y rígidas, esta imbricación fue puesta de relieve, por vez primera, y con gran lucidez, en 1803, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, por el juez Marshall, en el celebre caso “*Marbury versus Madison*”, aún cuando, previamente, en *The Federalist Alexander Hamilton* ya había propuesto directamente el tratamiento de la Constitución como *fundamental law*, con la consecuencia de reconocer a los Tribunales la facultad de desaplicar las leyes del Congreso que entraran en contradicción con ella. La propia Constitución federal de 1787 incluiría en su artículo VI, Sección 2, la cláusula básica que proclama a «esta Constitución» como *the supreme law of the land*. En Europa este principio fue recibido muy posteriormente, primero, en el sistema constitucional austriaco-kelseniano, y luego, progresivamente en los otros Estados europeos.

preceptos constitucionales, función jurídica ésta que la Sala Constitucional asigna a la garantía del *orden público constitucional*.

De no existir la garantía del *orden público constitucional* el principio de la supremacía de la Constitución no tendría operatividad ni efectividad alguna, pues, los preceptos constitucionales podrían ser abrogados o modificados por cualquier norma de inferior rango, desconocidos por cualquier funcionario, y desobedecidas o incumplidas por cualquier ciudadano, con lo cual, se desintegraría el sistema de valores y el orden jurídico-político que la Constitución postula, con todo el marasmo institucional y caos político social que ello conllevaría.

La Sala Constitucional consciente de esta realidad, en su primera sentencia sobre la materia, interpretó adecuadamente la mecánica del principio de supremacía constitucional, y la proyección de su garantía jurídica de operatividad y efectividad -el *orden público constitucional*-, precisando al efecto que:

Los principios inmersos en la Constitución, que la cohesionan, así no aparezcan en su texto, si no se aplican o se violan tienden a desintegrar a la Carta Fundamental, y si ello sucediere la Constitución desaparecería con todo el caos que ello causaría....*omissis*...El juez que dentro de un proceso lo conociera, que responde por la integridad y supremacía de la Constitución, de oficio tendría que dejar sin efecto tales determinaciones judiciales, ya que ellas contrarían el *orden público constitucional*". (Sentencia del 9 de marzo de 2.000, caso "*José Zamora Quevedo*").

Posteriormente, la Sala Constitucional volvió a vincular la noción de *orden público constitucional* con el principio de supremacía de la Constitución en diversos fallos⁶, estableciendo en uno de los más emblemáticos:

Luego de la declaratoria anterior y vista la proximidad de las elecciones regionales, la Sala, como quiera que en la solución del recurso de interpretación propuesto inicialmente está inmiscuido el *orden público constitucional*, noción que, si bien no ha sido definida a plenitud por la Sala, de su esencia se desprende que está concebida para preservar la supremacía de la Constitución ante transgresiones flagrantes de sus preceptos y ante la imposibilidad cierta e inminente de lograr el cese de tal alteración a través de los mecanismos jurídicos que el entramado normativo otorga, ...*omissis*...". (Sentencia Sala Constitucional, del 11 de febrero de 2004, caso: "*Asociación Bolivariana de Abogados con la Constitución*").

De las sentencias precitadas se desprende que la Sala Constitucional, ha establecido una estrecha imbricación entre la noción de *orden público constitucional*, y el principio de supremacía de la Constitución. En tal sentido, la operatividad y efectividad de este principio sólo podrá ser garantizada por la doctrina del "*orden público constitucional*", en virtud de la cual, podrán ser enervadas y/o restablecidas las

⁶ Sentencia del 28 de marzo de 2000, caso: "*Allan Brewer Carías*", Sentencia del 31 de mayo de 2001, caso: "*Dora Margarita Pérez*".

situaciones que atenten contra la supremacía e integridad de la Constitución.

3 DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CATEGORÍA DE *ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL*, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

La Sala Constitucional, tal como se ha señalado, no ha definido a plenitud la noción de *orden público constitucional*, sin embargo, ha venido configurando ciertos rasgos de esta categoría que permiten delinear su perfil jurídico. Así, ha establecido su naturaleza jurídica garantista al caracterizarla como una función constitucionalmente preordenada a preservar la incolumidad del principio de supremacía constitucional, tal como se señaló en los fallos proferidos en los casos *Allan Brewer Carías* del 28 de marzo de 2000, y, *Asociación Bolivariana de Abogados* del 11 de julio de 2004.

Desde esta perspectiva, la categoría jurídica de *orden público constitucional* cumple una función eminentemente instrumental, es decir, no es un fin en sí misma, sino, un medio para alcanzar un fin, cual es, la preservación de la hegemonía e intangibilidad de la Constitución. La naturaleza garantista de esta categoría viene siendo puesta de relieve por la Sala Constitucional desde su fallo del 9 de marzo de 2.000 (caso: "*José Zamora Quevedo*"), en el que estableció, por vez primera, su carácter prescriptivo (deontológico), al advertir que su función esencial es preservar el *deber ser* constitucional, mediante la declaratoria de inexistencia o nulidad de los actos judiciales que contraríen el *orden público constitucional*.

Este criterio afirmativo de la naturaleza garantista de la categoría de "*orden público constitucional*", fue reafirmado inequívocamente en un fallo posterior en el que la Sala Constitucional, estableció:

...*omissis*... puede este órgano jurisdiccional, de oficio y en resguardo del orden público constitucional que pueda verse quebrantado por una decisión judicial de cualquier tribunal de la República o de cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, dejar sin efectos dichas resoluciones judiciales, con el objeto de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. (Sentencia del 31 de mayo de 2001, caso: "*Dora Margarita Pérez*").

De las referencias jurisprudenciales precedentes se desprende que la categoría de *orden público constitucional*, cumple una función jurídica de garantía cuya finalidad esencial es asegurar la preservación de la supremacía, integridad, y hegemonía de la Constitución. Al efecto, cabe advertir que la garantía del *orden público constitucional*, no se limita a la simple tutela de la supremacía constitucional, sino, a través de ella se procura la realización del Estado Democrático, Social, de Derecho y de Justicia, por lo cual, es, también, una fuente de legitimidad democrática del sistema jurídico-político consagrado en la Constitución. En ese sentido, un sistema constitucional adecuado será aquel que maximice el grado de preservación, a través

del *orden público constitucional*, de la supremacía de los valores fundamentales del orden constitucional democrático.

4 ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y ORDEN PÚBLICO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Bajo el imperio de la Constitución de 1.961, la doctrina jurisprudencial de la extinta Corte Suprema de Justicia y de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana, solía recurrir a la noción de orden público de la Teoría General del Derecho para fundamentar las declaratorias de nulidades de actos jurídicos contrarios a derecho, aún de aquellos inconstitucionales. En ese contexto la definición más usual de la noción de orden público a nivel jurisprudencial era *“aquella que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada”*⁷. En el marco de esta doctrina jurisprudencial, la noción de *orden público constitucional* permaneció completamente ausente hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1.999, que creó la jurisdicción constitucional.

La Sala Constitucional en su primer fallo sobre la materia (caso: *“José Zamora Quevedo”*), dio reconocimiento jurisprudencial, al menos en lo conceptual, a la noción de *orden público constitucional*, como categoría jurídica propia del derecho constitucional. Sin embargo, el gran aporte que supuso la consagración de esta nueva categoría constitucional, se vio inmediatamente eclipsado debido a que la Sala Constitucional ha incurrido en gruesos errores metodológicos que desde entonces le han impedido hacer una distinción precisa de esta categoría con la noción de orden público de la Teoría General del Derecho.

En efecto, en nuestra opinión, la Sala Constitucional incurrió en un prominente error al conceptualizar la noción de *orden público constitucional* a partir de la definición que ofrece el Diccionario Jurídico Venezolano⁸ sobre la noción de orden público de la Teoría General del Derecho. Ello explica que en muchos fallos la Sala Constitucional aluda indistintamente a la noción de *orden público constitucional* y a la noción de la Teoría General del Derecho, como si se tratara de una misma categoría jurídica; asimismo, explica que al declarar la inexistencia o nulidad de procesos o actos judiciales por *“razones de resguardo del orden público constitucional”*, en lugar de fundar su decisión en algún dispositivo constitucional, las fundamente en los artículos 11 y 17 del CPC.

⁷ Sentencia N°. 53 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 2 de marzo de 1995; y también en Sentencia de la Sala Político Administrativa, de fecha 8 de mayo de 1991, caso: *“Ganadería El Cantón”*; y, en Sentencia N°. 626 de la Sala Político Administrativa, de fecha 1 de octubre de 1996.

⁸ “Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos...” (Diccionario Jurídico Venezolano D & F, pág. 57).

En efecto, a partir de la primera sentencia en que se pronunció sobre la categoría del *orden público constitucional*, la Sala Constitucional incurrió en las imprecisiones precitadas:

...omissis... si de oficio el juez cumpliera con la función tuitiva del **orden público**, ya que es la actitud procesal de las partes la que con su proceder denota la lesión al orden público, entendido éste como el “...*Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos...*” (Diccionario Jurídico Venezolano D & F, pág. 57). La ineficacia de esas condiciones fundamentales generaría el caos social.

Los principios inmersos en la Constitución, que la cohesionan, así no aparezcan en su texto, si no se aplican o se violan tienden a desintegrar a la Carta Fundamental, y si ello sucediere la Constitución desaparecería con todo el caos que ello causaría. *...omissis...* El Juez que dentro de un proceso lo conociera, que responde por la integridad y supremacía de la Constitución, de oficio tendría que dejar sin efectos tales determinaciones judiciales, ya que ellas contrarían el **orden público constitucional** y las violaciones del **orden público** se declaran de oficio. *...omissis...*

Sin embargo, por las razones de resguardo del **orden público constitucional** señaladas en este fallo, con fundamento en los artículos 11 y 17 del Código de Procedimiento Civil, declara inexistente el proceso. *...omissis...* (Sentencia del 9 de marzo de 2000, caso: “*José Zamora Quevedo*”). (resaltado nuestro).

Lo propio hizo en su fallo del 4 de julio de 2001, en el que señaló:

La defensa del **orden público constitucional** es un deber de los jueces, cuando en los casos que conozcan se topen con actuaciones violatorias del **orden público**. Es de tal magnitud la tución, que la Sala Constitucional tiene el poder de revisión de las sentencias de amparo, o de aquellas donde en alguna forma se refieren al control constitucional, incluyendo las dictadas por las otras Salas de este Tribunal Supremo.”. (Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 4 de julio de 2001, caso: “*Antonino Carpenzano*”). (resaltado nuestro).

Posteriormente, en otro fallo vuelve a referirse a ambas nociones de manera indistinta, cuando señala:

Como puede leerse, lo que se pide es la nulidad total del estatuto electoral del Poder Público. En decisión de esta Sala de fecha 9 de marzo de 2000, (caso: José Zamora Quevedo), se sostuvo que el juez constitucional persigue que la cobertura constitucional sea efectiva, y que existe un orden público constitucional cuya tutela corresponde a los jueces. Muchos de los principios que recoge la Constitución forman parte de tal orden público, y no es necesario que ellos sean expresamente desarrollados en la Constitución, bastando su enunciación, tal como sucede con conceptos como la justicia, la libertad, la democracia y otros valores. Estos valores forman el

entramado constitucional, y en cierta forma, su razón de ser. ...omissis...

Esa es la columna vertebral del Estado Venezolano, y lo que atente contra ella, como sistema rector, es contrario al orden público, y por tanto, cualquier acción que vulnerase esos principios sería inadmisibles por contrario al orden público, tal como puede ocurrir en cualquier proceso, como el civil, por ejemplo (artículo 341 del Código de Procedimiento Civil). En el caso de autos, los accionantes solicitan se declare la nulidad del Estatuto Electoral del Poder Público. Si tal pedimento fuese declarado con lugar, no se podría elegir la Asamblea Nacional, desapareciendo así uno de los poderes en que se divide el Estado, y dejando sin efecto el sistema democrático". (Sentencia N°. 180 del 28 de marzo de 2.000). (resaltado nuestro).

De los textos pretranscritos se aprecia que ambas categorías son utilizadas indistintamente por la Sala Constitucional, sin advertir, que el reconocimiento jurisprudencial a nivel conceptual de la categoría de *orden público constitucional*, y su caracterización, determinó irreversiblemente la aparición de una categoría jurídica diferente a la de orden público general. En efecto, la noción de orden público de la Teoría General del Derecho se corresponde con la idea de la preservación del orden jurídico y del interés público en general, o como afirmaba la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, se corresponde con *"aquella que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada"*.

La Teoría General del Derecho, a la que pertenece la noción de orden público general, es la rama jurídica encargada de la elaboración y desarrollo de las nociones más fundamentales y abstractas de todo el sistema jurídico, denominadas macro conceptos jurídicos o categorías jurídicas generales. Fundamentales porque su significación sistemática permanece invariable con independencia de la rama del derecho en la que se aplique (derecho civil, penal, laboral, menores, etc.); y abstractas, porque son referibles en cualquier sistema de organización política (comunista, democrático, teocrático, etc.).

Desde esta perspectiva, corresponderían a la categoría jurídica de orden público de la Teoría General del Derecho, los fallos en los que se hacen las siguientes consideraciones sobre orden público:

Es función del intérprete conciliar estos principios y normas contradictorias y de allí, que en aras de la seguridad jurídica que emerge de la cosa juzgada, y que evita la existencia de una litis perenne, y para armonizar tal principio con la protección del orden público, lo legítimo es considerar que en estos casos procede -a pesar de sus limitaciones- un amparo constitucional contra el o los procesos fraudulentos que producen cosa juzgada, el cual puede intentarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que el agraviado haya tenido conocimiento de los hechos. Es cierto que tal

interpretación choca con la protección del orden público, contenido en el numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero con ella, defendiendo los derechos de la víctima, se precave también la seguridad jurídica. (Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 4 de agosto de 2000, caso: "*Hans Gotterried Ebert Dreger*").

En este sentido, resulta conveniente citar la doctrina expuesta en el fallo dictado por esta Sala el 4 de agosto de 2000, caso: *Hans Gotterried Ebert Dreger*, en el cual, aunque hizo referencia a su sentencia del 9 de marzo de 2000, en la que al resolver un amparo la Sala declaró inexistente un proceso con sentencia firme, por considerarlo fraudulento y, por tanto, contrario al **orden público**, por la circunstancia de que en el expediente se evidenciaban actos que demostraban inequívocamente la utilización del proceso con fines diversos a los que constituyen su naturaleza. ...*omissis*...". (Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 16 de mayo de 2002, caso: "*Magaly Cannizzaro (viuda de Capriles)*").

Con relación a la interpretación de la excepción que la propia norma establece (artículo 6, numeral 4 del **Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales**) para aquellos casos de que se trate de violaciones que infrinjan el orden público y las buenas costumbres, ha sido el criterio de esta Sala que no puede considerarse, para los efectos de exceptuarse de la caducidad de la acción de amparo constitucional, a cualquier violación que infrinja el orden público y las buenas costumbres; porque, de ser así, todas las violaciones a los derechos fundamentales, por ser todos los derechos constitucionales de orden público, no estarían sujetas a plazo de caducidad y, definitivamente, esa no pudo ser la intención del legislador.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de esta Sala ha determinado que la excepción de la caducidad de la acción de amparo constitucional está limitada a dos situaciones, y que en esta oportunidad esta Sala considera que deben ocurrir en forma concurrente. Dichas situaciones excepcionales son las siguientes:

1. Cuando la infracción a los derechos constitucionales afecte a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes.

En sentencia dictada por esta Sala el 6 de julio de 2001 (Caso: Ruggiero Decina), se estableció que a los efectos de la excepción de la inadmisibilidad por caducidad de la acción, según lo indicado por el numeral 4 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la misma procede cuando el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes. En tal sentido, esta Sala mediante la sentencia citada dispuso: ...*omissis*... (Sentencia de fecha 10 de agosto de 2001, caso: "*Gerardo Antonio Barrios*").

Por su parte, la noción de *orden público constitucional* no es un concepto fundamental y abstracto en el sentido del orden público de la Teoría General del

Derecho. Se trata de una categoría jurídica que dimana de la idea de la preservación de la incolumidad y hegemonía constitucional, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Su función jurídica no consiste en tutelar el orden jurídico o el interés público en general, sino, únicamente, en garantizar la preservación de la supremacía e integridad de los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución.

En tal sentido, esta categoría jurídica define a una función jurídica constitucional eminentemente instrumental, pues, tal como ya se indicó no es un fin en sí misma, sino, de su naturaleza prescriptiva se deriva que es un medio para alcanzar un único fin, cual es, preservar el *deber ser* constitucional. Estos rasgos caracterizadores permiten afirmar que estamos frente a una categoría jurídica que ha alcanzado su propia autonomía, su propio perfil jurídico, que permiten diferenciarla de la noción de orden público de la Teoría General del Derecho, o, del orden público legal como también se le conoce (*Bidart Campos*)⁹.

Corresponderían a esta noción de *orden público constitucional*, los fallos precitados de fecha 9 de marzo del 2000 (caso: “*José Zamora Quevedo*”); 4 de julio de 2001 (caso: “*Antonino Carpenzano*”); y, 28 de marzo de 2000 (caso: “*Allan Brewer Carías*”); así como, los fallos cuyos extractos siguen:

En otras palabras, el desistimiento propuesto por el accionante en amparo ante la Sala Electoral, no involucra el **orden público constitucional**. Los derechos a la participación, disfrute y realización de actividades deportivas, reconocidos y plasmados en nuestra Carta Magna, específicamente en su artículo 111 supra analizado, son de indudable **orden público constitucional**, y, en tal sentido, de manera insoslayable debe ser protegido por esta Máxima instancia constitucional.

Esta Sala Constitucional considera que debe prevalecer el **orden público constitucional** inherente a la actividad deportiva, lo cual para el presente caso concreto, constituye en el momento histórico actual, un verdadero sentimiento nacional donde se encuentran involucrados, por una parte, la posibilidad de lograr, como un caso inédito en la historia futbolística venezolana, posiciones internacionales relevantes y, por el otro, que el pueblo venezolano disfrute de los logros alcanzados por sus representantes deportivos. Pretender lo contrario, sería desconocer el derecho al ejercicio del deporte y a la recreación, como actividad que beneficia la calidad de vida individual o colectiva, tal como lo establece el propio artículo 111 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. (Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de marzo de 2005, caso: “*Federación Venezolana de Fútbol*”).

Finalmente, cabe advertir que la Sala Constitucional ha invocado en uno de sus fallos, simultáneamente las nociones de *orden público constitucional* y de orden público de la Teoría General del Derecho, ambas de manera equívoca, pretendiendo

⁹ “*La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*”, Germán Bidart Campos, Ediar.

con ellas aludir más exactamente a la noción de orden público, relacionada con la paz social. En efecto, en su célebre sentencia dictada en el caso de la Policía Metropolitana, señaló:

Resolución N°. 569, por razones de **orden público constitucional**.

En efecto, debe ella dirimir un supuesto conflicto constitucional entre autoridades, pero en la resolución de dicho conflicto, e independientemente de lo que resuelva, la Sala constata una violación de carácter constitucional que atenta contra el **orden público**, al existir una indebida designación en un cuerpo, como la Policía Metropolitana, que es garante del **orden público** en el Distrito Metropolitano.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 19 de diciembre de 2002, caso: “*Alcalde Metropolitano de Caracas*”).

5 ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL Y CONSTITUCIONALIDAD

Desde otra perspectiva, debe advertirse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en otros fallos, ha pretendido perfilar una dimensión sustantiva de la noción de *orden público constitucional*, en el sentido, de que ésta constituiría por sí misma una categoría integrada por valores, principios, y otros macro conceptos constitucionales, lo que, en nuestra opinión, entraría en contradicción con su función de garantía del principio de la supremacía constitucional.

En efecto, en su decisión del 28 de marzo de 2000, señaló:

Como puede leerse, lo que se pide es la nulidad total del estatuto electoral del Poder Público. En decisión de esta Sala de fecha 9 de marzo de 2000, (caso: José Zamora Quevedo), se sostuvo que el juez constitucional persigue que la cobertura constitucional sea efectiva, y que existe un orden público constitucional cuya tutela corresponde a los jueces. Muchos de los principios que recoge la Constitución forman parte de tal orden público, y no es necesario que ellos sean expresamente desarrollados en la Constitución, bastando su enunciación, tal como sucede con conceptos como la justicia, la libertad, la democracia y otros valores. Estos valores forman el entramado constitucional, y en cierta forma, su razón de ser. ...omissis... (Sentencia N°. 180 del 28 de marzo de 2.000). (resaltado nuestro).

El criterio plasmado en la sentencia cuyo extracto se transcribe, establece una identidad entre la idea de constitucionalidad y *orden público constitucional*. Sin embargo, cabe advertir que la idea de constitucionalidad está constituida por el entramado constitucional en su conjunto, y, por supuesto, forma parte de él, el principio de la supremacía de los valores, principios y derechos de rango constitucional. Por su

parte, tal como ya se ha indicado, la categoría jurídica de *orden público constitucional* cumple una función jurídica eminentemente instrumental o garantista, cuya finalidad esencial es preservar la supremacía e integridad de la Constitución.

En tal sentido, siendo el *orden público constitucional* una garantía del principio de la supremacía de la Constitución, y en definitiva una garantía de la constitucionalidad, no podría afirmarse con propiedad que *forman parte* de esta categoría jurídica los principios constitucionales a los que alude la sentencia de referencia, pues, por el contrario, ésta es la encargada de garantizar la intangibilidad y hegemonía de tales principios.

6 EFECTOS DE LA SISTEMÁTICA JURISPRUDENCIAL DEL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL

6.1 Actuación de oficio

El reconocimiento jurisprudencial de la noción de *orden público constitucional*, acarrea importantes consecuencias en el ámbito procesal, entre ellas, la posibilidad que se abre para los órganos jurisdiccionales de actuar de oficio. Al efecto, cabe advertir que esta actuación de oficio sólo procede ante groseras infracciones constitucionales que no hayan sido denunciadas por la parte afectada, pues, bueno es precisar que no toda infracción constitucional constituye menoscabo de la garantía del *orden público constitucional*, sino, únicamente aquellas que comportan violación al principio de la supremacía, hegemonía, e indisponibilidad de la Constitución¹⁰.

En efecto, la Sala Constitucional sobre el particular precisó que ante un acto contrario a la Constitución *“El Juez que dentro de un proceso lo conociera, que responde por la integridad y supremacía de la Constitución, de oficio tendría que dejar sin efectos tales determinaciones judiciales, ya que ellas contrarían el orden público constitucional y las violaciones del orden público se declaran de oficio”*¹¹.

6.2 Excepción a caducidad

Otro efecto de la doctrina del *orden público constitucional*, es que frente a una violación grosera del principio de supremacía constitucional, no cabe alegar caducidad alguna, a efectos del ejercicio de los recursos judiciales ordinarios o

¹⁰ *“...omissis... dotar a la constitución suprema de la categoría de orden público constitucional no es igual a sostener que los derechos que ella reconoce son irrenunciables. Que un derecho –por ej., la propiedad- pueda ser renunciado pese a estar formulado en la constitución que es de orden público, no equivale a negar que la constitución es de orden público”.* *Bidart Campos, Germán, ob. cit., pag. 43.*

¹¹ Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 9 de marzo de 2000, caso: *“José Zamora Quevedo”*

extraordinarios que la ley prescribe.

Ciertamente, la Sala Constitucional ha expresado: “*La desaplicación de dicho lapso de caducidad solo será procedente en caso de que el juez en sede constitucional observe, en el caso concreto, violaciones constitucionales de tal magnitud que vulneren los principios que inspiran el ordenamiento jurídico, en cuyo marco se desarrollan las relaciones entre los particulares y el Estado, y en aplicación de verdadera justicia dentro de un orden social de derecho.*”. (Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de agosto de 2001, caso: “Gerardo Antonio Barrios”).

6.3 Cosa juzgada relativa y cosa juzgada aparente

Otro efecto importante que deriva de la garantía del *orden público constitucional*, es el relacionado con los efectos de la cosa juzgada constitucional, entendiendo ésta por el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que la Sala Constitucional pronuncia, en virtud de lo cual, se produce la interdicción para las partes de que el tema resuelto pueda volver a ser planteado en litigio alguno; y la interdicción a todo funcionario y órgano público de aplicar las normas declaradas inconstitucionales o inobservar lo decidido por la Sala con fuerza vinculante.

Sin embargo, en virtud de la garantía del *orden público constitucional* funcionalizada a la preservación de la integridad y hegemonía de la Constitución, excepcionalmente podría plantearse la revisión de la cosa juzgada constitucional cuando ésta es relativa o aparente, ello, con el propósito de hacer prevalecer la supremacía constitucional. Al efecto, debemos entender por cosa juzgada constitucional relativa, aquella que permite la revisión de una materia que ha sido objeto de un fallo constitucional, desde una perspectiva diferente a la tratada en la sentencia. Así, la ha caracterizado la Corte Constitucional colombiana, que señaló:

Al respecto, entonces, no puede hablarse siquiera de una **cosa juzgada relativa** -que consiste en el estudio de una norma a la luz de ciertos argumentos o razones, dejando posibilidad de otros no considerados, pero sobre el supuesto de que, al menos, la normatividad acusada ha sido materia de examen-...*omissis*... (Sentencia C-700/99 de la Corte Constitucional Colombiana, de fecha 16-09-99).

Por otra parte, debemos entender por cosa juzgada constitucional aparente aquella que se produce cuando en un fallo constitucional, no existe pronunciamiento expreso y preciso sobre todas las cuestiones sometidas a consideración del órgano jurisdiccional constitucional, o en los casos en que habiendo habido pronunciamiento la motivación es deficiente, en razón de lo cual, a efectos de preservar la supremacía constitucional la garantía del *orden público constitucional* permite un nuevo

pronunciamiento correctivo de las deficiencias apuntadas, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional colombiana, al señalar:

Estamos, en últimas, ante una **cosa juzgada aparente** como aquella que removiera la Corte en la mencionada Sentencia C-397 del 7 de septiembre de 1995, cuyas razones cabe ahora recordar:

Empero, la cosa juzgada constitucional, plasmada en el artículo 243 de la Constitución Política, no puede cobijar determinaciones de la Corte carentes de toda motivación, menos todavía si ellas recaen sobre normas no demandadas y respecto de las cuales no se ha configurado, por su propia decisión, unidad normativa, puesto que en tales eventos la Corporación carece de competencia para proferir el fallo en aquellos puntos que no fueron objeto de demanda ni de proceso, que en ningún momento fueron debatidos y en los cuales el Procurador General de la Nación no tuvo oportunidad de emitir concepto, ni los ciudadanos de impugnar o defender su constitucionalidad.

Se hace menester en semejantes circunstancias que la propia Corte Constitucional reconozca el error cometido al redactar y transcribir la parte resolutive de su Sentencia y proceda, como se hará en este caso, a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. (Sentencia C-700/99 de la Corte Constitucional Colombiana, de fecha 16-09-99).

7 DE LAS BASES PARA UNA DOCTRINA DEL “ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL” A PARTIR DE SU CONFIGURACION JURISPRUDENCIAL

7.1 Aproximación a un concepto doctrinario de *orden público constitucional*

La doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional, no obstante las contradicciones antes apuntadas, ha hecho una caracterización más o menos adecuada de la noción de *orden público constitucional*, sin llegar a definirla a plenitud. En todo caso, con base a la caracterización apuntada, debemos entender por *orden público constitucional* la función jurídica constitucional de naturaleza instrumental que tiene por única finalidad garantizar la preservación de la supremacía e integridad de la Constitución, de lo que deriva que no es un fin en sí misma, sino, un medio de tipo prescriptivo cuya finalidad es preservar el *deber ser* constitucional.

Desde una perspectiva doctrinal cabe señalar que prácticamente no ha habido referencias a la noción de *orden público constitucional*. Solamente *Bidart Campos* se ha referido a ella, reconociendo su naturaleza autónoma, al afirmar que:

la constitución es de derecho público de orden público, pero hemos de condicionarla a entender que el orden público constitucional no es lo mismo que el orden público que llamaríamos legal, y que está por debajo de él... *omissis*... Lo de orden público, entonces, quiere decir que la constitución es

inviolable, que se debe aplicar de oficio, que ni la autoridad ni la voluntad de los particulares pueden alterarla o dejarla de lado, ni crear sistemas paralelos o sustitutivos, etc. Lo que la constitución dispone no es disponible ni por el poder ni por los individuos, en el sentido de que no pueden dejarla de lado. El orden público constitucional se liga, por este flanco, a la noción de imperatividad, y deja, como última reflexión, la de que la actividad constitucional no es susceptible de convalidación permanente y definitiva.¹²

7.2 La proyección del *orden público constitucional* a toda la función pública

Una de las críticas que puede hacerse a la labor jurisprudencial de la Sala Constitucional en relación a la categoría de *orden público constitucional*, es que ésta ha sido confinada principalmente al ámbito jurisdiccional, en donde la garantía de la supremacía de la Constitución ha sido invocada fundamentalmente para declarar la inexistencia o nulidad de actos judiciales considerados fraudulentos, lo que a nuestro juicio es de dudosa pertinencia.

Debe reprocharse a la Sala Constitucional las limitaciones que ha impuesto al desarrollo de su doctrina jurisprudencial en materia de *orden público constitucional*, por cuanto, la preservación de la supremacía e integridad de la Constitución es un deber que no compete únicamente al juez constitucional, sino, a todos los funcionarios públicos, a tenor de lo establecido en el artículo 7 de la Constitución y en su exposición de motivos¹³.

Ciertamente, cabe observar que la garantía del *orden público constitucional* cumple una función jurídica de naturaleza instrumental, mediante la cual, se procura la preservación de la supremacía e intangibilidad de la Constitución, mediante la declaratoria de nulidad de todo acto contrario a ésta, no solamente de actos jurisdiccionales, sino, también, de actos de gobierno y actos administrativos. En tal perspectiva, los ciudadanos cuentan con la garantía del *orden público constitucional*, conforme a la cual, no sólo el entramado jurídico interno, y la actuación de los órganos del poder público deben estar subordinados a los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución, sino, además, cuentan con la garantía de que los actos jurisdiccionales y administrativos que constituyan groseras violaciones constitucionales son nulos de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 25 del Texto Fundamental.

Las violaciones a la supremacía de los valores, principios y derechos

¹² Ob. Cit.

¹³ "En las disposiciones fundamentales se consagran los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, según las cuales, ella es la norma de mayor jerarquía ...omissis... dichos principios constituyen el fundamento de todos los sistemas constitucionales del mundo y representan la piedra angular de la dedocracia, de la protección de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional. Con base a lo anterior, todos los órganos que ejerce el poder público, sin excepción, están sometidos a los principios y disposiciones consagrados en la Constitución, y por tanto, todos sus actos pueden ser objeto del control jurisdiccional de la constitucionalidad".

constitucionales no pueden ser consentidas por las víctimas ni tuteladas por la administración ni por la jurisdicción constitucional, por hallarse en ellas involucrados valores supremos que mantienen articulado y cohesionado al Estado Constitucional Democrático, ello, autoriza por tanto, en nuestra opinión, a las autoridades competentes, administrativas o judiciales, a declarar de oficio las violaciones groseras del *orden público constitucional* en el caso en que el afectado no haya reaccionado, y aún en contra de su voluntad¹⁴.

7.3 Efectos de la proyección del *orden público constitucional* a toda función pública

La configuración del "*orden público constitucional*" como garantía constitucional produce en la dimensión jurídico-constitucional efectos concretos. En primer lugar, activa la actuación oficiosa de los órganos del Poder Público para restablecer el orden constitucional vulnerado, sin que se tenga que esperar para ello la activación de los mecanismos jurídico-instrumentales por parte de cualquier interesado, en este caso, por estar afectado directamente el *orden público constitucional*, y, por estar su tutela atribuida a todos los órganos del Poder Público.

Asimismo, el *orden público constitucional* supone que ningún acto instrumental puede quedar convalidado por efecto del tiempo, por lo cual, los lapsos de caducidad establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, otras leyes administrativas especiales, y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a efectos del ejercicio de recursos administrativos o judiciales no operan frente a una violación grosera de la Constitución que menoscabe su supremacía o su integridad.

Finalmente, en materia de *orden público constitucional* no procede la invocación de la cosa juzgada judicial o administrativa, si existe una violación grosera del orden constitucional, tal como ya fue expresado.

7.4 Orden público constitucional como máxima garantía de la hegemonía constitucional

¹⁴ Un caso en el cual la autoridad administrativa (en este caso CONATEL) podría intervenir de oficio, en resguardo del "*orden público constitucional*", sería ordenando la salida del aire del programa emitido por Venezolana de Televisión, denominado "*La Hojilla*", en el que de manera sistemática, obscena, e impune se violentan no sólo el derecho al honor y la reputación de los ciudadanos, sino, además, se menoscaba el respecto a la dignidad de la persona consagrada en el artículo 3 del Texto Fundamental. La Sala Constitucional en Sentencia N°. 15 del 15 de julio de 2003, estableció lo siguiente: "*Como el artículo 58 constitucional se refiere a la comunicación de la expresión 'sin censura de acuerdo a los principios de esta Constitución' la Sala interpreta que en materia comunicacional y por aplicación de otros principios constitucionales, la Ley puede impedir la difusión de informaciones que dejen sin contenidos otras normas constitucionales o los principios que rigen la Carta Fundamental. A juicio de la Sala ello puede tener lugar aún antes de que los medios de comunicación lo hagan conocer, ya que, de no ser así, el efecto nocivo, que reconoce la norma constitucional y que trata de impedir, tendría lugar irremisiblemente*".

El fenómeno de la consagración del principio de supremacía de la Constitución, es un producto del constitucionalismo moderno, mediante el cual, en el derecho interno, quedan sometidos a los postulados constitucionales todas las restantes normas y todos los órganos que ejercen el Poder Público.

En los sistemas democráticos el goce e intangibilidad de los derechos fundamentales se asegura, mediante un sistema de tutela constitucional constituido por un conjunto de diversas garantías, consistentes en una serie de actos o procedimientos constitucionalmente preordenados y predispuestos a tal fin. Sin embargo, el aseguramiento de la preservación de la supremacía de la Constitución en su conjunto, es decir, de todos los valores, principios y derechos, corresponde, de acuerdo a cierta doctrina y a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, a una super-garantía denominada *garantía del orden público constitucional*, la cual, tiene por único fin ser un medio o un vehículo para asegurar a las personas la intangibilidad e incolumidad del texto constitucional, enervando o declarando nulos los actos que atenten contra la supremacía constitucional.

La garantía del *orden público constitucional* ostenta un carácter eminentemente prescriptivo que le da sentido, pues, no se limita a un *ser*, sino, a un *deber ser*; o dicho de otro modo, no se limita a la simple preservación de la supremacía constitucional, sino, a través de ella procura la realización del Estado Democrático, Social de Derecho y de Justicia¹⁵, en tal sentido, es, también, una fuente de legitimidad democrática de los sistemas políticos, por lo cual, con propiedad podemos afirmar que se trata de una magna garantía o de la garantía de las garantías.

7.5 Orden público constitucional en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

La vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial 39.522, de fecha 1ª de octubre de 2010), acogió, en los términos perfilados en la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a la novísima noción de *orden público constitucional* como una de sus categorías constitucionales, al atribuir a la Sala Constitucional, en su artículo 25, como una de las materias de su competencia, la siguiente: "...16. *Avocar las causas en las que se presume violación al orden público constitucional, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme*".

¹⁵ El artículo 2 de la Constitución establece que Venezuela se constituye en un Estado Democrático, y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento la preeminencia de los derechos humanos, preeminencia ésta que sólo es posible mediante el sistema de garantías constitucionales.

8 CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha dado reconocimiento conceptual a la categoría del *orden público constitucional*, sin embargo, hasta ahora se ha limitado únicamente a caracterizarla sin llegar a definirla a plenitud; tampoco lo ha hecho la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aún cuando, de acuerdo a los términos en que fue consagrada obviamente está funcionalizada a la preservación de hegemonía e intangibilidad de la supremacía constitucional.

2. La noción de *orden público constitucional* ostenta rasgos específicos, que permiten perfilarla como una categoría jurídica autónoma propia del constitucionalismo moderno, y distinta del orden público legal.

3. La noción de *orden público constitucional* se proyecta sobre la función pública de todos los órganos del Poder Público, contrariamente, a lo sostenido en los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional que la han confinado al ámbito estrictamente jurisdiccional.

4. La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha perfilado de manera errática la categoría de *orden público constitucional*, por cuanto, en ciertos fallos la ha identificado con la noción de orden público legal, y en otros, le ha reconocido una autonomía y una naturaleza propia.

6. Sería deseable que la jurisprudencia de la Sala Constitucional sistematizara de manera más coherente la garantía de *orden público constitucional*, a efectos de que ésta tuviera un impacto más profundo en la preservación de la supremacía y hegemonía constitucional.

REFERENCIAS

ACOSTA SÁNCHEZ, José, *“Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional”*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

ARAGÓN REYES, Manuel, *“Estudios de Derecho Constitucional”*, CEPC, Madrid, 1998.

BIDART CAMPOS, Germán, *“La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional”*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional”*, Civitas, 1994.

RUBIO LLORENTE, Francisco *“La Forma del Poder”*, CEPC, Madrid, 1997.

JURISPRUDENCIA del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

JURISPRUDENCIA de la Corte Constitucional de Colombia.

UMA INTRODUÇÃO AO GARANTISMO PROCESSUAL E AO ATIVISMO JUDICIAL

Fermin CANTEROS¹

O presente trabalho expõe os resultados da análise exaustiva de dois discursos fundamentais e antagônicos do direito processual que foram trabalhados mais profundamente no meu livro: "Estructura básica de los discursos garantista y activista del derecho procesal", publicado pela editora Juris, durante o ano dos mil e doze; estou referindo-me, concretamente, ao garantismo processual e ao ativismo judicial.

A minha intenção é mostrar, brevemente, algumas diferenças essenciais dessas posições doutrinárias quanto ao papel que desempenha o juiz no processo, quanto ao processo em si, quanto às concepções de justiça e quanto aos vínculos com a Constituição.

Para começar, podemos expressar, em primeiro lugar, que o garantismo processual e o ativismo judicial são duas correntes filosóficas antagônicas dentro do Direito Processual e que essa radical oposição de seus discursos alicerça-se fundamentalmente nas diferentes considerações que tanto uma quanto a outra realizam a respeito do processo e do dever ser (deontologia) da função judicial.

O chamado "garantismo processual" é a perspectiva filosófica do Direito Processual que proclama o respeito irrestrito às garantias constitucionais (daí o seu nome), e principalmente a garantia do devido processo legal.

Nesse sentido, então, é necessário ter em mente, em primeiro lugar, o que é uma garantia constitucional do ponto de vista do garantismo processual; e, em segundo lugar, o que podemos entender por processo desde essa perspectiva.

Por sua vez, o chamado "ativismo judicial", também conhecido como "decisionismo" ou "solidarismo" se apresenta como a escola filosófica do Direito Processual que, antes de tratar da absoluta e irrestrita observância das normas constitucionais, pretende "fazer justiça", com "juízes ativos" (daí o nome de ativismo).

Veremos mais na frente que o garantismo não quer juízes ativos, mas simplesmente "juízes", ou, então, se quisermos contrastar melhor a idéia, "juízes

1 Abogado por la Universidad Católica "Nuestra señora de la Asunción", sede regional del Alto Paraná, Paraguay, con diploma de honor "Sobresaliente". Maestrando en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario. Doctorando en Derecho por la misma Universidad. Profesor Adjunto en la cátedra de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica, campus Alto Paraná, Hernandarias, Paraguay. Ex Profesor Adjunto en la cátedra de Derecho Procesal Civil práctico en la misma Universidad. Profesor titular de pos grado en la Especialización en Derecho Procesal Civil en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Campus Guairá. Miembro del Instituto Sudamericano de Dogmática Procesal. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Abogado litigante. Autor del libro "Estructura básica de los discursos garantista y activista del Derecho Procesal", publicado en seis países. Autor de varios artículos doctrinarios publicados en Perú, Colombia, Argentina y Brasil.

passivos". A diferença entre os juízes ativos do ativismo e os juízes do garantismo é crucial para diferenciar corretamente ambas as posições.

Quando o ativismo proclama a atuação dos '*juízes ativos*', o que pretende, na verdade, é que o juiz não deve ser um homem sentado em uma poltrona assistindo ao debate das partes processuais. Não. O Juiz não pode "ficar quieto" enquanto as partes litigam. O juiz deve ser um sujeito ativo, um sujeito que deve pesquisar profundamente o caso submetido à sua decisão. Um indivíduo que deve movimentar-se, que deve ouvir as partes, coletar as provas quando as partes não as fornecem e que deve procurar a verdade para fazer justiça no caso concreto. Ele é um pesquisador e não um espectador.

Para o garantismo isso não deve ser assim. O juiz não deve ter um papel ativo no processo. Os protagonistas do mesmo devem ser as partes, não o juiz. As partes são responsáveis pela iniciação, pelo impulso, pela paralização, pela prosequção e, em alguns casos, até mesmo pela finalização do processo. Delas depende quase tudo. O juiz não deve pesquisar nada. Tudo é fornecido pelas partes, a partir dos seus interesses, já que o processo é, em definitivo, um instrumento a serviço das partes para dirimir um conflito intersubjetivo de interesses. As partes contribuem com os fatos (rejeitando-os ou reconhecendo-os), fornecem o material confirmatório dos fatos rejeitados e alegam sobre o mérito desse material. Nada disso deve ser feito pelo juiz, porque essas atividades realizam-se exclusivamente quando existe algum "interesse" das pessoas pelo resultado do litígio, enquanto que o juiz não deve ter qualquer interesse nesse resultado.

Isto não quer dizer que o juiz não deva ter "interesse". Antes bem, deve tê-lo, mas deve ser não um interesse vinculado ao resultado desse processo, mas apenas relacionado com o correto funcionamento do processo como método de debate. Porque, como dizia COUTURE: *Um juiz sem interesse pelo litígio é algo tão incompatível como um médico sem interesse pelo doente*. Portanto, o juiz deve ter interesse no processo e no seu correto desenvolvimento, mas atenção: nunca no resultado do litígio.

Durante o processo, ou seja, durante a tarefa de "processar", o juiz é e deve ser, para o garantismo, um sujeito passivo, cujas únicas tarefas devem ser vincular requerimentos (ou seja, citar para oferecer contestação - "correr traslado"), resolver incidentes, e evitar e prevenir a conduta processual indevida das partes. Mas de maneira alguma deve adotar, durante a tarefa de processar, um papel ativo. O papel ativo do juiz só começa quando acaba a tarefa de "processar" e segue necessariamente a outra: a atividade de "sentenciar". Aqui sim, o juiz torna-se protagonista, o verdadeiro protagonista da atividade de sentenciar. Deixa de ser um sujeito passivo para encarregar-se do caso e fazer o que deve fazer: resolver o conflito.

Do ponto de vista ativista, o processo parece ser um método de pesquisa. E também parece claro, nesse sentido, que, como pesquisa, seu objetivo é a busca da "verdade", para resolver adequadamente e de acordo com ela, o caso justiciável. Neste contexto, então, o papel do juiz é predominante, desde que ele é "o pesquisador". E um pesquisador, obviamente, não pode ficar quieto, esperando a solução do caso chegar a seu gabinete. Ele deve agir para encontrar a verdade e, com base nela, resolver o conflito. Nada nem ninguém deve obstaculizar a busca da verdade. Até mesmo as partes devem auxiliá-lo a encontrá-la: elas devem colaborar dizendo a verdade e contribuindo com todos os meios de prova de que dispõem.

Veja-se o seguinte: o juiz ativista sabe que, quando alguém demanda, expõe uma pretensão com base em determinados fatos. E sabe também que o demandado pode eventualmente não querer satisfazer essa pretensão, mesmo quando ele próprio saiba que ele realmente a deve e corresponde satisfazê-la. Mas o demandado não quer fazê-lo. Para fazer isso, talvez, permanecerá calado e não contribuirá com nada, ou então tentará objetar tudo o que o ator disser, transferindo-lhe, assim, o ônus de provar os fatos alegados que, mesmo sabendo-os certos, foram rejeitados pelo demandado. E quando o ator não puder provar cabalmente algum desses fatos, talvez o demandado aproveitará para alegar no seu benefício essa circunstância, insistindo na rejeição da demanda, mesmo quando ele, para si, saiba que o ator tinha razão, apesar de não haver podido, por quaisquer motivos, provar certos fatos.

É verdade que isso pode acontecer no âmbito da prática. Ninguém desconhece isso. Todavia, o ativismo judicial não vê isso com bons olhos. Portanto, para evitá-lo, o ativismo considera que os juízes são pesquisadores que devem "procurar a verdade" e resolver segundo ela. "Não pode ser - dizem os ativistas - que esse astucioso faça sua vontade; que aproveite a imperícia ou mesmo a tolice do ator, que não provou adequadamente os fatos alegados, ou que até tire vantagem da inexperiência do jovem letrado da contraparte, que por ingenuidade cometeu erros processuais."

Nesse sentido, o juiz ativista sente que deve agir para equiparar a desigualdade natural que existe entre uma parte e a outra, e fazer, assim, justiça. *A esperteza, os conhecimentos ou a habilidade de alguma das partes nunca podem prevalecer por sobre o desejo de justiça*, eles asseveram. Por isso, o juiz ativista quer que as partes colaborem com o processo e com a busca da verdade, principalmente o demandado, que não poucas vezes resultará ser um esperto sujeito que mentirá ou ocultará coisas com o propósito de não dar ou de não fazer o que, com justiça, a outra parte pretende dele. Aqui é onde o ativismo se ergue furioso e brada: ¡Nem o ator nem o demandado podem impedir chegar à verdade e fazer justiça!

Com base nessa premissa, os juízes ativistas dedicam-se a pesquisar e muitas vezes a coletar provas, e quando conseguem obtê-las e se convencem em virtude delas, outorgam a razão a um dos dois. Muitas vezes ao ator, com quem o demandado não quis colaborar fornecendo provas ou dizendo a verdade.

Bem, julgo que, por enquanto, o dito até aqui é suficiente para termos uma ideia, pelo menos aproximada, da estrutura da filosofia ativista. Vejamos agora como o garantismo entende esse fenômeno. O garantismo processual vê o processo não como um método de pesquisa, mas como um método de debate. Trata-se de um debate pacífico e dialético entre dois antagônicos, que agem em perfeito pé de igualdade jurídica perante um terceiro que deve ser, necessariamente, imparcial, imparcial e independente. Voltarei sobre isso em breve.

De outro lado, mencionei previamente que o garantismo preconiza o respeito pela constituição; nomeadamente, pelos direitos e garantias constitucionais. Tentarei explicar melhor isso agora.

Dentre as garantias processuais, a que mais pontifica o garantismo é a do 'devido processo legal': "Deve-se respeitar o devido processo".

Mas, o que é o "devido processo legal"?

Em termos simples, eu julgo ser o devido processo legal uma garantia constitucional, composta por vários "direitos processuais". Observe-se que a questão é bastante simples de explicar: O "devido processo legal" é o processo que se deve".

Mas, que se deve conforme a quê?

Obviamente, conforme à Constituição.

E acaso a Constituição diz como deve ser um processo?

Sim, ela o faz em um sentido geral, através da enumeração de direitos processuais fundamentais e invioláveis, dentre os que podemos nomear, verbi-grácia, o direito à inviolabilidade da defesa em juízo, o direito a um julgamento por juízes independentes e imparciais, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o direito de presumir-se inocente em qualquer jurisdição, o direito ao juiz natural, o direito à igualdade jurídica de instar, o direito a oferecer, produzir e impugnar provas, o direito à duração razoável do processo, o direito à publicidade do mesmo, o direito de impugnação dos atos jurisdicionais, o direito a uma sentença fundada e congruente, etc. Isso é o devido processo legal: o processo que se deve conforme os preceitos da Constituição.

Conforme vimos, então, o garantismo vê no processo um método de debate, colocado a serviço das partes para resolver um litígio. Não é um método de pesquisa, e o juiz não é, portanto, um pesquisador. Apenas é um meio de que dispõem as partes para conseguir a heterocomposição de um litígio através de um terceiro - o juiz - que deve ser, necessariamente imparcial e independente.

Veremos agora, as concepções de justiça do garantismo e do ativismo.

Antecipei que o ativismo é a perspectiva filosófica do direito processual que, antes de ocupar-se da absoluta e irrestrita observância das normas constitucionais, procura "fazer justiça", com "juízes ativos", mesmo que, para consegui-lo, deva contornar um pouco a Constituição. Vejam que, o que acontece é que, no fundo, há um problema de conceito: *O que é justiça?*

O garantismo e o ativismo têm, dentre outras coisas, olhares diferentes sobre a justiça. É uma diferença que, embora possa parecer sutil e até insignificante, é, a rigor, transcendental.

O ativismo parece dizer: justiça é dar a cada um o que é dele.

O garantismo diz: Justiça é dar a cada um o que por direito lhe corresponde.

Observe-se que, mesmo semelhantes, as afirmações são categoricamente diferentes. A segunda mostra um maior respeito à Lei (dar "o que por "direito" lhe corresponde") e uma menor discricionariedade do magistrado quanto à resolução do caso, além de uma decorrente e óbvia maior seguridade para os justiciáveis, enquanto que a primeira parece dar mais lugar à subjetividade e discricionariedade do magistrado e, portanto, menos seguridade aos justiciáveis em torno da resolução do caso.

O ativismo quer chegar à tão prezada justiça "com lei, sem lei ou mesmo contra a lei". O garantismo, no entanto, quer chegar à justiça com a lei na mão. (entendida a lei em sentido lato). Dessarte, os ativistas parecem dizer: *"O garantismo vê a Constituição como um obstáculo para fazer justiça; nós vemos a Constituição como um estímulo para termos acesso à ela"*.

E o garantismo responde: *"a Constituição é uma barreira para evitar a vazão do poder arbitrário do Estado. Ela permite fazer justiça com certo respeito pelos direitos e garantias fundamentais das pessoas. Não é um obstáculo para fazer justiça. Ela é um limite para a sempre latente e eventualmente despótica tirania do poder estatal"*.

Tanto se diferenciam ambas as perspectivas, substancialmente, em suas concepções quanto à justiça que é talvez, uma diferença tão importante quanto a vinculada ao processo.

O ativismo enaltece até a estratosfera o valor "justiça". Tanto, até, que o coloca sobre a Constituição, o que implica que, chegado o caso, ela pode ser deixada de lado na busca daquele, porque - afirmam - *"a justiça é o valor supremo do ordenamento jurídico"*. O processo, dizem eles, é um método de julgamento no qual deve prevalecer o ânimo de fazer justiça. *Para que vamos, com efeito, a um processo, se não for para obter justiça?* Não há nada de bom em um processo a não ser uma decisão justa. E não há nada de justiça em uma decisão que não finca suas raízes nos fatos acontecidos na realidade da vida; fatos que, claro está, devem ser pesquisados;

por isso o magistrado deve ter facultades para procurar a verdade dos fatos que as partes afirmam. Ou seja, se o Juiz deve fazer uma sentença justa, a atividade processual deve fornecer-lhe, pelo menos, os meios necessários para ditá-la. Por isso, o juiz deve ter poder para pesquisar.

A posição garantista, por sua vez, parte de outra base.

A justiça é um valor relativo e, portanto, opinável e, decorrentemente, discutível. O critério de Justiça, como o de beleza e o de moralidade, não é absoluto, já que se fosse um valor absoluto, então, um determinado fato ou uma determinada circunstância particular seria justa em todo tempo e lugar. Por exemplo, se alguém diz que o direito ao aborto é justo e a justiça é um valor absoluto, ninguém poderia nunca nem em canto algum do planeta discutir que o aborto é justo. Todavia, nem todos consideram que o aborto seja justo. Da mesma maneira, se alguém afirma que a proibição do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo é “justa” e a justiça é um valor absoluto, não pode haver no planeta pessoa alguma a questionar a justiça dessa proibição e, no entanto, nem todos consideram que essa proibição seja justa. Portanto - dizem - a justiça não é um valor absoluto, mas completamente relativo. E se é relativo, como afirmado, é matéria de opinião e discussão. Ergo, não pode ser que a justiça seja - como diz o ativismo - o valor supremo do ordenamento jurídico, porque, a rigor e em definitivo, o justo e o injusto dependem de cada quem. Se a justiça fosse um valor absoluto, ator e demandado jamais poderiam estimar, ao mesmo tempo, que suas respectivas reivindicações sejam justas. Não poderia dar-se o caso de ambas as partes considerarem-se seriamente amparadas pelo direito em suas pretensões.

Portanto, sendo a justiça, como de fato é, um valor relativo, não corresponde, em uma discussão científica, trazê-la à baila. Convém falar, em todo caso, da legalidade da decisão. Por isso, não se pode falar que a finalidade do processo seja a justiça. A finalidade do processo é resolver um conflito. Assim, o dogma do garantismo mantém que o valor *justiça* não pode colocar-se acima da Constituição, como o faz o ativismo, porquanto em nome de um valor tão instável, cambiante e relativo como a justiça, conculcar-se-ia a seguridade nas relações jurídicas; seguridade que, diga-se de passagem, o ordenamento jurídico está chamado a oferecer.

Mesmo parecendo bom isso de que o processo é para fazer justiça - parece dizer o garantismo - a verdade é que essa é uma afirmativa muito vaga e de puro marketing, porque nela não se explica o que se entende por “fazer justiça”. Nós preferimos dizer que o processo é para resolver um conflito intersubjetivo de interesses a favor de quem possa demonstrar estar assistido pela razão que lhe outorgam as normas jurídicas em função dos fatos que alega e prova. E isso é, em nossa concepção, fazer justiça.

Portanto, quem afirmar ter razão, terá que demonstrá-lo, e não esperar a que o juiz o faça por ele. A única razão pela qual o juiz está ali, sentado, disposto a resolver seu conflito, é porque a reta razão, de alguma maneira, faz-nos a todos cientes de que é inteiramente conveniente que o litígio seja resolvido por alguém alheio às partes e sem interesse no resultado final da controvérsia. Assim fica absolutamente impoluta e inquestionável a imparcialidade do terceiro julgador, que, por não estar comprometido com nenhuma das partes nem com suas pretensões, pode garantir com louvável inteireza sua asética neutralidade na hora de decidir. E isso é o que quer também, e não por acaso, a Constituição.

Isso tudo nos leva a concluir, de um lado, que certos fundamentos da dogmática do ativismo processual - nomeadamente aqueles segundo os quais o ativismo quer “procurar a verdade, fazer justiça e equiparar os desiguais” - resultam, desde o plano axiológico, altamente convincentes; e de outro, que seu insaciável desejo de justiça é realmente louvável (salvo quando ele implique não cumprir com a Constituição e as leis). Tão louvável e tão convincente é seu discurso que o ativismo é o mainstream dentro da filosofia judicial. Grande parte dos juizes em atividade em nosso continente - nem todos - sentem-se atraídos por ele, e respondem a essa bandeira. O ativismo é o discurso oficial do repertório jurisprudencial e doutrinal. Os Códigos Processuais Civis do continente, são, em maior ou menor grau, códigos de caráter inquisitivo, que refletem perfeitamente a filosofia ativista.

O discurso ativista apresenta-se como o discurso legitimante da enérgica atuação judicial (tanto de ofício quanto por pedido de parte) e do aumento dos poderes do juiz, por considerar o processo como um método de pesquisa.

O discurso garantista, por seu lado, é o discurso crítico do Direito Processual que, ao conceber o processo como um método de debate pacífico e dialético que acontece entre dois antagonistas e perante um terceiro absolutamente neutral, deslegitima toda atuação judicial que implique a perda da imparcialidade, a imparcialidade ou a independência dele, e denuncia, ao mesmo tempo, a inconstitucionalidade da filosofia ativista. O garantismo é, em definitivo, o discurso vindicativo do absoluto e irrestrito respeito das garantias constitucionais.

E, embora seja, por enquanto, o discurso contestatário da minoria, não é menos verdadeiro que nos últimos anos está adquirindo crescimento exponencial e desmedido de prosélitos, devido, principalmente, à grande coerência lógica de sua construção sistemática, que vem destruindo implacavelmente, uma a uma, as ideias que se acreditavam inamovíveis, até não há muito tempo, no campo do Direito Processual.

Hoje, grande parte das ideias ativistas foram postas em causa pelo garantismo e agonizam nos manuais de Direito Processual. Enquanto o ativismo luta

com dificuldade para manter-se como dogma oficial e resiste as críticas, o garantismo abala suas bases e procura consolidar-se como a nova filosofia processual que vem renovar a vetusta ideologia de tempos pretéritos.

O tempo, sábio como ele é, vai encarregar-se de escrever o final desta controvérsia.

REFERÊNCIAS

CANTEROS, Fermin. **Estructura Básica de los Discursos Garantista y Activista del Derecho Procesal**. Editorial Juris, 2012.

ACESSO À JUSTIÇA, DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: A DEMOCRACIA COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Dirceu Pereira Siqueira¹

RESUMO: No estudo visamos analisar os direitos humanos sob o enfoque da democracia. Para isso mister se faz uma análise pormenorizada quanto aos direitos humanos, compreendidos apenas como direitos humanos, não sendo visualizados sob a ótica da positivação, para que com isso possamos embasar o estudo, sendo que após este estudo poderemos analisar a questão atinente à democracia, sendo que para tal fim, situaremos o tema no contexto já fixado dos direitos humanos, atribuindo-lhe a real importância e essência ao estudo. Com isso, analisando a realidade brasileira acima de tudo, poderemos chegar à conclusão de que a democracia pressupõe os direitos fundamentais, e a estes serve como pilastra essencial.

Palavras-chave: Direitos humanos; estado; democracia.

ABSTRACT: In the study we aim at to analyze the human rights under the approach of the democracy. For this necessity if it makes a detailed analysis how much to the human rights, understood only as right human beings, not being visualized under the optics of the positivação, so that with this let us can base the study, being that after this study we will be able to analyze the question atinente to the democracy, being that for such end, we will point out the subject in the settled context already of the right human, attributing to it real importance and essence to it to the study. With this, analyzing the Brazilian reality above all, we will be able to arrive the conclusion of that the democracy estimates the basic rights, and to these it serves as essential pilaster.

Keywords: Human rights; state; democracy.

1 INTRODUÇÃO

Ao considerarmos a atual conjuntura política do Brasil, em que temos um país sob os auspícios da corrupção e impunidade, se faz necessário considerar o momento histórico da democracia, se realmente esta democracia esta cumprindo seu papel, e ainda se em um Estado democrático tal impunidade dever reinar levando a um afronte despeito a sociedade em geral que nada pode fazer quanto a isso.

Devemos ainda analisar a democracia quanto aos princípios constitucionais, essencialmente quanto à dignidade da pessoa humana, pois devemos acima de tudo em um Estado democrático de direito prezar pela sua total efetividade, sob pena de afrontarmos diretamente a Constituição.

No contexto dos direitos fundamentais vamos analisar seu surgimento, e evolução, visando aferir sua relação com a democracia sendo que para tal trataremos

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru; Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Professor Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito no Centro Universitário de Maringá - PR (UniCesumar).

de forma inicialmente individualizada para ao final condensarmos ambos visando aquilatar o nexa de equivalência e interligação entre ambos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos fundamentais são fruto de grande evolução histórica e social, que levou a sua consagração ao que se apresenta hoje, logo, pensarmos direitos fundamentais, como “simples direitos”, não reflete a realidade, sendo que até os dias atuais, inúmeras foram às mobilizações sociais, e mudanças sofridas, a sociedade sofreu mudanças assim como suas necessidades, e por certo os direitos fundamentais a acompanharam.

Ao longo do tempo, a sociedade deparou-se com a necessidade de proteção de alguns direitos inerentes ao ser humano, compreendendo que sem a proteção destes direitos, jamais haveria uma sociedade, justa, que pudesse perdurar ao longo dos anos, logo, compreendeu-se acima de tudo que, dever-se-ia proteger um bem que deveria estar acima de todos os outros, e ainda mais, que tal bem jurídico protegido, deveria servir de norte a todos os demais direitos constantes do ordenamento jurídico, sendo este bem tão precioso, denominado bem da vida, e vida esta com dignidade, e com isso a dignidade da pessoa humana ganha relevo, por certo fundada nas transformações sociais, e nas exigências de uma sociedade que clamou tal proteção.

Na evolução dos direitos fundamentais, temos que nos remeter aos direitos humanos, devendo ainda considerá-los desde seu surgimento, avaliando suas transformações, para que somente assim, possamos chegar à evolução dos direitos fundamentais, analisando ainda suas transformações até os dias atuais.

Neste contexto, nos remetemos a Antiguidade, mais precisamente a fase do chamado “Direito Natural”², para que possamos iniciar nossa trajetória evolutiva quanto aos direitos fundamentais, percorrendo pelos direitos humanos, sendo que neste momento temos direitos atribuídos aos homens de forma geral, não exigindo a condição de cidadão, para a titularidade destes direitos³.

Superada esta fase, temos outro momento, que se caracteriza pelas ideologias dos “hebreus”, os quais os quais tinham como norte a reverência religiosa, a contemplação do homem como ser supremo, a unicidade do homem, contemplando ainda a ideologia de que ao atingir o homem estar-se-ia atingindo o próprio mundo, e

² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998, p. 11: “Foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais. Antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, formam uma idéia no pensamento dos homens. Se quisermos salientar o seu aspecto jurídico, teremos de dizer que os direitos fundamentais revelam em primeira instância do chamado direito natural, cuja evolução se liga [...]”.

³ Cf. Idem., p. 12: “Assim é costume fazer remontar aos estóicos (continuados por Cícero, em Roma) as origens dos direitos fundamentais, já que nas suas obras se manifestam as idéias de dignidade e de igualdade, referidas aos homens: a todos os homens, para além e independentemente da sua qualidade de cidadãos”.(g.d.)

com isso, com esta postura, aponta para o surgimento da proteção a vida, que outrora seria consagrado como a vida digna do ser humano.⁴

Neste momento também merece destaque os primeiros apontamentos quanto à igualdade entre os homens, o princípio da isonomia, vez que nesta fase entendia-se que o homem havia sido criado a imagem e a semelhança de Deus⁵, logo deveriam ter o mesmo tratamento, face, a aspectos religiosos que norteavam a toda a sociedade neste momento histórico.

Outro momento se dá com o cristianismo, que não trouxe grandes mudanças em relação ao tema, vez que apenas veio a consagrar e firmar os entendimentos que já havia, principalmente aqueles atinentes, à igualdade, vez que pode se compreender neste momento o homem como filho de Deus, sem distinções .

Com isso, destaque merece neste momento o fato, de que foi superada a idéia de que Deus houvera escolhido um entre todos os povos na terra, afinal, passou-se a pregar a ideologia de que todos são filhos de Deus, sem distinções.⁶

Já na Idade Média, com o reconhecimento da distinção entre os nobres e plebeus, acentuou-se a existência das desigualdades, momentos este marcante na história, afinal este foi um marco ao reconhecimento “estatal” das desigualdades. Também neste momento, temos o surgimento das “cartas de franquias”, concedidas pelos reis aos nobres, face ao apoio a supremacia do rei, cartas estas que concediam direitos a nobreza, os chamados direitos estamentais (à nobreza e ao clero), por certo, tais cartas, afrontava, diretamente a democracia, favorecia imensamente as desigualdades, demonstrava de forma clara sua existência.

Destaque merece a Magna Carta, de 1215, carta de João Sem terra, outorgada em 15 de junho de 1215, na Inglaterra, que mesmo tendo um conteúdo extremamente estamental, acenou para o surgimento dos direitos fundamentais, ao limitar os poderes do rei, destacando que tais poderes encontravam limites nos direitos da nobreza e do clero, estabelecendo assim, limitações ao poder até então “ilimitado”

⁴ POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 184. Assim leciona o autor: “O ser humano portanto, é o ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do universo. Nesta linha os hebreus sempre sustentaram que a vida é a coisa mais sagrada que há no mundo, e que o ser humano é o ser supremo sobre a terra. Todo ser humano é único, e quem suprime uma existência é como se destruísse o mundo na sua inteireza”.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45, assim destaca o tema: “De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade”.

⁶ ANDRADE, op. cit., p. 12: “O Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média, depois de S. Tomás e com a poderosa influência escolástica. O homem é, todos os homens são filhos de Deus, iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor ou cultura”. (g.d.)

do monarca; com isso, consagrou pela primeira vez, a fase inicial de surgimento da democracia moderna⁷.

Devemos ressaltar as considerações de Canotilho analisar a Magna Carta:

Mas a Magna Charta, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já aberturas para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor irradiante no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39º, onde se preceituava que "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país". Embora este preceito começasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais - os cidadãos óptimo jure - acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem livre se tornou extensivo a todos os ingleses.⁸

Importante também ressaltar as considerações de Jorge Miranda acerca da Magna Carta:

As duas linhas de força mais próximas – não únicas, nem isoladas – dirigidas à formação e ao triunfo generalizado do conceito moderno de direitos fundamentais são, porém, a tradição inglesa de limitação do poder (da Magna Charta ao Acto of Settlement) e a concepção jusracionalista projectada nas Revoluções americana e francesa.⁹

Pelo que discorremos acerca da Magna Carta, e ainda pelos posicionamentos que discorremos podemos ressaltar que a importância deste instrumento para o desenvolver dos direitos fundamentais, foi imenso, sendo que neste momento houve um marco ao desenvolvimento principalmente da democracia.

No momento histórico que sociedade atravessava, com uma monarquia absolutista dominando a sociedade, limitar o poder do monarca representou um verdadeiro marco em toda a história, um verdadeiro avanço, rumo a um estado democrático.

Portanto, mesmo que naquele momento, o intuito foi prestigiar os dois estamentos (nobreza e burguesia), pode-se afirmar que as conquistas trazidas pela Magna Carta foram, extremamente relevantes, à "todos", sem exceção, sendo

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 78: "Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII. Nada a ver, obviamente, com a democracia grega. Esta se caracteriza, com efeito, pela soberania popular ativa, com o demos exercendo conjuntamente as funções legislativa e judiciária, além da tomada das grandes decisões políticas, como a paz e a guerra. Na democracia moderna, a soberania popular é meramente passiva ou formal, pois o governo é representativo. Em compensação, os poderes governamentais são sempre limitados e as liberdades individuais solenemente afirmadas". (destaquei)

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 382-383.

⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais, Tomo IV, 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 21.

aparentemente óbvio, que de maneira mais peculiar, às classes a que se dirigia frontalmente (nobreza e burguesia).

Merece destaque acentuado ainda, que a Magna Carta de 1215, visou assegurar o direito à vida, por meio de fixação de outros direitos essenciais a ela.¹⁰

Outro marco histórico para a evolução dos direitos humanos, face, a concretização dos direitos fundamentais, registra-se no ano de 1776, com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, datada de 16 de junho de 1776, a qual, fixou naquele momento direitos como: isonomia (trouxe em seu bojo a igualdade entre os homens); vida (tratou de mais prever o direito a vida também em seu bojo); liberdade religiosa; liberdade de imprensa; e ainda como se não bastasse, entre outras coisas trouxe a previsão de tal segurança estendida incondicionalmente a todos, extirpando assim, qualquer diferenciação que pudesse haver relativos a estamentos (nobreza e burguesia).

Destaque merece quanto ao tema Fábio Konder Comparato, que assim leciona acerca do tema:

É importante assinalar que os dois primeiros parágrafos da Declaração de Virgínia expressam com nitidez os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de "direitos inatos" de toda pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política (parágrafo 1), e o princípio de que todo poder emana do povo, sendo os governantes a este subordinados.¹¹

Pois bem, já no ano de 1787, devemos registrar a Constituição dos Estados Unidos da América, do dia 17 de setembro de 1787, a qual de maneira inicial não continha previsão de direitos fundamentais, e que posteriormente por imposição dos Estados que iriam compor aquela federação, passou a prever tais direitos em seu bojo.

Há que se ressaltar que quando da estipulação de direitos fundamentais na Constituição dos Estados Unidos da América, a inserção dos direitos fundamentais em seu bojo ocorreu por previsão dos Estados que iriam se federar, visando acima de tudo, à limitação do poder estatal, em face das liberdades individuais, fixando ainda à separação dos poderes.

Mas foi em 26 de agosto de 1789, que surge a mais importante e famosa declaração de direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual foi marcada pela universalidade dos direitos consagrados, e que "[...] afirma solenemente que qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia

¹⁰ ANDRADE, op. cit., p. 25, o autor denota a importância do instrumento: "[...] o Rei se obrigava a respeitar alguns direitos, como os direitos à vida, à administração da justiça, garantias de processo criminal, etc. -, porque o seu carácter era determinado pela concessão ou reconhecimento de liberdades-privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam".

¹¹ COMPARATO, op. cit., p. 112.

dos direitos fundamentais nem estabelecida à separação dos poderes não tem constituição".¹²

A consagração do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão destacou, realmente a trajetória dos direitos fundamentais, "de modo que não há praticamente constituições que não tenham dedicado espaço aos direitos ou liberdade fundamentais".¹³

Nesta esteira, podemos destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10 de dezembro de 1948, quando aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, neste momento destacou-se a internacionalização dos direitos humanos, fixando-se agora em um contexto internacional os direitos fundamentais, o que naturalmente ensejaria uma maior prevalência destes no contexto do ordenamento jurídico interno.

A partir daí, os direitos fundamentais, passaram a ganhar relevo, tanto na esfera internacional, quanto no ordenamento jurídico interno de cada Estado, passou-se a enxergar os direitos fundamentais sob outra ótica, uma ótica da necessidade, a isonomia passou a estar presente sempre ladeando os direitos fundamentais, sua previsão sempre buscando a limitação do poder estatal, para que pudesse prevalecer a liberdade individual.

Por certo o caminho foi longo, começou-se de forma tímida até atingir o momento atual, o cenário talvez ainda não seja o que almejamos, mas muito há que se fazer, a trilha foi percorrida, o momento é melhor, mas ainda longe de findar-se temos que como demonstrado neste breve contexto histórico, trilhar nosso caminho, principalmente tentando efetivar estes direitos fundamentais.

3 DEMOCRACIA

Tratarmos do tema democracia demanda um prévio e talvez, necessário conhecimento acerca dos direitos fundamentais, ora, afinal, estudarmos democracia significa estudarmos um conceito histórico¹⁴, e por assim ser, torna-se evolutivo, originando-se e adequando-se a um determinado momento, preservando sempre sua essência, de um direito fundamental do homem.

Assim, partindo da premissa, de que a democracia é um direito humano, posteriormente positivado em um texto constitucional, tornando-se fundamental, estaremos afirmando toda sua carga histórica, e principalmente sua essência e necessidade à vida humana, e principalmente ao Estado democrático de direito.

¹² Artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

¹³ ANDRADE, op. cit., p. 27-28.

¹⁴ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 113-115

Bem leciona Paulo Bonavides acerca do tema:

A democracia é aquela 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 titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo.¹⁵

E ainda como se posiciona José Afonso da Silva:

[...] a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando.¹⁶

Ainda neste contexto merece destaque o posicionamento de Canotilho:

É conhecida a formulação de Lincoln quanto à “essência” da democracia: “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Ainda hoje se considera esta formulação como a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático. Designamos aqui a fórmula de Lincoln como um modo de justificação positiva da democracia.¹⁷

Assim, podemos vislumbrar o cunho eminentemente fundamental da democracia e principalmente seu valor histórico, sendo que não podemos em momento algum vislumbrar democracia de maneira isolada e sem um determinado condão, afinal, ela possui um caráter instrumental de prevalência dos direitos fundamentais, sendo que estabelece condição à sociedade de escolher seus representantes, atribuir-lhes responsabilidades, outorgar-lhes mandatos por tempo determinado, podendo ainda, por vontade da maioria, e na prevalência da democracia revogar tal mandato, por meio de procedimentos próprios.¹⁸

A democracia repousa sob o manto da igualdade, pois não há democracia sem igualdade, não há como considerar um Estado democrático que repouso sob desigualdades, afinal a igualdade é traço característico da democracia.

Nosso texto constitucional, assim dispõe que estamos sob um Estado democrático de direito¹⁹, e no decorrer do texto constitucional preserva tal democracia, ao fixar o acesso universal e igualitário de todos os indivíduos nas prestações sociais.²⁰

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÉVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 369.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 287.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das Constituições. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Gérson Marques de; BEDÉ, Fayga Silveira (coord.). Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 86: “No regime democrático, como sabido, soberano é o povo. Mas importa preliminarmente entender, como frisou Rousseau, que soberania não se confunde com o exercício das tarefas de governo. Ela é, antes, um poder permanente e inalienável de controle (ou controlo, como preferem dizer os portugueses) das atividades de governo”.

¹⁹ CF – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos.

²⁰ Entenda-se aí como prestações sociais, os direitos fundamentais à saúde, educação, previdência e assistência social, seguridade e cultura, e outros dispersos no texto constitucional.

Logo podemos analisar que a democracia impõe à soberania popular, sendo que ao povo compete participar politicamente, participando das decisões, seja de maneira direta ou indireta, porém em essência deve participar das decisões.

Portanto podemos considerar sumariamente que a democracia é frutos dos direitos humanos, encontrando-se positivada no texto constitucional, e ainda, estabelece um elo entre governantes e governados, sendo que se apresenta como um manto acerca dos governados atribuindo-lhes direitos inerentes a esta democracia, sendo que é da essência desta democracia o direito fundamental à igualdade.

4 A DEMOCRACIA COMO PRESSUPOSTO DE VALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Como já foi possível demonstrarmos até este momento do estudo, a democracia é verdadeiramente pressuposto dos direitos fundamentais, afinal, é por meio dela que o indivíduo terá assegurado sua liberdade de escolhas, é por meio dela que o indivíduo terá acima de tudo a capacidade de exercer sua plena cidadania.

O objetivo em tratarmos neste estudo, de maneira inicial, os dois institutos (direitos humanos e democracia) de forma individualizada, deu-se pelo fato, de que desta maneira, podemos enxergá-los cada qual em seu contexto, para que agora possamos analisá-los de maneira conjunta, levando a real compreensão de que a democracia é não só um pressuposto dos direitos humanos, mas o “principal” pressuposto dos direitos humanos.

Somente através da democracia é que teremos, assegurados os direitos humanos, somente por meio dela é possível concretizar e efetivar tais direitos, ainda mais os pertinentes à dignidade da pessoa humana. Devemos destacar ainda que a liberdade e a igualdade são direitos pertinentes apenas sob o prisma de uma democracia, ambiente este receptivo a estes direitos, no diapasão de assegurar a concretização dos direitos humanos.

No contexto internacional, devemos destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual salienta de forma clara já em seu preâmbulo a implantação “de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”, fato este que somente poderá ocorrer sob o prisma de um Estado democrático que respeitar devidamente as instituições democráticas até mesmo em face das limitações do poder estatal.

Ao tratarmos de democracia necessário se faz o entendimento de Kelsen, acerca do instituto, sendo que assim, dispôs:

[...] uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível, a longo prazo pelo simples fato de que uma minoria – condenada a não exercer absolutamente influência alguma – acabará por renunciar à participação – apenas formal e, por isso, para ela

sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que por definição não é possível sem a minoria.²¹

Pois bem, assim, devemos considerar que a democracia, respaldada pelos seus princípios da igualdade e liberdade, são essenciais, e pressupostos necessários à validade dos direitos humanos e ainda que estes ensejem sua real concretização.

5 CONCLUSÃO

Este estudo propõe uma análise reflexiva acerca dos direitos humanos e da democracia, sendo que neste contexto propõe uma análise visando condensar ambos para que com isso possamos vislumbrá-los em uma seara de dependência, onde um precede a existência do outro, onde a democracia reflita o pressuposto de validade e de concretização dos direitos humanos.

Ao analisarmos de maneira individualizada tanto direitos humanos como democracia talvez não seja possível vislumbrarmos a importância de um sobre o outro, porém o estudo buscou demonstrar a necessidade de estudar ambos de maneira interligada, para que seja possível aferir melhores conceituações acerca dos institutos.

Os direitos humanos é fruto de uma carga histórica levando ao seu desenvolvimento, evolução, e ainda posteriormente a positivação nos ordenamentos jurídicos, momento no qual reconheceu-se em texto constitucionais a importância destes institutos, e com isso assegurou-lhe maior proteção.

Quanto à democracia denota-se claramente que é o meio mais efetivo de concretização dos direitos humanos, sendo que se torna fundamento existencial aos direitos humanos, sendo que não há como se visualizar a prevalência dos direitos humanos sem que haja uma prevalência da democracia.

Assim, o estudo não almejou em momento algum exaurir a questão, mas buscou-se com o estudo aumentar a reflexão acerca do tema, levando o leitor a analisar fatos que outrora não seriam analisados, para que ao final pudesse extrair suas próprias conclusões.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

²¹ Kelsen, Hans.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Sobre a legitimidade das Constituições. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Gérson Marques de; BEDÉ, Fayga Silveira (coord.). Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. A democracia. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 68.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais, Tomo IV, 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

POZZOLI, Lafayette. Pessoa portadora de deficiência e cidadania. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 369.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Democracia e direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; GOTTEMS, Claudinei J. (Orgs.) Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira. Birigui: Boreal, 2008.

_____; PICCIRILO, Miguel Belinati (Orgs.). Inclusão social e direitos fundamentais. Birigui: Boreal, 2009.

_____; ANSELMO, José Roberto (Orgs.). Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2010.

_____; JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa Leão (Orgs.). Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal, 2011.

_____; ALVES, Fernando de Brito (Orgs.). Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do estado social de direitos. Birigui: Boreal, 2011.

_____; MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Igualdade, minorias e legitimidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Orgs.). Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional. Birigui: Boreal, 2012.

_____ ; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Orgs.). Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional. Birigui: Boreal, 2012.

_____ ; OLIVEIRA, Flávio Luis (Orgs.). Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. Birigui: Boreal, 2012.

_____ ; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs.). Direitos humanos: um olhar sob o viés da inclusão social. Birigui: Boreal, 2012.

_____ ; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs.). Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção. Birigui: Boreal, 2013.

_____ ; A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação. Birigui: Boreal, 2013.

A "SOCIEDADE DE CONSUMO" E O DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR: CORRELAÇÕES

Israel Rutte¹
Gilmara Funes²

RESUMO: O presente artigo tem por escopo tecer comentários acerca do surgimento e desenvolvimento da denominada "sociedade de consumo", e procura fazer uma contraposição entre os benefícios advindos desse modelo social que se intensifica no período pós-industrial, com os percalços que surgem com o consumo em massa. São, também, feitas considerações voltadas para o viés do direito penal do consumidor, ainda pouco explorado, mas de intensas repercussões para a referida "sociedade de consumo". Ainda, abordam-se especificamente dois assuntos: o bem jurídico tutelado pelo direito penal do consumidor e as consequências advindas da prática de infrações contra a ordem econômica. Após, tendo por base teórica os pressupostos e conceitos apresentados nos itens que tratam da "sociedade de consumo" e do direito penal do consumidor, são referidas algumas possíveis repercussões na esfera penal do consumidor, levando-se em conta o recrudescimento da criminalidade econômica.

Palavras-chave: Sociedade. Consumo. Direito Penal. Consumidor.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As transformações sociais mais significativas para a atualidade ocorreram a partir do final do século XVIII e início do XIX, especialmente considerando-se as revoluções ocorridas na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos da América que, posteriormente, serviram como "exemplos" para os demais processos revolucionários que ocorreram em diversos países europeus e dos demais continentes.

Por certo que a transformação social que merece maior atenção - surgida principalmente na Inglaterra no final do século XVIII (2ª fase da Revolução); haja vista que foi essa que impulsionou a denominada "sociedade de consumo" - seja a decorrente da Revolução Industrial, fase que iniciou a passagem da sociedade agrária para a industrial, fazendo que com que a produção, antes limitada e escassa, fosse ampliada. Ressalte-se que o capitalismo adquiriu sua plena expressão por meio da Revolução Industrial e esta, também, deu origem ao ideário ou a visão de mundo denominada "modernidade".

A partir desse período surgiram denominações das mais diversas acerca da sociedade, ou seja, a sociedade passa a ganhar conotações diferentes dependendo da

¹ Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUR/PR - Linha de pesquisa: Sociedades e Direito. Especialista em Direito e Processo Penal pelo Instituto Busato de Ensino (IBE). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Busato de Ensino (IBE). Especialista em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE). Professor das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. Advogado.

² Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes. Coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. Mestre em Direito e em Educação pela UNOESTE e doutoranda pela Universidad Católica Argentina. gilmara@stetnet.com.br

dimensão e do que se quer trabalhar, como, por exemplo, no caso da informação, tem-se a "sociedade da informação"; no que diz respeito ao consumo de produtos e serviços, sobrevém a "sociedade de consumo", isso obviamente dentre outras expressões que podem ser citadas como a sociedade do conhecimento, do espetáculo, de risco, etc.

Dentre essas possíveis dimensões, a que melhor sintetiza a sociedade contemporânea é a expressão "sociedade de consumo", porquanto as pessoas não mais procuram a satisfação de necessidades básicas, necessárias à manutenção de uma vida sadia, digna e com qualidade; procura-se, isso sim, alcançar *status*, ter cada vez mais, comprar cada vez mais, em um consumismo sem freios, nem precedentes, ultrapassando-se o liame do que é essencial para o supérfluo, desnecessário.

Assim, com essa ganância, com o consumo sem medida, a "sociedade de consumo" traz preocupações com pontos essenciais para a existência humana. Dentre elas pode-se citar a famigerada degradação ambiental, decorrente da alta demanda de matéria-prima reclamada pela alta produtividade; do desperdício, em virtude do consumo exagerado e despropositado de produtos e serviços; do recrudescimento das infrações cometidas contra os direitos do consumidor, em razão do aumento de relações de consumo, etc.

A repercussão social que a sociedade de consumo produz e que, de certa forma, não é discutida a contento, diz respeito às consequências penais das infrações advindas do implemento quantitativo das relações de consumo.

Essas repercussões merecem discussão mais aprofundada, pois, como cediço, se é necessária a atuação do direito penal, presume-se que os outros ramos do direito não foram capazes de dar a devida resposta à situação que se quer tutelar. Assim, surge o direito penal do consumidor, matéria ainda tratada de forma diminuta por parte da doutrina nacional, mas que tem suma importância na atual "sociedade de consumo".

2 SOCIEDADE DE CONSUMO

2.1 Breves considerações sobre a evolução da Sociedade de Consumo

Em obra intitulada *La sociedad del riesgo*, originariamente publicada em 1986, o sociólogo da Universidade de Munich, Ulrich Beck, trouxe para o centro da teoria social a temática dos riscos que, destarte, não é nova nas ciências sociais.³

³ Sobre essa temática consultar também: GUIVANT; GIDDENS; DEMAJOROVIC, PÉREZ DEL VALLE, DE GIORGI, entre outros.

Embora com conotação um pouco diferente da denominada "sociedade de consumo", Beck refere-se à "sociedade de risco" partindo de reflexões acerca da passagem da sociedade feudal e agrária para a capitalista e industrial. Era o advento da modernidade, que estabeleceu uma nova forma de produção e distribuição de bens e uma nova forma de relações entre os homens.⁴ Portanto, pode-se dizer que o horizonte da "sociedade de risco" é o da "sociedade industrial".

Apesar da diferença de tratativa quanto ao tema de fundo, as interligações entre a "sociedade de risco/industrial" e a "sociedade de consumo" - que ora se cuida - são evidentes, pois, afinal, a "sociedade de consumo" se intensifica a partir dos desdobramentos e transformações sociais advindos da "sociedade de risco/industrial".

Pode-se dizer que a "sociedade de consumo" cruza-se com a "sociedade de risco", uma vez que a primeira é "organizada para a satisfação das necessidades da oferta e da procura de produtos, e a segunda representa um estágio avançado da sociedade industrial decorrente do processo de modernização e conscientiza-se de seus efeitos catastróficos secundários a longo prazo".⁵

Segundo Barbosa, a "sociedade de consumo"⁶ "é um dos inúmeros rótulos utilizados por intelectuais, acadêmicos, jornalistas e profissionais de marketing para se referir à sociedade contemporânea".⁷ Porém, é preciso ressaltar que a expressão "sociedade de consumo" não é apenas mais um rótulo, pois referida expressão, para além de remeter a uma dimensão específica da sociedade, tem a função de estabelecer e agrupar situações fáticas com repercussões jurídicas, isto é, tem o condão de trazer à baila um dos campos mais emergentes do direito – o direito do consumidor.

⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: ruma a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

⁵ CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. **Sociedade de risco e o futuro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. n. 44. out-dez. 2002., pg. 123-124.

⁶ Segundo a autora, "no Brasil grande parte dos temas e da literatura sobre consumo é ainda pouco conhecida. O que predomina entre nós é uma visão do consumo e da sociedade de consumo influenciada pelos trabalhos da escola da Frankfurt (Adorno e Horkheimer) e pelo trabalho de Herbert Marcuse e Baudrillard. Essa visão é bastante destituída de qualquer perspectiva crítica e fundamentação empírica, na medida em que não existe uma tradição acadêmica brasileira que tenha feito investimentos na análise do consumo e da sociedade de consumo. (...) Ainda assim, é possível identificar no ambiente acadêmico brasileiro quatro versões distintas sobre a sociedade de consumo (...). Na primeira, o consumo aparece como destruindo as diferenças significativas entre as pessoas e sociedades; (...) como um fenômeno intimamente à dominação capitalista (...). Na sua segunda versão o que é enfatizado é a visão do consumo como oposto à sociabilidade. O consumo é apresentado como baseado em uma visão de mundo essencialmente materialista e em desejos irracionais por mercadorias que levam as pessoas a se preocuparem mais com os bens do que os demais seres humanos, afetando e diminuindo a parcela de humanidade em cada um de nós. A terceira versão sobre o consumo privilegia uma suposta oposição entre consumo e autenticidade. (...). A quarta e última versão sobre o significado do consumo e da sociedade de consumo enfatiza a ideia de que o consumo "produz" tipos humanos específicos. O consumo induz as pessoas à imitação, à competição por status como um dos principais modos de relações sociais, ao individualismo (...)". BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. pg. 59

⁷ Ibidem., pg. 7.

Ressalte-se que a expansão alcançada na economia nas últimas décadas, em especial em países ocidentais, tem provocado inúmeras repercussões e transformações em diferentes aspectos da vida social, comercial ou privada.⁸

Sob o prisma comercial, há de se considerar a forte concentração de capitais em empreendimentos industriais, comerciais e de prestação de serviços, fazendo com que se estenda, por países diversos, a influência de grandes empresas que, "alcançando públicos infinitos como consumidores, nos têm sob sua esfera de ação, para a satisfação de necessidades próprias, sejam vitais, pessoais ou sociais".⁹

Sobre os aspectos acima referidos esclarece Bittar que,

comandada por maciça e atraente publicidade, em especial através da mídia eletrônica, a comunicação dessas empresas e de seus produtos, ou de seus serviços, cria, frequentemente, novos hábitos, despertando ou mantendo o interesse da coletividade, que assimila e adere às mensagens, inserindo-se ou conservando-se no elenco de seus clientes; com isso, sucessivos impulsos de compra são gerados, em todas as partes, aumentando-se o contingente consumidor da população terrestre (daí o nome de "sociedade de consumo" que se dá à nossa época, em que a aquisição e a fruição de bens se perfazem por sugestão em relação à ideia de *status* pessoal).¹⁰

Quanto às origens históricas da sociedade de consumo, há muitas controvérsias que, segundo Barbosa, podem ser "divididas em dois tipos: um se preocupa com o *quando* e outro com o *que* mudou".¹¹

No tocante ao *quando*, a polêmica é mais astuta e iniciou-se na década de 1980, quando historiadores começaram a contestar as até então conhecidas leituras e dados históricos acerca do surgimento da Revolução Industrial.¹²

Isso porque, segundo essa revisão dos historiadores, "a Revolução do Consumo e do Comércio precedeu a Revolução Industrial, pois, como a industrialização poderia ter ocorrido em bases capitalistas sem a existência prévia de uma demanda adequada para a produção?"¹³

Com essa releitura, percebe-se que as transformações tecnológicas que estão associadas à Revolução Industrial ocorreram, por certo, tempos depois da explosão do consumo, de forma a fazer frente às novas demandas sociais por produtos e serviços, pois, afinal - reiterando-se o questionamento acima exposto -, para que (e quem) produzir se não há demanda?

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: Código de defesa do consumidor**. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pg. 1.

⁹ Id.

¹⁰ Ibidem., pg. 1-2.

¹¹ BARBOSA, *op. cit.*, pg. 14-15.

¹² Ibidem., pg. 15.

¹³ Id.

Além disso, frise-se que esse movimento revisionista por parte dos historiadores tem por escopo demonstrar o peso e a importância do consumo na constituição da sociedade moderna e contemporânea. Portanto, fica claro que, "ao contrário do que a historiografia tem afirmado e os economistas repetido, a sociedade e a cultura de consumo não são a "gratificação histórica retardada" do longo labor industrial".¹⁴

Por seu turno, no tocante ao *que* mudou, tem-se

um relativo consenso em que consistiram as mudanças que ocorreram. Algumas delas incidiram sobre a cultura material da época, afetando tanto a quantidade como a modalidade dos itens disponíveis. A partir do século XVI registra-se o aparecimento de todo um conjunto de novas mercadorias no cotidiano dos diversos segmentos sociais, fruto da expansão ocidental para o oriente. Esse conjunto de novas mercadorias, constatado pelos próprios observadores da época, dificilmente poderia ser considerado de necessidade, pois incluía itens como alfinetes, botões, brinquedos, rendas, fitas, veludos, (...).¹⁵

Ao que tudo indica, essa transformação deu início ao consumo do supérfluo e, não obstante, quaisquer que tenham sido as razões que levaram à expansão do consumo, "o fato é que no século XIX uma sociedade de consumo estabelecia com tipos de consumidores claramente diferenciados e novas modalidades de comercialização e técnicas de marketing já era uma realidade tanto na Inglaterra, como na França e Estados Unidos".¹⁶

A "sociedade de consumo", portanto, teve seu surgimento - considerando-se a releitura feita por historiadores - pouco antes da Revolução Industrial, e não após como até pouco tempo defendiam economistas e até mesmo alguns outros historiadores.

2.2 Sociedade de consumo contemporânea

Segundo leciona Ianni, "no limiar do século XXI, (...) se intensificaram e generalizaram os processos e estruturas que constituem o capitalismo mundial, como o modo de produção de processo civilizatório".¹⁷ Ademais, "todos, em todo o mundo, são desafiados pelos dilemas e horizontes que se criam com a globalização".¹⁸

À medida em que se desenvolvem forças produtivas, relações de produção etc., acelerando a concentração e a centralização do capital em escala mundial, logo

¹⁴ *Ibidem.*, pg. 18.

¹⁵ *Ibidem.*, pg. 18-19.

¹⁶ *Ibidem.*, pg. 27.

¹⁷ IANNI, Octavio. **A sociologia e o mundo moderno**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. pg. 211.

¹⁸ *Id.*

se forma uma configuração mais abrangente de sociedade.¹⁹ As empresas extrapolam as fronteiras nacionais e movimentam-se pelo globo terrestre. Aos poucos, "as relações, os processos e as estruturas características do globalismo recobram, impregnam, modificam ou recriam os nexos de cunho imperialistas (...). Acontece que a reprodução ampliada do capital adquire novos dinamismos no âmbito do capitalismo global".²⁰

A globalização é fenômeno consumado na sociedade contemporânea. Porém, as suas repercussões sempre estão (e estarão) em discussão, pois constituem fenômeno dinâmico e mutável hodiernamente. Como em todos os acontecimentos de repercussão, há pontos bons e ruins nesse processo global de expansão. Assim, "o ponto central é como fazer um bom uso dos formidáveis benefícios do intercuro econômico e do progresso tecnológico de maneira a atender de forma adequada aos interesses dos destituídos e desfavorecidos".²¹

Para Sen e Kliksberg, as inter-relações globais desencadeadas pela globalização "têm sido, com frequência, muito produtivas no desenvolvimento de vários países"²² e, "rejeitar a globalização da ciência e da tecnologia (...) é uma decisão bastante tola do ponto de vista prático, dada a extensão de quanto o mundo inteiro pode se beneficiar com o processo".²³ Não obstante, conforme verificar-se-á, a globalização não traz somente desenvolvimento, pois que, ao mesmo tempo, contribui para uma maior separação entre países e até mesmo entre pessoas, ao aflorar sentimentos egoísticos.

Tratando especificamente da globalização voltada ao consumo, é inegável o recrudescimento das relações consumeristas tendo em vista a expansão comercial alcançada, o que faz intensificar, como referido alhures, a "sociedade de consumo". Os reflexos ocasionados pelo aumento da produção, pelo desenvolvimento de novas tecnologias, pela criação de novos produtos e, especialmente, pela cultura do consumo incutida na mentalidade das pessoas desde cedo, faz com que a globalização obtenha resultados diretos no tocante ao consumismo.

Ademais, não se pode olvidar da atuação midiática²⁴ por meio da publicidade, pois, segundo Ianni,

¹⁹ *Ibidem.*, pg. 217.

²⁰ *Id.*

²¹ SEN, Amartya. KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. pg. 23.

²² *Ibidem.*, pg. 18.

²³ *Ibidem.*, pg. 19.

²⁴ Nesse sentido é que *a mídia se transformou no intelectual orgânico das classes, grupos ou blocos de poder dominantes no mundo*. Um intelectual orgânico e complexo, múltiplo e contraditório, mas que atua mais ou menos decisivamente sobre os partidos políticos, os sindicatos, os movimentos sociais e as correntes de opinião pública. Enquanto estes continuam a operar principalmente em âmbito local e nacional, a mídia opera e predomina não só em âmbito local e nacional, mas também em escala regional e mundial. Ela forma e conforma movimentos de opinião pública, em diferentes esferas sociais, compreendendo tribos, nações e nacionalidades, ou atravessando culturas e civilizações. IANNI, *op. cit.*, pg. 230.

note-se que a atuação da mídia está sempre acompanhada ou complementada pela *publicidade*. E a publicidade não tem sido apenas de mercadorias, no sentido convencional. Ela envolve a informação e a interpretação de coisas, gentes e idéias, de tal modo que o leitor, ouvinte, espectador, audiência ou público é informado, orientado, induzido, subordinado ou manipulado. Assim nasce o consumismo, crescente e avassalador, sôfrego e compulsivo. Mais que isso, devido ao modo pelo qual a publicidade induz o consumo, faz com que indivíduos, coletividades e multidões, consciente ou inconscientemente, elejam o consumismo como um exercício efetivo de participação, inserção social ou mesmo de cidadania.²⁵

Ainda, segundo Gonçalves, "numa sociedade regida pelo consumo as pessoas são reconhecidas, avaliadas e julgadas por aquilo que possuem, aquilo que vestem, aquilo que calçam, pelo carro e pelo celular que exibem em público".²⁶ Prossegue dizendo que na nossa vida cotidiana,

...às vezes parece que vivemos para consumir. Queremos todo o tempo algo novo, algo que todo mundo tem. Quando temos esse algo, rapidamente já achamos que o que temos está ultrapassado. Queremos mais do que saciar nossas necessidades biológicas: queremos saciar nosso desejo de consumo.²⁷

Sobre esse consumismo, ou ainda, sobre o capitalismo de consumo, explicam Caniato e Nascimento - citando Lipovetsky -, que,

Segundo Lipovetsky (2007), o período compreendido entre as últimas duas décadas do século XIX até a Segunda Guerra Mundial foi marcado por um aumento vertiginoso da produção industrial. O avanço tecnológico permitiu que as indústrias produzissem em abundância e de uma forma muito mais veloz. É quando os mercados locais cedem lugar aos grandes mercados nacionais, graças ao desenvolvimento do transporte e do comércio. A produção de massa, característica dessa fase, permitirá que se instale o consumo de massa. No capitalismo de consumo, o lucro passa a dar-se mais pelo volume de vendas do que pelo preço unitário dos produtos, o qual tem agora uma margem de ganho menor. Essa primeira fase de seu desenvolvimento, segundo Lipovetsky (2007), cumpriu as primeiras condições para dar-se semelhante dinâmica, pois "inventou o marketing de massa, bem como o consumidor moderno" (p. 29). (...)

A segunda fase do capitalismo de consumo inicia-se, segundo Lipovetsky (2007), por volta de 1950 e desenvolve-se principalmente durante as três décadas seguintes. Trata-se de um período de grande desenvolvimento econômico, coincidente com a "sociedade de abundância" (p.32) e o consumo de massa propriamente dito. O sistema de crédito é difundido e há uma revolução comercial caracterizada pela super competitividade dos preços. O modelo "taylor-fordista" é

²⁵ Ibidem., pg. 231.

²⁶ GONÇALVES, Pólita. **A cultura do supérfluo: lixo e desperdício na sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011. pg. 7.

²⁷ Id.

apontado pelo autor como o grande responsável tanto pela otimização da produção - diminuição do tempo e custo da mesma ao mesmo tempo em que aumentava seu volume - quanto pelo incremento da produtividade dos trabalhadores industriais e progressão dos salários. Com a ampliação do poder de compra dessa classe social, passou a ser acessível à massa "uma demanda mais psicologizada e individualizada, um modo de vida (bens duráveis, lazeres, férias, modas) antigamente associado às elites sociais" (LIPOVETSKY, 2007, p.33).

A fase III do capitalismo de consumo - iniciada a partir das últimas décadas do século XX - inaugura o "consumo emocional" (LIPOVETSKY, 2007, p.45), marcado pela hiper-individualização da demanda e destinado a propiciar, sobretudo, "experiências afetivas, imaginárias e sensórias" (p.45) com a proliferação desenfreada de produtos cuja obsolescência é programada já em sua fabricação. (...). A função do consumo atinge um nível mais profundo: o que está principalmente em questão para o consumidor agora é a tentativa de encontrar a si próprio, o que acabará equiparando-o ao nível da mercadoria.²⁸

Interessante também colacionar a visão sobre a "sociedade de consumo" que nos apresenta Bauman, senão vejamos.

Quando falamos de uma sociedade de consumo, temos em mente algo mais que a observação trivial de que todos os membros dessa sociedade consomem; todos os seres humanos, ou melhor, todas as criaturas vivas "consomem" desde tempos imemoriais. O que temos em mente é que a nossa é uma "sociedade de consumo" no sentido, similarmente profundo e fundamental, de que a sociedade dos nossos predecessores, a sociedade moderna nas suas camadas fundadoras, na sua fase industrial, era uma "sociedade de produtores". Aquela velha sociedade moderna engajava seus membros primordialmente como produtores e soldados; a maneira como moldava seus membros, a "norma" que colocava diante de seus olhos e os instava a observar, era ditada pelo dever de desempenhar esses dois papéis. A norma que aquela sociedade colocava para seus membros era a capacidade e a vontade de desempenhá-los. Mas no seu atual estágio final moderno (Giddens), segundo estágio moderno (Beck), supramoderno (Balandier) ou pós-moderno, a sociedade moderna tem pouca necessidade de mão-de-obra industrial em massa e de exércitos recrutados; em vez disso, precisa engajar seus membros pela condição de consumidores. A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel.

Naturalmente, a diferença entre viver na nossa sociedade ou na sociedade que imediatamente a antecedeu não é tão radical quanto abandonar um papel e assumir outro. Em nenhum dos seus dois estágios a sociedade moderna pôde passar sem que seus membros produzissem coisas para consumir — e, é claro, membros das duas sociedades consomem. A diferença entre

²⁸ CANIATO, Angela Maria Pires. NASCIMENTO, Merly Luane Vargas. **A subjetividade na sociedade de consumo: do sofrimento narcísico em tempos de excesso e privação.** Arquivos Brasileiros de Psicologia. vol. 62, no. 2. Rio de Janeiro, 2010.

os dois estágios da modernidade é "apenas" de ênfase e prioridades — mas essa mudança de ênfase faz uma enorme diferença em praticamente todos os aspectos da sociedade, da cultura e da vida individual.

As diferenças são tão profundas e multiformes que justificam plenamente falar da nossa sociedade como sendo de um tipo distinto e separado — uma sociedade de consumo. O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui. Se os nossos ancestrais filósofos, poetas e pregadores morais refletiram se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar, o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome.²⁹

Com base no exposto até o momento, pode-se compreender que a "sociedade de consumo" contemporânea advém do pós-segunda guerra mundial, pois é nesse período que se tem início o consumo em massa, mais tarde ramificando-se em diferentes aspectos ou fases, como há pouco exposto.

Porém, o ápice da referida sociedade ocorre com a dissipação da *World Wide Web*³⁰ que, de fato, torna o acesso ao consumo inúmeras vezes mais fácil. Assim, pode-se dizer que o marco da "sociedade de consumo" contemporânea é, portanto, o surgimento e dissipação da *internet*.

Contudo, como brevemente referido adrede, os avanços tecnológicos, a expansão das economias e a explosão do consumo trazem, além de situações benéficas, alguns percalços.

Aduz Capra que,

com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em meados da década de 1990, a globalização econômica, caracterizada pelo "livre comércio", foi exaltada pelos grandes empresários e políticos como uma nova ordem que viria beneficiar todas as nações, gerando uma expansão econômica mundial cujos frutos acabariam chegando a todas as pessoas, até às mais pobres. Entretanto, um número cada vez mais de ambientalistas e ativistas de movimentos sociais logo percebeu que as novas regras econômicas estabelecidas pela OMC eram manifestamente insustentáveis e estavam gerando um sem-número de consequências tétricas, todas elas ligadas entre si - desintegração social, o fim da democracia, uma deterioração mais rápida e extensa do meio ambiente, o surgimento e a disseminação de novas doenças e uma pobreza e alienação cada vez maiores.³¹

Não é difícil perceber que "nossos padrões de produção e de consumo estão cada vez mais insustentáveis, a julgar pelo nosso contínuo uso excessivo dos recursos

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. pg. 77-78.

³⁰ Em uma tradução livre significa rede de alcance mundial.

³¹ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2005. pg. 141.

naturais, nossa crescente geração de lixo, bem como pelas dificuldades de administrar tanta poluição e tantos impactos ambientais".³² Ademais,

"as questões recentes sobre o aquecimento global e as mudanças climáticas indicam também que as condições de vida das futuras gerações não estão asseguradas hoje. Muito pelo contrário: nosso descendentes estarão condenados, se não mudarmos rapidamente nossas práticas atuais de produção e consumo".³³

Para modificar essa situação, a doutrina nos apresenta a seguinte solução:

"A Importância dos 3 Rs: reduzir, reutilizar e reciclar", da seguinte forma:

Reduzir: a redução do consumo evita o desperdício de materiais energia e água e resulta numa diminuição da geração de lixo e da produção de resíduos. Vários outros Rs são atrelados e este, como repensar a compra, recusar embalagens desnecessárias, refletir sobre o seu estilo de vida e o seu padrão de consumo etc.

Reutilizar: a reutilização dos bens de consumo significa aumentar a vida útil dos objetos, conferindo durabilidade, reparabilidade, nova vida e nova personalidade ou uso a embalagens, roupas, alimentos, folhas de papel para rascunho e outros.

Reciclar: a reciclagem consista em devolver o material usado ao ciclo da produção industrial, evitando todo o percurso das matérias-primas retiradas diretamente da natureza, com enormes vantagens econômicas e ambientais.³⁴

Com atitudes simples como estas e, principalmente, com boa vontade de alterar a dura realidade que depara-se hodiernamente, pode-se, deveras, alterar o futuro e o rumo das coisas. Afinal, "as escolhas individuais fazem diferença, porque é necessário que os indivíduos, nas suas escolhas pessoais, se reconheçam fazendo parte de um todo. Parte de um planeta finito. E busquem coerência nas suas ações e no seu modo de consumo".³⁵

Por fim, considerando-se a coletividade, é forçoso reconhecer que o consumo exacerbado ocasionado pela "sociedade de consumo" não é salutar. O consumismo existe de modo individual e egoístico, em desprezo à coletividade e aos seus anseios porquanto há evidente descaso com suas consequências diretas, como a poluição, a degradação ambiental, a não destinação ideal pós-consumo dos objetos, etc. Em que pese isso, em se tratando do todo (coletividade), não há como sustentar o consumo exagerado, pelos motivos e consequências até aqui expostos.

³² GONÇALVES, *op. cit.*, pg. 9.

³³ *Id.*

³⁴ *Ibidem.*, pg. 43-44.

³⁵ *Ibidem.*, pg. 65.

Cabe à sociedade, de uma forma ou de outra, atuar no sentido de reverter o que de negativo ocorre (ou pode ocorrer) em razão dos exageros produzidos pelo consumo.

Para tanto, o direito do consumidor existe e prevê diversas formas de responsabilização na tentativa de conter tais exageros. Dentre essas formas está o direito penal do consumidor, o qual tem como escopo coibir tais abusos por meio da esfera penal, reprimindo condutas lesivas, exageradas, abusivas. Tal será o aspecto que se tratará no item seguinte.

3 DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR

3.1 O bem jurídico tutelado

Como referência histórica, saliente-se que, para muitos autores,

a primeira vez que se ouviu falar na defesa dos consumidores foi na mensagem dirigida ao Congresso Norte-Americano pelo então presidente John F. Kennedy, em 1962, já, portanto, no período pós-moderno, na qual o festejado líder enunciou e enumerou dos direitos dos consumidores, dando início a reflexões sobre o tema da necessidade de sua defesa, considerando-os como frágeis e hipossuficientes frente aos fornecedores de produtos e serviços.³⁶

Segundo Efing, a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor "assegurou a efetiva proteção dos direitos e interesses do consumidor amparando-o contra as ações abusivas dos fornecedores que, tendo-lhe causado qualquer espécie de dano, obrigam-se a repará-lo, seja o âmbito administrativo, civil ou penal".³⁷ E continua o autor aduzindo que "a tutela penal é mera integrante de um amplo conjunto de vias de apuração da responsabilidade do fornecedor e de repressão contra os abusos por ele praticados em face do consumidor".³⁸

Pois bem. Como se sabe, incumbe ao direito penal a tipificação de condutas, isto é, a definição de condutas que - em tese - afetam bens jurídicos³⁹ considerados relevantes à sociedade. Ressalte-se que a finalidade do direito penal é, segundo a

³⁶ AFONSO, Luiz Fernando. **Uma reflexão hermenêutica da defesa do consumidor. A interpretação das relações de consumo como instituto da pós-modernidade e da sociedade de risco.** Revista de Direito Privado. Ano 12. 47. Julho-Setembro, 2011.

³⁷ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011. pg. 307.

³⁸ Id.

³⁹ "Bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais". TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. pg. 17.

doutrina penal majoritária, a proteção dos bens jurídicos mais importantes, os quais garantem a própria sobrevivência e bem-estar da coletividade.

Para que ocorra a criminalização de condutas, isso é, para que essas condutas sejam definidas em lei como crimes (tipificação de condutas puníveis), há uma técnica legislativa de elaboração do tipo penal ("conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal"⁴⁰), a seguir delineada.

Numa primeira fase, o legislador penal seleciona o bem jurídico a ser tutelado, e isto ocorre a partir tanto de critérios subjetivos de escolha, quanto de regras de experiência que indiquem a necessidade de proteção do bem escolhido.

Após, o legislador cria uma norma para a proteção do bem selecionado, isto é, cria a conduta negativa ou positiva que irá proteger o bem jurídico.

Por fim, para a criação do tipo penal em si, basta inverter-se o comando contido na norma. Exemplificando: imagine-se que o legislador escolha o bem jurídico vida para proteger. O próximo passo é criar uma norma que proteja a vida, o que pode ser verificado pela expressão "não matar". Invertendo-se o comando contido na referida norma, o tipo penal terá em seu preceito primário⁴¹ a expressão "matar alguém" (atual expressão contida no *caput* artigo 121 do Código Penal).

O direito penal, portanto, "seleciona certos bens jurídicos e lhes confere proteção jurídica diferenciada, considerando, muitas vezes, a insuficiência das sanções conferidas pelos demais ramos do direito".⁴²

Histórica e tradicionalmente, pensa-se em bens jurídicos que protejam interesses individuais, isto é, em bens jurídicos que "protejam objetos fisicamente individualizáveis e lesionáveis".⁴³ Porém, para a categoria dos delitos econômicos, "normalmente não resta possível essa "individualização", na medida em que os bens jurídicos são "institucionais" ou difusos, referindo-se a um conjunto de condições sociais gerais, cujo atendimento é indispensável para a convivência pacífica e próspera em sociedade".⁴⁴

Conforme previsão legal dos artigos 61, do Código de Defesa do Consumidor, e 7, *caput*, da Lei 8.137/90 (lei que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), o bem jurídico tutelado pelo direito penal do consumidor são as relações de consumo.

Pode-se entender por relações de consumo a "relação jurídica estabelecida entre consumidor(es) e fornecedor(es) tendo por objeto produto e/ou prestação de

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pg. 304.

⁴¹ Preceito primário: refere-se à conduta criminosa contida, como regra, no *caput* do artigo; preceito secundário: refere-se à sanção penal prevista para o delito, isto é, a pena cominada.

⁴² BENJAMIN, Antonio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pg. 346.

⁴³ FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. pg. 127

⁴⁴ Id.

serviço, segundo as conceituações do CDC".⁴⁵ Essa relação "é marcada pela dinamicidade, pois, em determinado caso, a mesma pessoa conceituada como consumidora pode figurar noutra relação jurídica, concomitante, como fornecedora".⁴⁶

E, nesse passo, evidente que o Código de Defesa do Consumidor tem por finalidade precípua regular as relações de consumo.⁴⁷ Ocorre que tal conceito - o de relações de consumo - não se resume à noção de "bem jurídico" relativamente ao âmbito penal. Ele vai além, ou seja, é importante em todo o contexto de aplicação das normas consumeristas, pois é capaz de diferenciá-las das relações jurídicas regidas pelo Direito Civil, pelo Direito Penal, do Direito do Trabalho, e assim por diante.

Para dar sustentação ao bem jurídico que se quer tutelar por meio do direito penal, o bem jurídico "deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais".⁴⁸ Não obstante, a noção de bem jurídico implica, ainda, "a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano".⁴⁹

Destarte, estipuladas as premissas para a proteção de bens jurídicos pelo direito penal, não há muito esforço para se concluir que o direito do consumidor, consubstanciado por relações de consumo, é abarcado por dispositivo constitucional (art. 5, XXXII, e art. 170, V, ambos da CR/88), bem como possui valores relevantes para o desenvolvimento do ser humano individual e coletivamente. Outrossim, ressalte-se que a conceituação de bem jurídico "implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico, o que já na realidade social se mostra como um valor. Essa circunstancia é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época".⁵⁰

Assim sendo, o bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal do consumidor é muito mais abrangente do que um bem jurídico por si só: ele repercutirá na relação de consumo estabelecida entre as partes, e se estenderá em benefício de toda a coletividade, porquanto mostrará ao ofensor os efeitos que sua ação danosa lhe causará (na forma de sanção penal).

3.2 Algumas consequências dos delitos econômicos

Delimitado o bem jurídico protegido pelo direito penal do consumidor, passa-se agora à análise de algumas consequências advindas da prática de infrações contra

⁴⁵ EFING, *op. cit.*, pg. 55.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pg. 62.

⁴⁹ *Ibidem.*, pg. 87.

⁵⁰ *Ibidem.*, pg. 99.

a ordem econômica, em especial contra as relações de consumo, pois é "inegável o caráter econômico do Direito do Consumidor".⁵¹

Explica Fischer que,

à luz de uma ordem constitucional com feições democráticas e sociais, exponenciada pelo Princípio da Solidariedade, estando em voga delitos econômicos, fundamental é superar-se a análise do Direito Penal sedimentado em visão puramente iluminista, de cunho meramente individual. (...). Não que se deva afastar os critérios vigentes até hoje em relação aos delitos que atinjam interesses individuais, mas é essencial que, *de forma paralela e concatenada*, se estabeleçam *novos paradigmas* - que devem conviver harmoniosamente com aqueles - para que, de modo substancial, se garanta a efetividade penal em relação aos crimes que atentem contra os interesses difusos, inter-relacionados de forma umbilical com os chamados direitos fundamentais de terceira geração.⁵²

A atuação por meio do direito penal na esfera consumerista ocorre em razão do disposto no Título II do Código de Defesa do Consumidor, denominado "Das Infrações Penais", artigos 61 a 74, bem como pela Lei 8.137/90, já referida, dentre outros previstos na legislação extravagante e até mesmo no Código Penal.

Em se tratando de consequências advindas das infrações contra a ordem econômica, preconiza Fischer que, de fato, "os dados estatísticos sobre os efeitos da delinquência econômica realmente são surpreendentes, chegando-se a ponto de se poder concluir que os danos materiais que produzem são muitos maiores do que aqueles ocorrentes na (assim denominada) *tradicional delinquência*".⁵³

No tocante à delinquência nas relações de consumo, o mesmo efeito pode ser constatado na medida em que o Código de Defesa do Consumidor tutela interesses difusos, que vão além de tipos penais relativos a interesses individuais, ou seja, suas normas são de ordem pública e afetam a toda a coletividade, tendo caráter transindividual, a exemplo dos artigos 64, 67 e 68, bem como os delitos previstos no artigo 7º, incisos II, III, IV, VII, VIII e IX, da Lei 8.137/90.

A questão que se coloca é de como mensurar as consequências sociais das infrações contra as relações de consumo. Num primeiro momento, parece ser - e de fato é - questão de difícil resposta, porquanto as condutas infracionais praticadas contra os consumidores não somente os afetam, mas também repercutem na sociedade e na esfera econômica de todo o país, em razão do bem jurídico difuso⁵⁴ que é tutelado pelo direito penal do consumidor.

⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pg. 148.

⁵² FISCHER, *op. cit.*, pg. 120-121.

⁵³ *Ibidem.*, pg. 135.

⁵⁴ Assim entendidos, na definição da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor brasileiro), os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Ainda, os efeitos danosos não param tão somente nesse tocante, mas agravam-se na medida em que produzem efeitos em cascata, ou seja, a conduta desleal de um agente criminoso (fornecedor) pressiona os demais agentes a praticarem idênticas condutas, tudo no intuito de não saírem "perdendo" para os outros. Tome-se como exemplo as condutas descritas nos artigos 66 e 67⁵⁵, do Código de Defesa do Consumidor, bem como as previstas no artigo 7º, incisos II, III, IV, "a", VII e IX⁵⁶, da Lei 8.137/90.

Há ainda pelo menos mais um fator que merece análise, ligado diretamente aos efeitos da delinquência econômica: a periculosidade do criminoso, e isso porque, segundo Fischer,

efetivamente, o delinquente econômico que pratica a ação de forma dolosa e organizada para atingir suas finalidades espúrias, guindado por seu comportamento tipicamente racional, além de influente e poderoso - como regra -, deve ser tomado como um dos criminosos mais frios, pois, impulsionado pelo anseio de maiores lucros, age sabendo que os riscos de sua conduta delituosa têm sido menores do que o efeito de suas ações. É preciso se compreender, nesta seara, que a prática reiterada e permanente de delitos econômicos representa uma ameaça permanente à ordem pública. Tais condutas representam uma "periculosidade silenciosa, maligna, amorfa e sub-reptícia alarmante que merece [especialmente] por parte do Poder Judiciário uma enérgica e corajosa tomada de atitude para coibir, quando chamado a atuar dentro do devido processo legal, a prática desses delitos causadores da falência da Nação".⁵⁷

Ressalte-se, porém, que, no tocante a alguns crimes econômicos (em especial crimes contra as relações de consumo), há doutrina que diverge do até agora estabelecido. Veja-se as lições de Prado quanto aos delitos previstos nos artigos 71, 72 e 74 do Código de Defesa do Consumidor:

⁵⁵ Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços; Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

⁵⁶ Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: (...)

II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;

IV - fraudar preços por meio de:

a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; (...)

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; (...)

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

⁵⁷ FISCHER, *op. cit.*, pg. 141.

Para logo, fica assentado em matéria penal o caráter altamente criminalizador da Lei 8.078/90, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (v.g., arts. 71, 72 e 74, da Lei 8.078/90).⁵⁸

Apenas a título de complemento, leciona Nucci, quanto às diferenças entre as infrações penais previstas no Código de Defesa do Consumidor e as previstas na Lei 8.137/90, que,

esta última, no art. 7º, prevê condutas mais graves, tanto que a pena aplicável é maior (detenção, de dois a cinco anos, ou multa), não sendo considerados tais crimes como sendo de menor potencial ofensivo. Por outro lado, os tipos penais da Lei 8.137/90 acabam tutelando, de forma mais abrangente, o contexto das relações de consumo, envolvendo outras pessoas, como o intermediário, e não somente o consumidor final.⁵⁹

Vigora, destarte, o princípio da especialidade da norma em relação ao caso concreto que se pretenda tutelar, sendo o Código de Defesa do Consumidor, como cediço, o dispositivo legal especial e a Lei 8.137/90, subsidiária.

4 CORRELAÇÕES

Apontadas algumas características da "sociedade de consumo", bem como delimitado o bem jurídico e vistas algumas consequências que os delitos econômicos podem produzir, torna-se importante considerar, a partir de agora, a identificação da influência que os aspectos da "sociedade de consumo" exerce sobre o direito penal, ou vice-versa, isto é, como a atuação do direito penal afeta as modificações sociais ocasionadas pela "sociedade de consumo".

Considerando-se todas as consequências que a já delimitada "sociedade de consumo" é capaz de produzir, faz-se necessário analisar as repercussões de tais consequências frente ao direito penal do consumidor. Ainda, não se pode olvidar das consequências aos consumidores geradas pelo processo global de expansão da economia.

Uma primeira repercussão que pode ser analisada diz respeito ao aparecimento de novos bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito em geral, denominados coletivos ou difusos, que referem-se a interesses da coletividade,

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pg. 90.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pg. 138.

porquanto o interesse protegido pela norma penal é transindividual, abandonando-se a ideia vetusta do tradicional direito penal iluminista, que, *prima facie*, apontava para a proteção de bens jurídicos de cunho individual.

Sobre as causas da provável existência de novos bens jurídicos penais leciona Silva Sánchez:

Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam - ou não com a mesma incidência -, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas (...). Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como "bens escassos", aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas.⁶⁰

A segunda repercussão considera a necessidade (ou não) de expansão da tutela penal, consequência direta do aparecimento de novos bens jurídicos a serem protegidos.

Sobre os bens jurídicos difusos ou coletivos a doutrina já se ocupou pormenorizadamente, com grande parte dela manifestando-se pela necessidade da tutela penal. Porém, isto não significa que se possa afirmar, de momento, "a existência de um consenso total sobre quais devem ser protegidos penalmente e em que medida".⁶¹ Isso em razão de o mais salutar, em matéria penal, ser considerar que "existe, seguramente, um espaço de "expansão razoável" do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da "expansão desarrazoada".".⁶²

Em outras palavras, a atuação penal pode expandir-se desde que não "afogue" sobremaneira direitos e garantias fundamentais sob o pretexto de proteção de bens jurídicos, até porque, diga-se, o direito penal atua quando o bem jurídico já foi lesado – é uma tutela *a posteriori*, que deve ser utilizada somente em situações excepcionais, quando uma das partes da relação jurídica não atender seus deveres e lesionar bem jurídico de outrem. Portanto, tal proteção de bens jurídicos proclamada como função primordial do direito penal, somente possui guarida na esfera do *dever ser*.

A terceira repercussão - consequência direta da segunda - diz respeito à ofensa a postulados caros do direito penal, dentre eles o postulado da *ultima ratio*.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pg. 33-34.

⁶¹ *Ibidem.*, pg. 34.

⁶² *Id.*

Como cediço, uma das bases mais sólidas da dogmática penal - e defendida, ainda atualmente, pela grande maioria da doutrina -, refere-se à aplicação do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*. Tal princípio preconiza que "só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta".⁶³

Ou seja, a aplicação do direito penal deve ser a última opção, a última forma de se proteger o consumidor. O pressuposto é que haverá a observância das determinações legais. A lesão não é um pressuposto – é uma coerção a uma conduta indevida, inesperada, que não deveria ser praticada (mas foi).

A quarta consequência diz respeito ao recrudescimento da criminalidade em razão das novas relações consumeristas que a globalização traz, tendo em vista que

o progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada *ciberdelinquência*), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução.⁶⁴

A quinta consequência refere-se ao descrédito de outras instâncias de proteção.

De duas, uma: ou as opções (de ramos do direito) para a proteção de bens jurídicos são insuficientes ou estão desprestigiadas. Com a globalização e considerando os contornos da "sociedade de consumo", a opção legislativa em criminalizar condutas que poderiam, em tese, ser resolvidas em outras esferas do direito não parece ser descabida, uma vez que, na esfera do Direito Administrativo, por exemplo, acredita-se que "a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos do setor".⁶⁵ Ademais, "desconfia-se - com maior ou menor razão, de acordo com as situações - das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies".⁶⁶

No que respeita ao Direito Civil, não parece que o ressarcimento (sanção imposta, como regra, por este ramo) possa combater as práticas infracionais dos fornecedores, tendo em vista que o fornecedor, ao saber que pode ter de ressarcir o

⁶³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2003. pg. 39.

⁶⁴ SILVA SANCHEZ, *op. cit.*, pg. 36.

⁶⁵ *Ibidem.*, pg. 79.

⁶⁶ *Id.*

consumidor em virtude de alguma prática que considere interessante, pode, de uma forma ou de outra, "repassar" esse custo, o que, destarte, não seria satisfatório à proteção dos direitos do consumidor. Ainda, a reparação pecuniária não necessariamente expressa "a reprovação que é necessário manifestar diante de determinados fatos".⁶⁷

Por fim, cite-se como repercussão da globalização e da "sociedade de consumo", no direito penal do consumidor, a mudança da política criminal diante da delinquência de massa.

O que se pode esperar é que,

de fato, o Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um Direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual se flexibilizarão as regras as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais, substantivas e processuais. (...). Essa hipótese se baseia em algumas constatações básicas. Por um lado, a globalização dirige ao Direito Penal demandas fundamentalmente *práticas*, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade. (...). Em segundo lugar, a delinquência da globalização é *econômica*, em sentido amplo (ou, em todo caso, lucrativa, ainda que se ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico. (...). Em terceiro lugar, a exigência de responder à globalização e sua delinquência se concebe, em geral, em termos *punitivistas*, isto é, de evitação de hipotéticas lacunas, assim como de reequipamento jurídico-penal diante de modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança, não somente aos indivíduos, mas também - e de modo muito especial - aos próprios Estados.⁶⁸

Enfim, o risco que se assume com as repercussões no direito penal ocasionadas pela "sociedade de consumo" e pela globalização é, de certa forma, evidente: há o recrudescimento da legislação e a repressão penais. Porém, como tais constatações são fatos, o melhor a fazer é criar e repensar mecanismos para fazer frente à nova criminalidade, advinda da "sociedade de consumo" e da globalização, sob pena de manter-se a sensação geral de impunidade que há muito assola a sociedade brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após breve incursão por assuntos recorrentes na academia, como a "sociedade de risco", a "sociedade de consumo", a globalização e o direito penal do consumidor, o que permanece é a necessidade de aprofundamento de temas tão caros

⁶⁷ *Ibidem.*, pg. 77.

⁶⁸ *Ibidem.*, pg. 101.

ao direito que, como ciência social, precisa estar atento às transformações sociais e mundiais.

As interligações entre a "sociedade de risco", a "sociedade de consumo" e a globalização são evidentes, e as conseqüências advindas desses modelos não podem ser desconsideradas pelo Direito, especialmente pelo direito penal ao qual, ultimamente, tem-se recorrido para proteger bens jurídicos difusos, no intuito de dar-se à sociedade uma resposta mais efetiva em relação às práticas infracionais cometidas contra a ordem econômica e, em especial, contra as relações de consumo.

O efetivo surgimento da "sociedade de consumo" é tema controverso por parte dos historiadores que se dedicam à matéria. Não obstante, entende-se que a mesma teve seu surgimento pouco antes (ou em paralelo) à Revolução Industrial, como visto. Porém, ao falar-se da "sociedade de consumo" contemporânea, pode-se dizer que seu desenvolvimento deu-se a partir do pós-segunda guerra mundial e atingiu seu ápice com a expansão global das economias, ou seja, com a globalização e seus meios de atravessar fronteiras como, por exemplo, a *internet*.

A globalização, fenômeno contemporâneo constatado, produz inúmeras conseqüências em todos os meios. No Direito, as conseqüências parecem ser ainda maiores porque, para além de ter de regular todas as situações surgidas, precisa, em virtude da dinâmica que a globalização impõe, atualizar-se constantemente para atingir o seu escopo final, qual seja, a pacificação social.

O direito penal do consumidor é matéria que ainda necessita de aperfeiçoamento - por assim dizer -, sendo certo que as condutas tipificadas como crimes contra as relações de consumo são deveras lesivas à coletividade, conforme explanado alhures, embora quanto a algumas delas, haja doutrina discordante.

Não se contraria o fato de que as infrações praticadas contra relações de consumo merecem proteção pelo Direito. O que se pode discutir é a necessidade ou não de algumas condutas serem sancionadas pela esfera penal ao invés de outros ramos do direito, isso porque, embora pertinente a proteção penal na esfera consumerista, não se pode esperar que o direito penal tudo resolva. Aliás, aduz Radbruch que não se tem que fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim que fazer algo melhor do que o Direito Penal.⁶⁹

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luiz Fernando. **Uma reflexão hermenêutica da defesa do consumidor. A interpretação das relações de consumo como instituto da pós-modernidade e da sociedade de risco.** Revista de Direito Privado. Ano 12. 47. Julho-Setembro, 2011.

⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. pg. 119.

- BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: Código de defesa do consumidor**. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2005.
- CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. **Sociedade de risco e o futuro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. n. 44. out-dez. 2002.
- EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- GONÇALVES, Pólita. **A cultura do supérfluo: lixo e desperdício na sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.
- IANNI, Octavio. **A sociologia e o mundo moderno**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- SEN, Amartya. KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEORIAS DOS FINS DA PENA: UM ENFOQUE SOBRE A INCONVENIÊNCIA DAS PENAS FUNDAMENTADAS EXCLUSIVAMENTE NOS FINS DE PREVENÇÃO GERAL E/OU ESPECIAL

Cláudio Ribeiro Lopes¹

Eduardo Berti Ribeiro²

RESUMO: As penas têm sido utilizadas para punir quem transgrediu a ordem jurídica, ou seja, contra quem cometeu um injusto culpável há mais de um século. A finalidade da sanção penal pode ser vista sob vários aspectos. Por esse motivo, surgiram ao longo do tempo várias teorias que tentaram explicar, da melhor maneira possível, como fundamentar a pena de um modo que se consiga reduzir ou eliminar os efeitos da criminalidade. Esses ideais persistem e continuam em constante mutação até os dias atuais. Apesar dos esforços, ainda existem inconvenientes que estão a exigir soluções para a superação do dilema da reprovação e a reinserção do condenado na vida em sociedade.

Palavras-chave: Pena; Fins; Teorias; Prevenção; Inconvenientes.

ABSTRACT: The feathers are used to punish who has transgressed the juridical norm, in other words, it's against who commits one criminal fact. The purpose of the penal sanction is viewed under several aspects. For this reason, it was appear over the time, many theories that tried to explain the best manner, as substantiate the feather of one manner that gets to reduce or eliminate the criminal effects. These ideas persist and continue in constant evolution nowadays. Despite of the efforts in favor, still drawbacks that need of a solution to adequation of punishment and the reintegration of convict at social life.

KEYWORDS: Feather. Purposes. Theories. Prevention. Drawbacks.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade o homem busca uma determinada evolução como espécie. Em consequência disso a sociedade também vem buscando experimentar certa evolução, já que o ser humano está em contato constante com o seu semelhante. Essa interação entre os indivíduos nem sempre é harmoniosa, pois, nela o ser racional costuma mostrar uma faceta que não é tão apreciável: a agressividade. Por conta desse caráter agressivo em sentido amplo, pondera-se que o crime pode estar inserido na sociedade e que lhe é, de certa forma, imanente.

Pelo fato de a criminalidade, então, estar acompanhando a sociedade no tempo, não é estranho dizer que o Direito Penal desenvolve-se junto a ela, numa visão

¹ Mestre em Direito: Tutela de Direitos Supraindividuais pela UEM. Professor Assistente da UFMS, Direito, Campus de Três Lagoas/MS.

² Graduando em Direito do 7º período diurno da UFMS, Câmpus de Três Lagoas/MS. PIBIC Voluntário 2011/2012.

durkheiminiana. Isso porque é necessário um regimento que imponha limites a esses fenômenos sociais.

Se se parte da premissa de que o Direito Penal tem como função a proteção residual de bens jurídicos, incumbindo ao Estado a dialética entre a tutela da sociedade e do próprio delinquente, então, são necessárias sanções a quem transgrida as suas normas. Essas sanções existem e à principal delas dá-se o nome de pena.

A origem da pena muito provavelmente coincide com o surgimento do Direito Penal. Isso ocorre “em virtude da constante necessidade de existência de sanções penais em todas as épocas e todas as culturas” (NERY, 2005).

Atualmente, o detentor do direito de punir é o Estado, mas, nem sempre foi assim. A História demonstra que a pena já foi realizada sob as mais diversas formas de execução. Ela nunca foi aplicada de maneira uniforme em todos os lugares do Mundo. Existem diferentes tipos de sanções nos diversos ordenamentos jurídico-penais existentes. Mas, uma coisa é certa: o *ius puniendi* tem tendido a sofrer limitações, a maioria delas fundada em alguns princípios. Em um estudo mais aprofundado, assim como a historicidade e a evolução das penas, as principais discussões sobre sua fundamentação e suas finalidades também devem ser levadas em conta, principalmente, no que tange ao confronto entre as teorias que se propuseram a isso.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS E SEUS FINS

As penas atualmente previstas, de maneira diversa nos inúmeros países do Mundo e fundamentadas em alguma ideia de política criminal, passaram por várias transformações, mudanças e idealizações com o decorrer do tempo. O estudo da evolução da sanção penal tende a se confundir com o desenvolvimento intelectual da humanidade, na medida em que quanto mais o ser humano se aproximara de um ideal racionalista, mais humanitária foi ficando a repressão contra os crimes praticados.

Num primeiro momento (tempos primitivos; sociedade primitiva), os “grupos sociais [...] eram envoltos em ambiente mágico e religiosos. Fenômenos naturais como a peste, a seca, e erupções vulcânicas eram considerados castigos divinos, pela prática de fatos que exigiam reparação” (DUARTE, 2010). As punições tinham cunho religioso, reparando-se o mal cometido para aplacar a ira divina (TASSE, 2003, 23).

Ainda, no período primitivo, “quando algum indivíduo transgredia as regras locais, aquele que foi lesado tinha o direito de puni-lo, não sendo esta punição necessariamente proporcional ao dano sofrido. Era a chamada vingança privada” (CRUZ; ARAÚJO NETO, 2010). Daí há que se falar em vingança de sangue e perda da paz. A vingança de sangue consistia em um dever sagrado que recaía sobre o membro de uma família, clã ou tribo, de matar um membro de outra tribo por ter

ofendido um dos integrantes da sua organização (MARCÃO; MARCON, 2010). Já, a perda da paz consistia em alijar a pessoa do delinquente de sua condição de membro da comunidade, passando a ser considerado como se coisa fosse, abandonado, completamente, à própria sorte (TASSE, 2003, 26).

Na vingança privada, vários abusos foram cometidos por parte dos ofendidos. Por esse motivo, como um grande avanço para a época, surge o Talião, “[...] regra que limitava a reação à ofensa recebida, devendo a punição ser proporcional ao mal recebido, ou seja, se alguém tivesse seu pai assassinado, poderia matar o pai do criminoso. É a famosa máxima do olho por olho, dente por dente” (CRUZ; ARAÚJO NETO, 2010).

Em um momento posterior, “surge a composição, através do qual o ofensor comprava sua liberdade, com dinheiro, gado, armas, etc.” (DUARTE, 1999, 4). Ou seja, o dano gerado era compensado financeiramente.

Na Idade Média viu-se o predomínio de penas corporais (tortura, morte e vários sofrimentos físicos, impostos por meio de processos inquisitórios). A Igreja Católica Apostólica Romana teve grande influência nesse período, conhecido como do direito penal do terror.

“Nesse período histórico, as práticas da tortura se alastraram pelo mundo todo com o objetivo duplice – ou obtenção de confissão dos acusados, ou aplicação de penalidades. [...] Durante a etapa conhecida como Inquisição, o Tribunal do Santo Ofício julgava, de forma violentíssima, aqueles que eram considerados hereges, sendo-lhes aplicadas severas punições, em geral a morte, porém, não sem antes toda uma série de torturas, a causar-lhes um sofrimento físico elevadíssimo.” (TASSE, 2003, 28-29)

A pena de morte voltou a ser aplicada em larga escala, porém, de maneira muito mais cruel do que as aplicadas no passado.

Entretanto, no final do Século XVIII, surge o movimento conhecido como Iluminismo. O ideal iluminista propagava acima de tudo a razão e foi de suma importância para a humanização das penas. É o chamado período humanitário, onde “os povos estavam saturados de tanto barbarismo sob pretexto de aplicação da lei. Por isso, o período humanitário surge como reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter atroz das penas” (DUARTE, 1999, 2). Esse movimento preconiza o emprego de penas mais benignas e se preocupa com o resguardo dos direitos do homem.

“Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram grandes defensores dessa transformação, afirmando que a pena deveria ser proporcional ao crime, levando em consideração as circunstâncias individuais de cada crime, além de se mostrar

eficaz para todas as outras pessoas.” (CRUZ; ARAÚJO NETO, 2010, 3).

Importante figura nesse período, Cesare Beccaria, com sua obra *Dei Delitti e Delle Pene*, publicada em 1764, se insurge contra essa tradição jurídica (tortura, pena de morte, prisões desumanas, banimentos) invocando a razão e o sentimento. Faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, o confisco, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplícios; estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos. Reclama, ainda, a proporcionalidade das penas aos delitos. Assevera Maércio Falcão Duarte que segundo Beccaria, “deveria ser vedado ao magistrado aplicar penas não previstas em lei. A lei seria obra exclusiva do legislador ordinário, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social” (DUARTE, 1999, 6). Ainda a respeito, o posicionamento de Ramon Aranha da Cruz e Félix Araújo Neto

“Foi Beccaria, entretanto, que veio a chamar a atenção de todos para ideia reformadora de uma pena. Para ele, “é melhor prevenir o crime do que castigar” [...]. Além disso, [...] sugeria que a ideia de prevenção evocada pela lei deveria ser obtida pela certeza de punição e por sua eficácia, não pelo terror evocado por ela.” (CRUZ; ARAÚJO NETO, 2010, 3)

Conclui-se que sua obra significa um grande passo na evolução do regime punitivo e na defesa do indivíduo. Paralelamente e inserida ao período humanista, encontra-se a Escola Clássica. Como referência à suas ideias, os pensadores desse movimento tem a obra *Del Delitti e Delle Pene* de Beccaria. Três autores podem ser considerados iniciadores dessa escola: Gian Domenico Romagnosi, Jeremy Bentham e Paul Johann Anselm von Feuerbach.

“Romagnosi concebe o Direito Penal como um direito natural, imutável e anterior às convenções humanas, que deve ser exercido mediante a punição dos delitos passados para impedir o perigo dos crimes futuros.

Jeremias Bentham considerava que a pena se justificava por sua utilidade: impedir que o réu cometa novos crimes, emendá-lo, intimidá-lo, protegendo, assim a coletividade.

Anselmo Von Feuerbach opina que o fim do Estado é a convivência dos homens conforme as leis jurídicas. A pena, segundo ele, coagiria física e psicologicamente para punir e evitar o crime.” (DUARTE, 1999, 7)

Cabe ressaltar, também, as teorias correccionalistas, onde a pena se baseia na correção do indivíduo. Renato Marcão e Bruno Marcon afirmam que “o fundamento desta doutrina se expressa dizendo que a sociedade tem direito de castigar o culpável para emendá-lo” (MARCÃO; MARCON, 2002, 5). Roeder e Mazolleni são alguns

pensadores ligados a essa ideia. Por outro lado, Carmignani pensava em uma pena como prevenção pela intimidação (algo perigoso, pois põe nas mãos da autoridade um arbítrio terrível e usa o castigo de um indivíduo como meio para atemorizar outros). Mas, o maior vulto da Escola Clássica foi Francesco Carrara. Ele conseguiu apresentar uma noção sistêmica da produção científica dessa escola, posto que existiam várias opiniões e posições divergentes por parte dos seus seguidores. O mencionado autor defende a concepção do delito como um ente jurídico e considera que “a pena é um conteúdo necessário do direito. É o mal que a autoridade pública inflige a um culpado por causa de seu delito. [...] A finalidade da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade” (MARCÃO; MARCON, 2002, 6).

Após o período humanitário (século XIX), com influência da filosofia positivista e dos estudos bio-sociológicos, surge a Escola Positiva. Pode-se dividi-la em três fases: antropológica, sociológica e jurídica. Cesar Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo são os maiores expoentes dessas fases, respectivamente.

“Foi César Lombroso, autor do livro *L'uomo Delinquente*, quem apontou os novos rumos do Direito Penal após o período humanitário, através do estudo do delinquente e a explicação causal do delito. O ponto nuclear de Lombroso é a consideração do delito como fenômeno biológico e o uso do método experimental para estudá-lo. [...] Lombroso afirmava a existência de um criminoso nato, caracterizado por determinados estigmas somato-psíquicos e cujo destino indeclinável era delinquir, sempre que determinadas condições ambientais se apresentassem.” (DUARTE, 1999, 9)

Além disso, a punição passa a ser interpretada como necessário reflexo jurídico ao cometimento do crime, embora diferentemente de tempos anteriores.

Em Ferri, “o crime é fruto do convívio social, sendo responsáveis os homens, justamente por viverem em sociedade (responsabilidade social) e sendo o apenamento inexorável, uma vez que este constitui um instrumento de defesa social” (TASSE, 2003, 46). A pena deve, então, readaptar plenamente o condenado ao convívio em sociedade.

Para Garofalo, o criminoso apresenta algum distúrbio psicológico que o leva a delinquir, o qual chamou anomalia moral. Ele também fixou a ideia de temibilidade, vista hoje, como periculosidade – grau de perigo, perversidade, presente no criminoso. Portanto,

“[...] a pena em Garofalo tem elevado conteúdo repressivo, ponto que conduz o autor em questão à defesa da pena capital, pois sustenta que, se não houvesse eficácia corretiva do agente criminoso, na imposição da sanção penal, ante sua elevada temibilidade, deveria o mesmo ser eliminado.” (TASSE, 2003, 47)

Depreende-se, então, do pensamento dessa tríade de autores, que a pena além de um fim retributivo tem também uma finalidade de proteção social, realizada através dos meios de correção, intimidação e eliminação.

Após a Segunda Guerra Mundial, surge a novíssima defesa social – uma conjugação de aspirações humanistas e democráticas em se tratando de matéria penal. Significativo nesse período o pensamento de Filippo Gramatica e Marc Ancel. Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior explicam:

“[...] é um movimento que pressupõe a reforma das instituições jurídico-penais e da própria estrutura social. Para esses pensadores, o Direito Penal não é a melhor forma de combater o crime. Nega-se a punição-retribuição, dando ênfase ao pensamento preventivo. É, em linhas gerais, o fim da ideologia do tratamento, garantindo-se ao agente do delito o direito de ser diferente.” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 143)

Essa última corrente dá ênfase ao caráter preventivo da pena e protetor da dignidade da pessoa humana. Por fim, cabe ressaltar que anteriormente ao direito penal do terror, era praticada a vingança privada. Após esse período, a pena passou a ser imposta em nome de uma autoridade pública, representando os interesses da sociedade. Assim, a pena se estende até os dias atuais, sendo discutida e analisada por diversos estudiosos, que buscam os melhores sentidos e finalidades para esse instituto (tendências contemporâneas - citadas na conclusão desse artigo).

3 TEORIAS DOS FINS DA PENA

A pena corresponde a uma das espécies de reação do ordenamento jurídico aplicável contra quem praticou uma infração penal, ou, como no dizer de Luiz Regis Prado, “consequências jurídico-penais do delito” (PRADO, 2008, 488). Yvana Savedra de Andrade Barreiros aduz que a pena “consiste num recurso usado pelo Estado para coibir condutas lesivas, tornando possível a convivência em sociedade” (BARREIROS, 2008, 1). Ainda a respeito, a pena “caracteriza-se como instituição, pois se encontra inserida em um conjunto coerente de normas que regulam e punem os fatos sociais definidos como delituosos pelo mesmo conjunto de normas” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002, 128).

Desde os tempos remotos, várias teorias vêm tentando justificar a finalidade a ser buscada com a aplicação da sanção penal. Apesar dos esforços de grandes pensadores, não foi possível ainda se chegar a um entendimento único. Portanto, as teorias dos fins da pena surgiram historicamente para fundamentar a legitimação ou justificação da intervenção penal (MIRANDA RODRIGUES, 1995, 152-153). Déa Carla Pereira Nery conceitua-as como:

“[...] São opiniões científicas sobre a pena, principal forma de reação do delito. [...]Constituem teorias oficiais de reação à criminalidade: de um lado, as teorias absolutas, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação; e de outro lado, as teorias relativas, que se analisam em dois grupos de doutrinas (as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual). E por fim, as teorias mistas ou unificadoras.” (NERY, 2005, 2)

Basicamente, são três os grupos teóricos: teorias absolutas (retributivismo), teorias relativas (prevencionismo) e teorias ecléticas. Essas ideias são fundamentais para entender o que se busca ao punir um indivíduo com uma pena, qualquer que seja essa. Além disso, são importantes na análise dos reflexos que essa punição traz para a pessoa e para a sociedade.

3.1 TEORIAS RETRIBUTIVISTAS

As concepções absolutas tem origem no Idealismo Alemão e deita suas raízes num período onde o Estado era absolutista. “Nessas teorias preconiza-se a ideia de justiça e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso” (TASSE, 2003, 66). Afirmam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior:

“A teoria absoluta atribui à pena um caráter retributivo, ou seja, a sanção penal restaura a ordem atingida pelo delito. Essa reprimenda, pretendida pelos adeptos da teoria absoluta, ocorre com a imposição de um mal, isto é, uma restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma. Com efeito, a teoria absoluta encontra na retribuição justa não só a justificativa para a pena (legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo.” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 130)

Se fosse preciso uma palavra-chave para resumi-la, então, a palavra seria retribuição (a pena como compensação do mal causado pelo crime). Existem dois pensamentos diferentes nessa concepção: um idealizado por Kant e o outro por Hegel, ou, mais detalhadamente, a retribuição moral e a retribuição jurídica, respectivamente.

“Segundo Kant, [...] a pena é um imperativo categórico exigido pela razão e pela justiça, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica ao mal do crime como forma de compensação pelo mal praticado e reparação moral” (TASSE, 2003, 66). Esse imperativo categórico significa algo que deve ser imposto sem exceção, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade como elemento efetivador da justiça. Ainda nesse sentido, Kant afirmava que a pena “era entendida como um fim em si mesma, visando tão somente a recompensar o mal com o mal”

(BARREIROS, 2008, 2). Na retribuição moral, a pena deve ser também para o autor do delito uma espécie de “expição”, vista como um tipo de castigo ou penitência que o condenado deve cumprir para se redimir do ato injusto que praticou.

Já, Hegel, autor da retribuição jurídica, afirma que a pena é a negação do crime que corresponde à negação do Direito. Nesse sentido, “a pena é a negação do delito e, de conseguinte, afirmação do Direito que havia sido negado pelo delito” (PRADO, 2008, 489). É uma forma de reafirmar a ordem jurídica, mostrando que ela se sobrepõe aos desvios de qualquer de suas normas.

Uma grande qualidade dessas teorias é ter a idéia de medição da pena (proporcionalidade entre a pena e o mal cometido), aquilo que podemos chamar de princípio da proporcionalidade.

Vários outros autores defendem contemporaneamente a teoria da retribuição jurídica. Dentre eles podem ser citados HanzWelzel, Miguel Reale Jr. e René Ariel Dotti. Assim:

“A pena retributiva esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer ao delinqüente como compensação ou expiação do mal do crime; nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa que acaba por se revelar estranha e inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinqüente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime. Em suma, inimiga de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade.” (NERY, 2005, 3)

É possível concluir que essa teoria fundamenta a existência da pena quase exclusivamente no delito praticado, apesar de representar um avanço considerável frente à ideia de retribuição metafísica e à ilimitação dos castigos.

3.2 TEORIAS PREVENICIONISTAS

As teorias relativas da pena se dividem em prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial (negativa e positiva): Em relação às teorias de prevenção geral, diz-se que:

“As teorias de prevenção geral, tiveram seu desenvolvimento no Iluminismo, na passagem do Estado Absolutista para o Liberal, e não objetivavam apenas retribuir o fato delitivo cometido, mas prevenir a sua prática por meio da intimidação de todos os membros da comunidade jurídica, pela ameaça da pena.” (BITENCOURT, 2002, 77)

A prevenção geral num primeiro momento pode ser tratada como positiva ou integradora.

“A prevenção geral pode ser encarada no sentido positivo ou de integração: não pela gravidade da pena com fim de intimidação- o que implicaria um dever moral de graduá-la ao máximo-, mas como resultado de eficaz atuação da justiça e da consciência que a sociedade passará a ter sobre esta realidade.” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 132)

A pena, na prevenção geral positiva, tem como fundamento a necessidade de evitar a prática futura de delitos. “Caracterizam-se por atribuir à pena a finalidade de reforçar, na generalidade dos sujeitos, a confiança nas normas” (COSTA, 2008, 73). Nas palavras de Luiz Regis Prado:

[...] a prevenção geral positiva considera que a pena, enquanto instrumento destinado à estabilização normativa, justifica-se pela produção de efeitos positivos consubstanciados no fortalecimento geral da confiança normativa (“estabilização da consciência do direito”). Conseqüentemente, a pena encontra sua legitimação no incremento e reforço geral da consciência jurídica da norma.” (PRADO, 2008, 491)

Ainda a respeito:

“A pena pode ser concebida, como forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico-penal; como instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham tido lugar (prevenção geral positiva ou de integração).” (NERY, 2005, 4)

As penas fundadas na prevenção geral positiva vislumbram três efeitos principais: aprendizagem, confiança e pacificação social. Aprendizagem consiste em recordar as regras sociais que não devem ser infringidas, pois, tal ordem de transgressões não é tolerada pelo Direito Penal. A confiança implica que os cidadãos acreditem e confiem no Direito quando ele se impõe. E, por fim, a pacificação social obtida quando a desviação social é resolvida pelo Direito (PRADO, 2008, 491).

Além de sua concepção positiva, a prevenção geral pode ser encarada como negativa. A finalidade da pena nessa teoria é a intimidação do indivíduo. “[...] A sanção penal é imposta tendo em conta os outros, ou seja o efeito intimidatório na sociedade [...]” (TASSE, 2003, 72). No entender de Déa Carla Pereira Nery, “a pena pode ser concebida como forma acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delinquente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais [...]” (NERY, 2005, 3). Posicionamento semelhante tem Luiz Regis Prado quando afirma que “[...] a prevenção geral intimidatória [...] segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus

destinatários” (PRADO, 2008, 490-491). Deita raízes no ideal de Feuerbach, com sua teoria da coação psicológica. Da prevenção geral, em seus dois aspectos (positivo e negativo) pode-se concluir que embora a palavra-chave seja prevenção, o que se observa é que a exemplaridade, isto é, o reforço da consciência do direito nada mais representa senão a ideia originalmente absoluta de retribuição jurídica, ou seja, a reafirmação, pelo Direito Penal, de sua própria ordem.

Além da prevenção geral, existe a outra forma de prevenção: a prevenção especial. Este modelo se dirige “à pessoa que está sofrendo a pena, visando recuperá-la; ou geral – dirigida ao corpo social, pretendendo que sejam estabelecidos meios capazes de afastar a ideia de qualquer um que pense em praticar um ato delituoso” (TASSE, 2003, 68). Esta se divide em prevenção especial positiva e negativa.

Na prevenção especial positiva, a finalidade da pena é a ressocialização voltada ao indivíduo, ou seja, tentar evitar que o delinquente volte a delinquir no futuro. A respeito, assevera César Bitencourt que “a teoria da prevenção especial busca coibir a prática delitiva, mas de modo diferente da prevenção geral, dirigindo-se ao delinquente, com o intuito de que ele não mais cometa crimes” (BITENCOURT, 2002, 79). No mesmo sentido, entendem Shecaira e Corrêa Junior: “A teoria da prevenção especial justifica a atuação da pena sobre o agente para que este não volte a delinquir” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 133). A teoria da prevenção especial positiva, assim como as demais teorias relativas, sofre muitas críticas e tem muitos inconvenientes, que serão citados mais a frente. Por outro lado, não há que se negar que ela tem qualidades importantes.

“Esta teoria tem um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social.” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 133-134)

Basicamente, essa teoria se apóia no perigo que o indivíduo delinquente possa trazer à sociedade. Busca-se diminuir ou eliminar esse perigo, fazendo com que o criminoso se reabilite para o convívio social. A palavra-chave não podia deixar de ser outra: ressocialização.

Já, na prevenção especial negativa, a finalidade da pena é inocuizar, aniquilar, tornar inofensivo o delinquente. Esta teoria, além da finalidade citada, teria por objetivo causar um efeito de pura defesa social, por meio da separação ou segregação do delinquente, neutralizando a sua periculosidade frente à sociedade (AZANHA, 2009, 6). Nesse sentido:

“A prevenção negativa, busca tanto a intimidação ou inocuição através da intimidação – do que ainda é intimidável – , como a inocuição mediante a privação da liberdade – dos que não são corrigíveis nem intimidáveis. Ou seja, a prevenção especial negativa tem como fim neutralizar a possível nova ação delitiva, daquele que delinuiu em momento anterior, através de sua "inocuição" ou "intimidação". Busca evitar a reincidência através de técnicas, ao mesmo tempo, eficazes e discutíveis, tais como, a pena de morte, o isolamento etc.” (NERY, 2005, 4)

Em suma, a maior diferença entre as teorias relativas (geral e especial) fica por conta de uma ser voltada exclusivamente para a sociedade e a outra para o indivíduo delinquente. Porém, as críticas que se estabelecem em relação às teorias relativas, principalmente contra a intimidação, se fundam na indemonstrabilidade desse efeito na sociedade, o que faz cair por terra todo arcabouço de sua fundamentação. Se a intimidação apregoada pela teoria da prevenção geral negativa fosse factível, o incremento considerável das margens penais levaria à erradicação da prática delitiva, o que jamais ocorreu.

De outro lado, criticam-se a prevenção especial positiva e negativa. Isso, porque, o projeto de ressocialização jamais poderia ser imposto ao delinquente, sob pena de violação de sua liberdade, aqui manifesta como dignidade inerente ao livre-arbítrio humano. Por outro, a inocuição de seres humanos, sob qualquer pretexto, jamais seria palatável no momento hodierno de conquista das liberdades públicas, a maior parte delas prevista em textos constitucionais espalhados pelas nações.

3.3 TEORIAS UNITÁRIAS, MISTAS OU ECLÉTICAS

Essas teorias tentam agrupar em um único conceito todos os fins da pena. Assevera Luiz Regis Prado que elas “buscam conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada - com os fins de prevenção geral e prevenção especial” (PRADO, 2008, 495). Exemplifica Adel El Tasse: “[...] ser a pena, por sua natureza, retributiva; porém sua finalidade é um misto de educação e correção” (TASSE, 2003, 73).

A ideia central nessas teorias é a pena justa, adequada e proporcional ao delito cometido e à pessoa do agente.

Nesse sentido, afirma-se “as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado” (BITENCOURT, 2002, 83).

A finalidade da pena passa a ser, basicamente, a retribuição jurídica (reafirmar a ordem jurídica) relativizada pelos fins de prevenção geral negativa (intimidação) e prevenção especial positiva (ressocialização).

“Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação, quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo.” (PRADO, 2008, 497)

Tece críticas às teorias mistas Yvana Savedra Barreiros

“Qualquer teoria que pretenda compreender o fenômeno penal na sua amplitude deve enfrentá-lo a partir de um ponto de vista totalizador, para então decompô-lo, distinguindo seus diferentes aspectos. É nesse ponto que as teorias unificadoras fracassam, pois, para elas, o fundamental continua sendo a própria retribuição, a partir da qual, secundariamente, se buscam outros fins.” (BARREIROS, 2008, 7)

Essas (absolutas, relativas e mistas) são as principais teorias que tentam dar uma explicação acerca da finalidade das penas. Controvertidas e semelhantes ao mesmo tempo, servem como o principal rumo para o entendimento da fundamentação e justificação da sanção penal.

4 INCONVENIENTES E CRÍTICAS

Por tratarem de um assunto tão polêmico e discutido, as teorias dos fins da pena, como qualquer outro assunto com estas características, sofreram e sofrem várias críticas por parte de estudiosos da questão em foco. Realmente, essas ideias possuem vários inconvenientes, que precisam ser destacados para o entendimento de que nem tudo o que propõe a teoria funciona maravilhosamente na prática.

4.1 SOBRE AS PENAS FUNDAMENTADAS SOMENTE NA PREVENÇÃO GERAL (POSITIVA E NEGATIVA)

A prevenção geral positiva, por ser voltada para a sociedade, por buscar reforçar a norma jurídica e estabelecer a consciência do direito (exemplaridade), gera vários inconvenientes.

“Em primeiro lugar, porque não estipula quais seriam os critérios de medição das denominadas necessidades de estabilização da consciência jurídica. Logo, se a chamada

prevenção geral positiva ou integradora se dirige a todos, e seu fim precípuo reside em reafirmar a vigência da norma violada diante da totalidade do corpo social, sempre que houver uma infração normativa deverá ser aplicada uma pena, independentemente das características do agente.” (PRADO, 2008, 493)

Essa finalidade, por autorizar a aplicação de uma pena independentemente das características do agente (culpabilidade), daria lugar à punição de inimputáveis e aos que tenham agido em erro de proibição (não merecedores de pena) por terem desestabilizado a vigência da norma.

“Isso é assim porque a teoria da prevenção geral positiva, ao separar da ideia de retribuição a necessidade de reafirmação do ordenamento jurídico, acaba por permitir a punição de qualquer comportamento que, por qualquer motivo, se pretenda impor a uma comunidade social, ainda que não tenha suficiente gravidade para ser objeto de pena.” (PRADO, 2008, 493)

Depreende-se, então, que sempre que a norma jurídico-penal for infringida, aplica-se uma pena, não se levando em conta as características relevantes para isso.

Em seu sentido negativo, a teoria da prevenção geral deve produzir efeito intimidatório nas pessoas, atemorizando-as com o intuito de que não cometam mais delitos.

“Esta ideia apresenta um grave defeito, pois tende a criar um clima de terror, ou seja, quanto maior a pena, teoricamente seria mais eficaz a prevenção. Além disso, como justificar que a pena seja imposta a uma pessoa pensando-se unicamente nos efeitos que possa atingir a um terceiro? Cada novo crime não seria a negação cabal da eficácia desta teoria?” (SHECAIRA; CORRÉA JUNIOR, 2002, 131)

Semelhantemente, a mesma teoria não enumera quais os critérios capazes ou necessários para medir a denominada necessidade de intimidação. Portanto, “quem pretende intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível” (BARREIROS, 2008, 5). A não mensuração desses critérios ainda poderia provocar um aumento desmedido das penas nos delitos mais graves ou mais frequentes, pois se entenderia que a intimidação seria sempre ineficaz. Outro inconveniente dessa ideia está no fato de que se o Estado pune o delinquentes para incutir medo nos membros sociais, a pena não estaria apoiada na culpabilidade daquele. Nesse sentido, Tasse assevera que:

“A grande objeção que se tem formulado à teoria da prevenção geral é que não se pode impor a pena a alguém senão em função de sua culpabilidade e no limite desta, sendo que pela prevenção geral a sanção penal é imposta tendo em conta os

outros, ou seja, o efeito intimidatório na sociedade e não a efetiva responsabilidade do autor do delito.” (TASSE, 2003, 72)

Essa intimidação, fundamentada pela prevenção geral negativa, por ser voltada para a sociedade, recebe várias críticas. As que mais se tem feito ouvir:

“[...] aplicando-se as penas a seres humanos em nome de fins utilitários ou pragmáticos que pretendem alcançar no contexto social, elas transformariam a pessoa humana em objeto, dela se serviriam para a realização de finalidades heterônimas e, nesta medida, violariam a sua eminente dignidade.” (NERY, 2005, 3)

O ser humano, como já dizia Kant, não pode ser utilizado como meio, ou seja:

“uma pena fundada exclusivamente na prevenção geral infringe o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que utiliza o indivíduo como meio para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia” (PRADO, 2008, 494).

Resumidamente, num Estado democrático de Direito – de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana – de modo algum, pode o autor de um crime ser utilizado como “bode-expiatório” para a sociedade com o intuito de se alcançar a finalidade da prevenção geral.

Além dos inconvenientes já vistos, a ideia de prevenção perdeu seu caráter inicial, convertendo-se num “[...] instrumento de intervenção na luta contra a criminalidade. Sob essa ótica, o delinquente tende a converter-se num inimigo, e o direito Penal, em um direito Penal para inimigos” (BARREIROS, 2008, 3).

Nas teorias relativas, em geral, quase sempre que a norma é infringida, aplica-se uma pena, independentemente da responsabilidade do autor (justiça absoluta). “Por conseguinte, o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* para converter-se em *prima ratio*, dado que a pena seria uma consequência absoluta da transgressão da norma” (PRADO, 2008, 494).

4.2 SOBRE AS PENAS FUNDAMENTADAS SOMENTE NA PREVENÇÃO ESPECIAL (POSITIVA E NEGATIVA)

A pena, na prevenção especial positiva, serve como uma forma de readaptar o delinquente da melhor maneira possível ao convívio social. Assim, espera-se que esse não volte mais a praticar nenhum crime. Partindo desse pressuposto, o pensamento alocado na ideia de ressocialização traz várias controvérsias:

“Há delinqüentes que por si só não carecem de ressocialização, aos quais é possível um seguro diagnóstico de não-reincidência [...]. Destarte como justificar a imposição da

pena nestas situações, se a justificativa da ressocialização não está presente; e como deixar de punir tais delinquentes, apenas pela prescindibilidade de readaptação social do agente?” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 133)

É o que aconteceria no caso de homicidas passionais e os assassinos dos campos de concentração. Tais pessoas não carecem de ressocialização, apesar dos crimes graves que cometeram.

“Como exemplo se pode pensar no criminoso passional, autor não raras vezes do mais grave ilícito penal, o homicídio, e sobre o qual se tem segurança na afirmação de que não se encontra inapto para a vida em sociedade, posto que seu delito foi orientado por motivações emocionais e psíquicas que provavelmente nunca lhe voltarão a ocorrer. Em situações como esta a teoria da prevenção especial não consegue fornecer fundamentos para a necessidade de imposição da pena.” (TASSE, 2003, 69)

Yvana Savedra de Andrade Barreiros, interpretando Roxin, expõe:

[...] faz remissão aos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram inúmeras pessoas inocentes. Muitos deles, no entanto, passaram a viver discreta e socialmente integrados, não necessitando, portanto, de ressocialização alguma e sem que existisse qualquer perigo de reincidência ante o qual deveriam ser intimidados.” (BARREIROS, 2008, 5)

Criticam-se se tal delinquência, por esses motivos, poderia restar impune. Daí é notório que em determinadas situações essa teoria não fornece fundamentação adequada.

Resumindo: “na hipótese de não se conseguir identificar no sujeito concreto a necessidade de correção ou de emenda (ou o perigo de reincidência), não haveria alternativa senão renunciar à aplicação da pena, pois esta careceria de justificativa” (PRADO, 2008. 95).

A prevenção especial positiva pode conflitar também com os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Cabe ressaltar que a finalidade dessa teoria “pode representar uma ideia absolutista, arbitrária, ao querer impor uma verdade única, uma determinada escala de valores e prescindir da divergência, tão cara às modernas democracias” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, 133). Além disso, o condenado estaria totalmente a mercê da intervenção estatal, na medida em que seria submetido a um tratamento de ressocialização considerado adequado pelo Estado (TASSE, 2003, 69).

Por tentar diminuir ou eliminar a periculosidade individual, essa teoria também encontra um inconveniente. Isso porque “se a imposição da pena tem como

fundamento exclusivo a periculosidade do agente (ou o perigo de que possa vir a praticar novos delitos), poderia ele ficar submetido indefinidamente ao poder estatal” (PRADO, 2008, 494). Esse fato justificaria a sentença indeterminada, algo inconcebível no atual modelo humanitário de Direito e Justiça Penal.

E se condenado alcançar a ressocialização antes ou depois do término da pena? Essa questão leva a outro inconveniente, aduzido por José Antonio Paganella Boschi:

“Cabe, a este propósito indagar como seria possível conciliar a finalidade ressocialização com sistema penal de execução por tempo certo? Ora, ao menos teoricamente, o condenado pode muito bem alcançar a meta optada do programa ressocializador antes ou depois do final da pena. Se alcançá-la antes, não deveria, então, ser imediatamente posto em liberdade, por desaparecerem as razões que determinaram e justificaram o confinamento? Pelo reverso, o condenado, ao término da pena, não teria que permanecer preso até a data em que vier a ser declarado apto para a vida em liberdade? Mas em ambas as situações, onde ficaria a segurança jurídica colimada pelo sistema de penas fixas?” (BOSCHI, 2002, 122)

Se for considerada a finalidade de proteger determinados bens jurídicos dos indivíduos perigosos e inclinados a lesá-los, surge outro empecilho para a adoção da fundamentação da pena somente nessa ideia. Isso ocorre, pois “em se tratando de delinquentes perigosos, autores de delito de pouca gravidade, as considerações preventivo-especiais poderiam corroborar a imposição de penas desproporcionais à gravidade do delito praticado e, portanto, injustas” (PRADO, 2008, 494-495).

Ninguém pode forçar ou obrigar outra pessoa a fazer algo que esta não queira. Acontecendo isso, o meta-princípio – dignidade da pessoa humana – estaria sendo violado. No mesmo sentido, a realidade social de um não deve ser exigida do outro. Portanto, qualquer sanção penal “fundamentada exclusivamente nas exigências preventivo-sociais poderia afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a necessidade de correção ou de emenda acarretasse a submissão obrigatória (forçada) a um programa de ressocialização” (PRADO, 2008, 495).

Por fim, cabe analisar que o programa de ressocialização (a execução da pena), geralmente se faz no sistema prisional. A prisão, em sua maioria, não é o local adequado para fazer com que uma pessoa se reabilite para o convívio em liberdade, devido às condições que os condenados ali vivem. Assim,

“[...] a prisão tem efeitos deteriorantes e irreversíveis, a longo prazo, sendo desse modo insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, qual seja, a prisão. [...] a prisão produz no condenado um duplo processo de transformação pessoal caracterizado, por um lado pela desculturação progressiva, consistente no desaprendizado

dos valores e normas próprios da convivência social e, por outro, pelo aprendizado forçado dos valores e normas próprios da vida na prisão: os valores e normas da violência e da corrupção.” (BARREIROS, 2008, 6)

Nota-se, então, que a teoria da prevenção especial positiva não tem idoneidade capaz de fundamentar as consequências jurídicas do delito, principalmente, devido a seu caráter violador da dignidade do ser humano.

Em relação à prevenção especial negativa, que busca a inocuização do delinquentes (torná-lo inofensivo) e neutralizar a possível nova ação delitiva, as críticas mais contundentes residem em relação às técnicas usadas alcançar esse fim. A prevenção especial negativa através da inocuização ou intimidação busca evitar a reincidência através de técnicas, ao mesmo tempo, eficazes e discutíveis, tais como, a pena de morte e o isolamento (NERY, 2005, 4). Vê-se que, ambas reproduzem fins contrários aos direitos humanos e ferem o princípio da dignidade humana, não podendo ser aceitos.

5 CONCLUSÕES ARTICULADAS

Hodiernamente, revela-se assaz complexo se falar em uma única finalidade para as penas ou qual seria a melhor delas. Primeiramente, porque a transgressão da norma jurídica, de certa forma, diz respeito à sociedade. Assim, seria difícil abrir mão do caráter retribucionista da pena, já que o ser humano, por mais benevolente que seja, quer ver o castigo pelo mal feito posto em prática, visto se entender necessário uma determinada especificidade pedagógica no castigo. Também é de se notar que a punição do indivíduo sem o intuito de reeducação não acabaria com o fenômeno criminógeno. Portanto, o caráter educativo aliado ao punitivo, busca fazer com que o indivíduo não venha a cometer novos delitos. Além disso, interpretando-se o artigo 59 do Código Penal, nota-se que a retribuição não se sobrepõe à prevenção e vice-versa. Tais fatores coexistem (somam-se) na aplicação da pena. Assim se mostra presente a ideia de recuperação do indivíduo – moderno humanismo.

Por conseguinte, vistas na teoria, essas finalidades são bem esclarecedoras e até parecem ter um grau de perfeição. Mas, na prática nem tudo ocorre dentro do traçado. Exemplificando: como pensar que uma pessoa se readapte ao convívio social dentro dos estabelecimentos prisionais existentes? Sabe-se que o ambiente prisional, mais deforma o condenado e o induz à reincidência do que lhe ensina os valores para poder voltar a viver harmoniosamente em sociedade. Assim, seria complicado, diante das atuais estruturas sociais, estabelecer qual é a finalidade exclusiva a ser buscada com a pena, se esta não está adaptada a proporcionar o que está na teoria. Por fim,

cabe dizer que as ideias oriundas das teorias dos fins da pena tem sido cunhadas ao longo de mais de um século, mas, a realidade social e mesmo os modelos políticos vigentes não permitem sua execução a contento. Assim, espera-se, que a fundamentação inserida num marco teórico que privilegie a dignidade humana incuta na sociedade o desejo de mudança, para que cada vez mais esses ideais sejam colocados em prática, permitindo o bem estar coletivo sem o menoscabo da segurança jurídica individual.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZANHA, Débora de Macedo. **Fundamentos da pena: teorias e limites constitucionais da pena.** Disponível em <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/debora-de-macedo-azanha.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **Os fins a serem alcançados com a aplicação da pena.** Disponível em <<http://www.jusvi.com/artigos/30538/1>>. Acesso em: 30 set. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUZ, Ramon Aranha da; ARAÚJO NETO, Félix. **Finalidade da Pena – uma discussão acerca das teorias penalizadoras.** Disponível em <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/viewFile/8/4>>. Acesso em: 23 out. 2010.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>>. Acesso em: 25 out. 2010.

MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. **Rediscutindo os fins da pena.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661&p=1>>. Acesso em: 23 out. 2010.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da pena e sua finalidade no Direito Penal brasileiro.** Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2146>>. Acesso em: 30 set. 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – Arts. 1º a 120.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – Arts. 1º a 120.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade, os critérios da culpa e da prevenção.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena - pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do Estado Democrático de Direito.** 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

ANÁLISE DA PRISÃO E DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA

Patricia Droeber Basilio¹

RESUMO: Este artigo analisa a pena de prisão e a possibilidade de ressocialização através da mesma. Contempla também a análise da prisão pela ótica do renomado autor Michel Foucault, bem como da reincidência e possibilidade de reinserção social dos egressos. Por fim, apresenta propostas inovadoras relacionadas ao grave problema da delinquência, que vem alcançando proporções alarmantes, como a criminologia, o abolicionismo e a justiça restaurativa.

Palavras-chave: Pena de prisão. Reincidência. Ressocialização.

ABSTRACT: This article analyzes the sentence of imprisonment and the possibility of reformation through it. This article contemplates the analyses of the detention/arrest from the perspective of the renowned author Michel Foucault, as well the analyses of the recidivism and of the social reintegration of ex-convicts. Finally, it presents innovative proposals related to serious delinquency problems, which have been reaching worrying levels, such as criminology, abolitionism and restorative justice.

Keywords: Sentence of Imprisonment. Recidivism. Social Reintegration.

1 INTRODUÇÃO

O texto apresentado visou analisar a instituição carcerária e a pena de prisão no Brasil, com ajuda do olhar da criminologia crítica e do abolicionismo penal de Louck Hulsman, famoso defensor do abolicionismo penal, falecido em janeiro de 2009 e autor de “Penas Perdidas - O sistema penal em questão” dentre outras obras.

Além disso, objetivou pensar criticamente se as mesmas atingem os objetivos propostos quais sejam: ressocialização e (re)inserção social dos denominados “delinquentes”, pois a ressocialização faz parte do modelo penal brasileiro. Na pesquisa foram usados os métodos dedutivo e indutivo, além da histórica a partir de criminologia.

A abordagem empregou também o método empírico², visto que nossa postura em relação à solução do problema será buscada na realidade social que se apresenta no Brasil. A metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória não participante abrangendo: pesquisa bibliográfica sobre a falência da pena de prisão, criminologia crítica, abolicionismo e justiça restaurativa além da pesquisa documental sobre a real possibilidade de ressocialização dos “delinquentes” e a possível diminuição dos índices de reincidência.

A relevância de abordar tal assunto se justifica face à importância de se verificar a falência da pena de prisão, afirmada por Foucault, em seu livro Vigiante e

¹ Mestre em Turismo pela Unibero. Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Vitória. Orientada pela Professora Laila Maria Domith Vicente, mestre em Psicologia Jurídica pela Universidade Federal Fluminense – UFF.

² Parte-se do “ser” para se alcançar o “dever ser”; do real para o “ideal”; por isto, é uma concepção realista de pesquisa empírica.

Punir³, e a ineficiência da (re)inserção social. A discussão se utiliza das obras de Alessandro Baratta (2002), Zaffaroni (2002), Louk Hulsman (1997), autores imprescindíveis para o entendimento da criminologia crítica e o abolicionismo penal, respectivamente.

Utilizamos também a obra do renomado filósofo contemporâneo Michel Foucault (2002), que em sua magistral obra *Vigiar e Punir*, o autor desvenda a evolução histórica da pena de prisão e respectivos meios coercitivos e punitivos adotados pelo poder público na repressão da delinquência. O estudo aborda desde os séculos passados até as modernas instituições correccionais, abordando as formas com que se valeram os poderes para punir aqueles que atentavam contra elas. As conclusões e sugestões estão em capítulo próprio.

2 CRIMINOLOGIA CRÍTICA E O MITO DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA

A criminologia surgiu como ciência no final do século XIX e passagem para o XX, com representantes ilustres como Franz Von Liszt, Enrico Ferri, Arturo Rocco, dentre outros. Se ocupa em estudar o crime, a criminalidade e suas causas, a vítima, o controle social do ato criminoso bem como da personalidade do criminoso e da maneira de ressocializá-lo. Além de opiniões e argumentos, seus fundamentos são baseados na experiência da observação nos fatos e na prática. Nesse sentido Andrade (2008) afirma:

Estrutura-se, neste momento, uma Criminologia de corte positivista, com pretensões de cientificidade, conformadora do chamado paradigma “etiológico”, e segundo a qual a criminalidade é o atributo de uma minoria de sujeitos perigosos na sociedade, que, seja pela incidência de fatores individuais, físicos e/ou sociais, apresenta uma maior potencial de anti-sociabilidade e uma maior tendência a delinquir. Identifica-se, assim, criminalidade com violência individual. (p. 21)

A criminologia permaneceu com essas características durante todo o século XX, tendo a partir da década de 60, ocorrido uma mudança do padrão etiológico para o padrão da reação social, dando origem a uma nova percepção da criminologia crítica⁴, que deixou de investigar as *causas* da criminalidade para priorizar as *condições* da criminalidade.

Andrade (2008) informa:

Com esta revolução opera-se a passagem de uma Criminologia comportamental e da violência individual (positivista), que nos doutrina a “ver o crime no criminoso” (FERRI), para uma Criminologia da violência institucional, que nos ensina que não

³ *Vigiar e Punir* teve sua primeira edição publicada na França em 1975, com o nome *Suveiller et Punir*.

⁴ Também denominada criminologia de reação social, Nova Criminologia, Criminologia radica, Criminologia *Stricto sensu*, Criminologia feminista.

se pode compreender o crime, a criminalidade e os criminosos sem compreender o controle social e penal que os constrói como tais, e esta culmina numa Criminologia da violência estrutural, que nos ensina a compreendê-los não apenas a partir da mecânica do controle, mas funcionalmente relacionada às estruturas sociais (o capitalismo, o patriarcado, o racismo...) (p.22)

Desse modo, a nova concepção oferece à Criminologia um novo e instigante papel crítico, sendo essa nova abordagem brilhantemente desenvolvida por Alessandro Baratta, a partir dos anos 30 do século XX. Falecido em maio de 2002 e considerado por Nilo Batista como o maior protagonista da Criminologia crítica no eixo Europa-América Latina, sua obra de mesmo nome, constitui uma referência fundamental de sua fundação e desenvolvimento até o início da década de 1990.

Em suma, de forma inversa à criminologia tradicional, a criminologia crítica investiga como, por que e para quem foi escrito este código penal e não outro. Vale ressaltar, que a investigação é feita em ambas as direções: contra quem e em favor de quem.

3 FIM DE UM MITO

A partir de século XIX a prisão foi considerada um meio eficiente de recuperação de delinquentes, pensamento que prevaleceu durante um extenso período. Reinou um ambiente otimista na medida em que se acreditava que a prisão se adequaria aos fins propostos em virtude de aparentar ser um instrumento apropriado, para possibilitar a reabilitação dos detentos, e tornar realidade a (re)inserção dos mesmos na sociedade.

Conforme assinala Bitencourt (2008):

Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado. (p. 102)

Atualmente prevalece a convicção de que a reclusão é injusta e ineficiente⁵ além do que, as penas utilizadas no passado já não satisfazem, além disso, a pena privativa de liberdade, que atingiu seu ponto culminante na segunda metade do século

⁵ A não ser para os denominados presos residuais.

XIX, enfrentou seu declínio antes do final deste século. É oportuno ressaltar, que Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*, concluiu que a prisão já nasceu falida.

Dentro desse contexto, é relevante que se descubram novos meios para solucionar esse grave problema e novas penas ajustadas aos novos tempos, assim sendo, propõe-se o aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade quando necessária e sua substituição, quando possível e recomendável. Desta forma, seria mais eficaz utilizar-se da pena somente em situações de extrema necessidade, como forma de impedir sua ação criminógena, além disso, as tentativas de socialização e reinserção realizadas nos complexos de detenção tem-se mostrado ineficientes.

É relevante observar como o sistema penal se apresenta ambíguo e contraditório, como demonstra Zaffaroni:

(...) O sistema penal é apresentado como igualitário quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. O sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade, quando de fato seu desempenho é repressivo. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana, quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela. (2002,p.26)

De acordo com Baratta citado por Vasconcellos (2008):

Em sua análise sobre o cárcere, ALESSANDRO BARATTA observa que a sua função principal é manter indivíduos desiguais, sendo este o elemento principal para a criação de uma população criminosa. A pena restritiva de liberdade deixaria marcas estigmatizantes no indivíduo e não produziria o efeito ressocializador e reeducador em que está baseada, mas ao contrário, acabaria por conferir ao indivíduo papel de delinqüente. (2008, p.154)

Os autores anteriormente citados comungam a idéia de que o cárcere é uma “solução” que favorece uma ínfima parcela da população, um seleto grupo de privilegiados que fazem parte da elite do nosso país, inclusive, são membros da sociedade capitalista que necessitam da existência de grupos marginalizados e excluídos, para que possam ocupar o topo da pirâmide social.

Complementando o assunto, Foucault (2002) nos esclarece alguns pontos:

O sistema carcerário junta numa mesma figura discursos e arquetipos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis, programas para corrigir a delinqüência e mecanismos que solidificam a delinqüência. **O pretenso fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão? (...)** Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, e em tal imobilidade, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, **é sem dúvida porque**

esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercia funções precisas. (grifo nosso) (p. 225 – 226)

Com efeito, a contradição e ambiguidade presentes no sistema penal, estão inseridos no seu mecanismo de funcionamento, e após tantos questionamentos percebemos que o “fracasso” nada mais é que a constatação de seu triunfo.

Francesco Carnelutti, com perspicácia, observa, sem rodeios, o que acontece com o criminalizado depois de sua passagem pelas agências de poder. Ele afirma que:

Acontece para as pessoas, incluindo também os juristas, quando da condenação, alguma coisa análoga àquilo que ocorre quando um homem morre: o pronunciamento da condenação, com o aparato que todos conhecem, mais ou menos, é uma espécie de funeral; terminada a cerimônia, depois que o acusado sai das jaulas e o recebem em custódia os policiais, recomeça para cada um de nós a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no morto. **Sob um certo aspecto, pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério; mas se esquece de que o condenado é um sepultado vivo.** (grifo nosso) (p.6) Alessandro Nepomoceno. Além da Lei – a face obscura da sentença penal - Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Por tais razões, percebemos a ineficiência do sistema penal e sua existência se justifica pelo fato de ser útil a uma elite minoritária capitalista, que se beneficia do sistema e por conseguinte faz questão de manter essa instituição fracassada.

4 ANÁLISE DA REINCIDÊNCIA/RESSOCIALIZAÇÃO

Considerando que a reincidência está diretamente relacionada com o estigma causado pelas instituições criminais, concluímos que essa cicatriz social vai de encontro ao conceito de ressocialização. De acordo com o Código Penal Brasileiro: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Para Foucault, a prisão representa um castigo e objetiva educar por meio do controle do tempo, do enquadramento e da disciplina. O criminoso seria o que não cumpre as regras contidas no pacto social, por não se adaptar ao mesmo, sendo por esse motivo, considerado perigoso.

No entanto, é o próprio sistema prisional o responsável pelo retorno dos ex-presidiários ao crime, como nas palavras do autor anteriormente citado: “constata-se que a prisão, longe de transformar os criminosos em pessoas honestas, só serve para fabricar mais criminosos, ou para enterrar ainda mais os criminosos na criminalidade.”

De acordo com Barreiros a reincidência criminal, tal como os maus antecedentes, “constitui importante fator de diferenciação do criminoso com os demais

seres humanos”. Assim, o indivíduo que é reincidente criminal acaba recebendo, da parte do sistema penal, um tratamento mais rígido, na medida em que é considerado pertencente a uma categoria específica. Essa diferenciação, como é sabido, “visa tornar a linha que separa os ‘bons’ dos ‘maus’, confrontando-se, assim, com o princípio da igualdade⁶”.

Tal argumento é reforçado por Baratta (2002), ao observar que “(...) os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminoso”.(p.183) Observamos um processo de socialização extremamente negativo, dentro desse contexto, percebe-se ainda a desaculturação do preso cujos efeitos negativos podem ser observados nas palavras de Baratta (2002)

(...) a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de auto-responsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso de realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. (p. 184)

Além do condenado viver alienado à realidade e adquirir um modelo de comportamento incompatível com sociedade, a criminologia crítica considera improvável a idéia de ressocialização do delinqüente inserido na sociedade capitalista. A justificativa para tal posicionamento se deve ao fato da prisão ter surgido como um instrumento capaz de oferecer o domínio da classe mais favorecida e a sustentação do sistema capitalista. Deste modo, ao invés de promover a ressocialização, a instituição carcerária se mantém na firme função de manter a desigualdade social.

As desigualdades sociais e a marginalidade são mantidas pelo sistema penal através da prisão como afirma Bitencourt (2008) “a estigmatização e o etiquetamento que sofre o delinqüente com sua condenação torna muito pouco provável sua reabilitação. Depois de iniciada uma carreira delitiva é muito difícil conseguir a ressocialização”. A explicação para esse fenômeno são os efeitos devastadores do sistema penal, que destrutura os fracos e marginalizados criando um abismo social praticamente intransponível.

Outro dado relevante é a importância fundamental da participação da comunidade nesse processo. Ao sair da prisão, repleto de expectativas de plena aceitação, o egresso se depara com a frieza e indiferença vindas de pessoas de seu antigo convívio. Desta forma, para que exista a plena reintegração social é necessário derrubar qualquer obstáculo entre egressos e comunidade.

⁶ De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade, (...)”.

Finalmente, como afirma Bitencourt apud Roxin (2008):

Acabar com a delinquência completamente e para sempre é uma pretensão utópica, posto que a marginalização e a dissidência são inerentes ao homem e o acompanharão até o fim da aventura humana na Terra. No entanto, essa circunstância não libera a sociedade do compromisso que tem perante o delinquente. Da mesma forma que este é responsável pelo bem-estar social de toda comunidade, esta não pode desobrigar-se de sua responsabilidade perante o destino daqueles. (p.124)

5 PROPOSTAS

5.1 Criminologia Crítica De Alessandro Baratta

Dentre as propostas de criminologia crítica, algumas merecem ser estudadas. Alessandro Baratta referência no eixo Europa – América Latina em Criminologia Crítica, formulou algumas recomendações para a elaboração e incremento de uma “política criminal”⁷ sobre o problema da delinquência:

a) Necessidade de uma política criminal que leve em consideração os problemas sociais que geram e mantém o fenômeno delitivo. Baratta esclarece (2002):

(...) uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de “substitutos penais”, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, (...) (p 201)

Não resta dúvida que essa proposta é radical, na medida que visa à transformação do sistema social atual. Nesse sentido, Bitencourt (2008) levanta uma questão interessante: “Baratta visa a total substituição do sistema social vigente, e essa possibilidade é sempre remota ou, pelo menos, muito pouco provável (...) enquanto se faz a reforma (dentro ou fora do sistema) qual será a política criminal a seguir?” (p.118)

b) A eliminação da instituição carcerária. Baratta (2002) afirma que:

(...) especialmente importante é a abertura do cárcere para a sociedade, também mediante a colaboração das entidades locais e, mais ainda, mediante a cooperação dos presos e das suas organizações do movimento operário, com a finalidade de limitar as conseqüências que a instituição carcerária tem sobre a divisão artificial da classe, se reinserir o condenado na classe (...) (p. 203)

⁷ Também denominada “Política de controle dos comportamentos socialmente negativos e das situações problemáticas”.

c) A discussão minuciosa sobre criminalidade entre os membros da sociedade e da classe trabalhadora objetivando a conscientização de que somos responsáveis e devemos assumir a responsabilidade.

Nesse sentido Bitencourt (2008) declara:

Todos os segmentos sociais devem conscientizar-se de que a criminalidade é um problema de todos e que não será resolvido com o simples lema “Lei e Ordem”, que representa uma política criminal repressiva e defensora intransigente da ordem (geralmente injusta) estabelecida. (p. 118)

Diante disso, observamos que a proposta elaborada por Baratta é ousada e bastante radical, visto que prega a eliminação da instituição carcerária mas bastante interessante ao sugerir o diálogo entre os membros da sociedade e classe trabalhadora sobre a criminalidade objetivando uma política criminal menos injusta e capaz de reinserir o condenado na sociedade.

5.2 Abolicionismo De Louk Hulsman

A abordagem abolicionista foi iniciada pelo admirável autor Louk Hulsman em sua obra “Penas Perdidas. O sistema penal em questão”, seguido por Eugenio Raúl Zaffaroni, que focou suas observações sobre o contexto da América Latina em sua obra “Em busca das penas perdidas. a perda da legitimidade do sistema penal”, ambas citadas citada no item 4 (Em busca das) Penas Perdidas.

Nesse sentido esclarece Hulsman (1997):

(...) A justiça criminal não é “natural” e não é “legítima”. A organização social e cultural que é o âmago desta identidade deve ser abolida. Como contribuir para isso depende da cooperação de muitos. (p.149)

O abolicionismo almeja de forma veemente o término da pena de prisão, bem como outras formas punitivas além de rejeitar o direito penal e sua forma de abordar os delitos, “porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, pois não evita delitos e não ajuda o autor do delito e a vítima” (Pallamolla p. 39)

O abolicionismo indica a substituição do modelo tradicional de justiça penal pela solução do conflito pela vítima e ofensor, utilizando a participação de mediadores objetivando que a comunidade volte a se tornar apta a solucionar seus conflitos ou que na impossibilidade, possam encaminhá-los para a esfera do direito civil.

Na perspectiva de Louk Hulsman:

“O sistema penal representa um problema em si mesmo e, frente a sua ineficácia para solucionar os conflitos, propõe sua completa abolição, estando esta ancorada em três motivos decisivos: “é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas

envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle" (Zaffaroni p. 98)

Além de discorrer sobre alguns pontos negativos do sistema penal e apresentar três motivos pelos quais o mesmo deve ser abolido:

"Hulsman propõe, também uma mudança de linguagem, com o abandono de expressões como 'crime' e 'criminalidade', pois entende que tais categorias não existem, mas em realidade, apenas obscurecem conflitos sociais que devem ser chamados de 'situações problemáticas', e que "sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana". (Hulsman p. 42)

Pelo exposto, a abordagem abolicionista de Hulsman é inovadora visto que privilegia a elucidação do conflito através do diálogo entre vítima e ofensor. Nesse sentido, a participação de mediadores é de fundamental importância para o êxito do conflito, visto que para o autor, o sistema penal é ineficaz e arcaico.

5.3 Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa surgiu nos Estados Unidos, na década de 90, sendo posteriormente difundida pela Europa tornando-se uma opção ao abolicionismo visto ser mais próxima e de haver a possibilidade de diálogo com o sistema penal existente. De acordo com Pallamolla (2009):

"há aceptado que deben existir principios reguladores de la justicia restauradora y que los jueces penales deben supervisar los acuerdos que se alcancen, há discutido el problema de quién y cuándo se derivan los casos a la justicia restauradora, se ha preocupado por los riesgos de vulneración de derechos procesales que las conferencias pueden conllevar, y finalmente há admitido que puede coexistir com la justicia penal ya que ésta puede hacer más eficaz el acuerdo que se alcance em las conferencias de justicia restauradora" (p. 172)

Para Zaffaroni a diferença básica entre justiça restaurativa e justiça penal tradicional:

"É que o primeiro pretende solucionar os conflitos, ampliando o número de conflitos resolvidos e melhorando a coexistência social, enquanto o segundo apenas busca decidir os conflitos, estendendo a margem de atos unilaterais de poder, solucionando menos conflitos e deteriorando a coexistência". (p.173)

É interessante observar o quadro elaborado por Walgrave (1993), sendo ainda atualmente utilizado como referência, que apresenta uma síntese das formas de direito. "Walgrave aloca o modelo do direito penal, o reabilitador e o restaurativo num

quadro comparativo com suas principais características, conforme segue” (Pallamolla p.73)

Formas de Direito/Características	Direito Penal	Direito Reabilitador	Direito Restaurador
Ponto de referência	O delito	O indivíduo delinqüente	Os prejuízos causados
Meios	A aflição de uma dor	O tratamento	A obrigação para restaurar
Objetivos	O equilíbrio moral	A adaptação	A anulação dos erros
Posição das vítimas	Secundário	Secundário	Central
Crítérios de avaliação	Uma “pena adequada”	O indivíduo adaptado	Satisfação dos interessados
Contexto social	O estado opressor	O Estado providência	O Estado responsável

Como podemos observar o modelo restaurativo é antagônico aos modelos tradicionais apresentados. Ademais, ressalta Jacourd apud Pallamella (2009):

(...) a avaliação dos objetivos da justiça restaurativa é feita através da satisfação dos princípios implicados na infração e, principalmente, com base na reparação (se existiu), enquanto o Estado desempenha o papel de responsabilizador dos envolvidos. (p. 74)

Os Princípios Básicos da Justiça Restaurativa são descritos na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e “ocupa-se em definir o que seja um programa, um processo e um resultado restaurativos, sem adentrar na questão relativa à definição da justiça restaurativa”.

Em relação ao uso dos Programas de Justiça restaurativa o artigo 6º da Resolução da ONU anteriormente citada, dispõe das múltiplas formas de aplicação, podendo ser utilizada em diferentes fases do procedimento criminal.

É oportuno destacar, que o artigo 7º determina que os programas restaurativos somente devam ser utilizados nos casos em que forem comprovadas as provas contra o ofensor⁸ sendo fundamental que autor e vítima participem do programa de forma voluntária sendo permitido aos mesmos a desistência da participação a qualquer tempo. “Também refere que os acordos devem ser obtidos de maneira voluntária e conter somente obrigações razoáveis e proporcionais”. (p. 90)

⁸ Pallamolla destaca que em relação ao ofensor, seu aceite não deve estar vinculado a nenhum efeito muito positivo, como a redução da pena ou uma sanção menos severa, pois isto poderá ter conseqüências na sua participação, como um pedido de desculpas insincero. (p. 91)

Com relação ao funcionamento dos programas Pallamolla (2009) informa:

A Resolução refere que os Estados devem estabelecer diretrizes e normas, com base legal se necessário, que disciplinem o uso dos programas restaurativos. Estabelece, também, que tais normas devem, versar (dentre outros aspectos) sobre: a) as condições para o envio de casos aos programas; b) a gestão do caso depois do processo restaurativo; c) a administração dos programas de justiça restaurativa; d) normas de competência e éticas que conduzam o funcionamento dos programas (art. 12) (p. 94)

No Brasil, as primeiras cidades a serem contempladas com programas de justiça restaurativa foram São Caetano do Sul – SP, Porto Alegre – RS e Brasília – DF, tendo sido iniciados em 2005, quando estes três projetos – piloto de justiça restaurativa receberam apoio do Ministério da justiça e do PNUD (Programa das Nações unidas para o Desenvolvimento) através do Projeto ‘Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro’. Além das cidades citadas existem outros projetos sendo executados em cidades brasileiras como o da cidade de São José de Ribamar (MA), que desenvolve o projeto Restauração, através de uma parceria entre a ONG *Fondation Terre des hommes*, Prefeitura de São José de Ribamar, 2ª Vara da Infância e Juventude, Ministério Público, Defensoria Pública e com o apoio do Ministério da Justiça, através da Secretaria de Reforma do Judiciário.⁹

Enfim, a Justiça Restaurativa anuncia não somente uma nova proposta de reformar do sistema penal, ela alcança objetivos mais dignos como a transformação (para melhor) da vida dos participantes, do ambiente familiar e do trabalho além de favorecer a participação efetiva da comunidade na solução de problemas cotidianos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a instituição carcerária e a falência da prisão no Brasil, com a colaboração do olhar da Criminologia Crítica de Alessandro Baratta e do Abolicionismo penal de Louk Hulsman pudemos observar quão longe estamos em atingir os objetivos propostos pelas mesmas.

Verificamos que a grande maioria da população carcerária é proveniente das camadas sociais menos favorecidas, e que a prisão nada mais é que uma eficiente forma de exclusão social, além ser um ambiente adequado para que o indivíduo se torne verdadeiramente marginalizado, ou seja, colocado à margem da sociedade.

⁹ Maiores informações podem ser obtidas através da entrevista do Sr. Renato Pedrosa, Coordenador Jurídico da ONG *Fondation Terre des hommes* (TDH), em entrevista concedida para o site da Associação de Magistrados de Ceará, ACM, em março de 2011. <http://acmaq.org.br/noticias/1133/01032011/Entrevista:+Renato+Pedrosa+fala+sobre+a+questao+da+Justica+Restaurativa.html>

Em verdade, o sistema penal com suas características ambíguas oferece um suporte para a permanência do sistema capitalista, que necessita da manutenção de uma camada marginalizada da sociedade, diante disso, o objetivo ressocializador é inviável por estar em discordância com a lógica capitalista.

Foi possível verificar a contribuição da criminologia crítica através dos ensinamentos de Alessandro Baratta e sua nova forma de abordagem que priorizava as condições de surgimento da criminalidade em detrimento da investigação de suas causas. Foram também utilizados os valiosos ensinamentos de Michel Foucault, famoso filósofo contemporâneo, que tinha plena convicção do fracasso da prisão e que o mesmo, fazia parte de seu funcionamento.

Destaca-se também a análise da reincidência / ressocialização onde observamos que o sistema prisional tem grande participação em relação ao retorno dos ex- presidiários na medida que os estigmatiza além de produzir efeitos opostos à reeducação e reinserção do mesmo.

Dentro desse contexto, foi possível observar o posicionamento da criminologia crítica que nega veementemente a possibilidade de que a reinserção ocorra em uma sociedade capitalista, visto que a prisão é uma ferramenta eficiente de sustentação desse sistema.

Finalmente, analisamos propostas tendo como base os ensinamentos de Alessandro Baratta, abordando a criminologia crítica e Louk Hulsman, defendendo o abolicionismo e as propostas da Justiça Restaurativa.

Assim sendo:

Concluimos que a pena de prisão não cumpre seus objetivos de reinserção social por ir de encontro a mecanismos que sustentam a sociedade capitalista. Na verdade, ela cumpre seu papel de exclusão, tendo como principal característica a estigmatização social dos indivíduos que por ela passam.

Observamos ainda não ser possível a (re)ssocialização de pessoas que passam pela instituição carcerária visto que os métodos são ineficientes. Não somente os métodos são imprecisos mas a instituição de uma forma geral necessita passar por uma reforma profunda.

Após ser analisadas as propostas da criminologia crítica e abolicionistas, achamos por bem, propormos a utilização de Programas de Justiça Restaurativa como complemento ao sistema da justiça criminal vigente, possibilitando, assim, a diminuição do número de casos conduzidos ao sistema de justiça criminal, fazendo que cada vez mais a comunidade tenha participação efetiva na resolução de seus conflitos e ocorra a promoção de melhorias das condições de vida das camadas menos favorecidas da população.

Através da pesquisa bibliográfica observamos que o modelo de justiça restaurativa é o que melhor se adapta à realidade brasileira visto que suas características são menos rígidas e bastante maleáveis se comparadas ao abolicionismo, além de enfatizar o dano sofrido pela vítima e a devida responsabilização do ofensor.

O tema é bastante abrangente, possibilitando, inclusive, a continuidade da pesquisa. Em razão disso, esperamos ter contribuído através de sugestões, para a melhoria da análise das relações sociais além de incentivar a comunidade a assumir novas e necessárias responsabilidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: código da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

Barreiros, Ivana Savedra de Andrade. **A reincidência no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10763>. Acessado em 17/11/2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro, 8ª ed. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

HULSMAN, Louk. Jackeline Bernat de Celis. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão**. Niteroi: Luam, 1997.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei – a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRM, 2009.

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS – Ano VIII – N° 30. Porto Alegre: Editora Fonte do Direito, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**, Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madri, Civitas. 1997.

VICENTE, Laila Maria Domith. **P.E.C.: Proposta de Emenda à Constituição Ou Processo de Exclusão e Criminalização?**. Niteroi, 2007.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 5.ed. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e José Henrique Pierangeli. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SEGURANÇA PÚBLICA E MEDIDAS DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE: UM ESTUDO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Glauco Roberto Marques Moreira¹
Nilton Carlos de Almeida Coutinho²

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de estudo a eficiência da Segurança Pública na proteção do direito à vida, por meio da redução dos índices de criminalidade em relação aos homicídios dolosos. Para tanto, realizou-se um estudo bibliográfico apresentando a evolução da Segurança Pública e da Polícia no ordenamento jurídico brasileiro, destacando suas finalidade e funções. Do mesmo modo, apresenta dados estatísticos acerca da atuação do Governo do Estado de São Paulo no combate à criminalidade e algumas medidas e políticas públicas implementadas com o objetivo de reduzir tais números, destacando sua relação com os princípios da Administração Pública e, em especial, o princípio da eficiência.

Palavras-chave: Segurança pública; Polícia; Administração Pública; Princípios administrativos

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, enquanto ente incumbido da proteção e gestão do interesse público, desempenha uma série de atividades relevantes para a sociedade. Dentre tais atividades, destaque-se a segurança pública, responsável pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Trata-se de uma das mais relevantes atividades do poder público em razão de estar intimamente relacionada à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e, em especial, o direito à vida e integridade física. Encontra-se, assim, diretamente relacionada à manutenção da dignidade da pessoa humana dentro do Estado Democrático e de Direito.

Com o objetivo de melhorar sua atuação nesta área, tornando-se mais eficiente e alcançando melhores resultados, o Governo do Estado de São Paulo tem procurado estratégias e alternativas que contribuam para a redução dos índices de criminalidade (e, em especial, os homicídios dolosos).

Trata-se, sem dúvida, de uma política contínua que envolve uma série de ações e investimentos em relação ao trabalho policial e ao atendimento à população.

1 SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

¹ Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE de Bauru-SP. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo e Professor de Ciências Políticas e Teoria Geral do Estado na Toledo Prudente Centro Universitário, de Presidente Prudente

² Procurador do Estado de São Paulo, atuando perante os Tribunais Superiores em Brasília. Professor junto à UNB. Mestre em Direito pelo CESUMAR/PR. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Desde o tempo das Ordenações do Reino no Brasil, em 1500, por ocasião do descobrimento do Brasil, a Polícia e a Justiça de Portugal orientavam-se pelos preceitos estabelecidos nas Ordenações (*Afonsinas-1446, Manuelinas-1512 e Filipinas-1603*). Visando garantir a posse da nova terra, uma das primeiras medidas adotadas por Portugal foi utilizar o serviço de polícia, tendo sido designados os *capitães de vigia da costa* encarregados de policiá-la contra ataques de piratas espanhóis e franceses.³

De lá para cá, a história da polícia brasileira é marcada por momentos que variam desde o emprego adequado da força policial para atingir o seu mister, de garantir a ordem e combater a ocorrência de delitos, até o seu uso como instrumento de opressão política dos governos, nos diversos capítulos da história do poder no Brasil, em especial durante tenebroso tempo da ditadura militar pós golpe de 1964, quando a polícia teve uma atuação antidemocrática.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a Segurança Pública foi contemplada com um capítulo Título V, o qual trata da defesa do estado e das instituições democráticas. Assim, segundo estabelece o artigo 144 da Constituição Federal, a segurança pública constitui-se como um dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, tendo como objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Disciplinando as duas principais funções da polícia, o mesmo artigo dispõe sobre a função de Polícia Judiciária, estabelecendo no seu §4º que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Já no tocante às funções de Polícia Ostensiva e Preventiva, estabelece o §5º que às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

No plano estadual, a Constituição do Estado de São Paulo repete a regra insculpida na Constituição Federal, ao dispor no Título III — *Da Organização do Estado* — sobre a *Segurança Pública* (Capítulo III), cujo artigo 139, §1º, diz que o Estado manterá a Segurança Pública por meio de sua polícia, subordinada ao Governador do Estado, e o § 2º prescreve que a polícia do Estado será integrada pela Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros.

Destarte, ao se falar doravante no presente trabalho em polícia está se referindo tanto à Polícia Civil quanto à Polícia Militar; tanto ao exercício da atividade de polícia judiciária quanto às funções de polícia ostensiva e preventiva. Assim, não se

³ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *História Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo*. São Paulo: Ed. do Autor, 2011, p. 47-48

pretende nesta reflexão diferenciar ou destacar uma ou outra instituição, pelo contrário, o objetivo é analisá-las em um só plano de atuação: a *função policial*.

2 DA POLÍCIA: SUAS FINALIDADES E FUNÇÕES

A polícia constitui-se como uma instituição umbilicalmente ligada à segurança pública. Isso porque a ideia de polícia encontra-se inexoravelmente vinculada à existência de uma corporação de pessoas munidas do poder de patrulhar espaços públicos, controlar o crime, manter a ordem pública, prestar serviços de natureza social consistentes em atender às necessidades do público, além da função de investigar as circunstâncias de crimes e levar aos tribunais aqueles que o praticaram.

Max Weber, subscrevendo a afirmação de Trotski, afirma em sua obra *Ciência e política: duas vocações* que “Todo Estado é baseado na força” e que, por isso, o Estado reivindica por sua própria conta o monopólio do uso da violência física de maneira legítima. Trata-se do poder que o Estado tem de possuir um corpo, uma *força pública*, com superioridade sobre as demais pessoas ou grupos, capaz de submetê-los mediante o recurso à violência, no nível autorizado pelo próprio Estado. Essa *força*, esse corpo, é a polícia.

Porém, não só a polícia, mas também outros agentes também detém o uso legítimo da força, tais como os guardas de prisão, os funcionários de hospitais, a autoridade dos pais sobre os filhos no processo de educação, assim como o cidadão comum, que tem a faculdade de prender quem se ache em flagrante delito, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal brasileiro, situação que legitima a ação de seguranças de lojas e supermercados ao deter os autores de furto de mercadorias.

Entretanto, o que distingue o uso da força física pela polícia das situações acima mencionadas é que em todos aqueles casos, o objeto do emprego da violência é determinado — o guarda de prisão sobre o prisioneiro, o enfermeiro sobre o paciente, pai sobre o filho e o cidadão comum sobre o delinquente —, enquanto que o alvo policial é indeterminado. Isso quer dizer que a polícia pode intervir nas mais diversas situações, nos mais diversos lugares, contra as mais diversas pessoas. Aí reside a diferença entre a *força pública* e a força privada, particular, por vezes necessária. E quanto ao limite ao uso dessa força, todas as legislações, dos mais diversos países, sem exceção, preveem o recurso ao uso das forças armadas, caso seja necessário e até o limite necessário, a fim de “ajudar” a polícia até que seja possível estabelecer a ordem pública.⁴

⁴ MONJARDET, Dominique. *O que faz a polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003, p.26

É o que ocorre normalmente quando se está diante de manifestações populares, como as que se viram recentemente no Brasil nos meses que antecederam à Copa do Mundo da FIFA, ocasião em que em diversas capitais do país grupos de manifestantes denominados *blackblocs* utilizaram do emprego da violência contra prédios públicos e particulares, veículos particulares e oficiais, e até mesmo pessoas — cite-se o caso do cinegrafista Santiago Ilídio Andrade, 49, da TV Band, ferido em uma explosão durante uma manifestação no Rio de Janeiro —, tendo sido necessário o emprego da força policial para conter as agressões. Aliás, na maioria das sociedades democráticas, a polícia é fortemente armada, situação conhecida pelos cidadãos, de modo que se a desordem não for regradada pelo uso força física policial, assim o será por meio da força das armas, o que significa dizer que a ameaça da força, a “força simbólica” desempenha o mesmo papel que a força em si.

2.1 As finalidades da polícia

Mas, quais são as finalidades da polícia? O que faz a polícia quando das relações sociais nas sociedades políticas? Qual é o seu papel? Para responder a essas questões, é preciso entender o cotidiano da polícia numa delegacia numa análise sociológica (além da visão jurídica, política e administrativa).

Numa primeira observação, na polícia há obediência às ordens do superior hierárquico, p. ex., para se proceder à escolta de alguém. Outra atividade comumente vista no ambiente policial é o atendimento às solicitações do público, para o registro de ocorrências, como perturbação do sossego, agressões, ameaças. E por último, é típico do serviço da polícia a iniciativa e interesse pessoal do policial quando este inicia uma investigação a partir de algum tipo de informação colhida, ou ainda quando da tomada de decisões pelo acompanhamento de alguém em um patrulhamento. Enfim, da observação dessas três atividades, infere-se que o aparelho policial é: *a)* um instrumento de poder (ordens); *b)* um serviço público (atendimento público) e *c)* uma profissão (atividade de interesses pessoal).

O cotidiano da atividade policial é resultante da tensão desses três aspectos, e é inadequado sobrepor um ao outro numa escala de hierarquização de valores. A mesma polícia, os mesmos homens que acabaram de sair de uma operação de risco, que envolveu uso de armamento pesado, é aquele que irá atender um local de acidente grave ou ainda atender a uma mulher vítima de violência doméstica.

2.2 As funções da polícia

Muito difícil definir qual é a função da polícia. Isso porque, dadas as mais diversas responsabilidades que são atribuídas à polícia, o campo é extraordinariamente amplo para se buscar uma única definição do intrincado trabalho policial. Um dos papéis desempenhados pela polícia no Estado Democrático de Direito, quando prática do delito, é o de fazer parte do sistema de justiça criminal — prisão do delinquente, a instauração de inquérito policial, oferecimento de denúncia, processo crime, julgamento e aplicação da sentença condenatória —, sendo vital sua participação no início da *persecutio criminis*. Tal é que dificilmente, inclusive no imaginário popular, é possível dissociar a atuação da polícia da aplicação da justiça criminal.

Estudos recentes da atividade policial têm demonstrado o quanto de tempo é gasto pelos policiais tratando de outros assuntos que não estão ligados ao combate à criminalidade. Nos EUA, a polícia de Chicago contabilizou como “não-criminal” cerca de 83% das chamadas policiais num período de 28 dias. Em Detroit, apenas 16% estavam relacionadas a alguma prática de crime⁵.

O que faz a polícia? Segundo Ergon Bittner, sociólogo americano conhecido por seus estudos sobre o relacionamento entre polícia e sociedade, tem-se que

O papel da polícia é tratar de todos os tipos de problemas humanos quando sua solução necessite ou possa necessitar do emprego da força — e na medida em que isso ocorra —, no lugar e no momento em que tais problemas surgem. É isso que dá homogeneidade a atividade tão variadas quanto conduzir o prefeito ao aeroporto, prender um bandido, retirar um bêbado de um bar, conter uma multidão, cuidar de crianças perdidas, administrar primeiros socorros e separar brigas de casal.⁶

Isso mostra que ao atender pessoas doentes ou locais de acidentes, animais feridos ou perdidos, pessoas embriagadas ou provocando desordem, distúrbios familiares, muito tempo se gasta do policial em assuntos que não estão diretamente relacionados à função policial típica, que é conter a criminalidade e manter a ordem e a paz social. Aliás, essa imagem de “cuidador” e não somente de “repressor”, acabaram dando um novo significado para a existência e manutenção da polícia, influenciando profundamente a imagem da organização e dos próprios policiais.

Diante desses diversos papéis da polícia, a distinção entre uma “boa” polícia, a que protege, da “má” polícia, a que “reprime”, reside na análise e interpretação de qual finalidade se pretende com a atuação policial isto é, o que se espera da polícia. Dependendo da resposta, ela será “boa” em um sentido e talvez “má” em outro sentido.

⁵ GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma Sociedade Livre**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003, p. 42

⁶ *Apud* MONJARDET, Dominique. **O que faz a polícia: sociologia da força pública**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003, p.21

3 O ESTADO DE SÃO PAULO E AS MEDIDAS DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

Conforme mencionado anteriormente, à polícia civil incumbe as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. Já à polícia militar cabe a atividade de polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, sendo certo que, tanto a polícia militar quanto a civil encontram-se subordinadas aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, nos termos do art. 144 da CF.

Assim, tem-se que: considerando que as Polícias Civil e Militar são órgãos subordinados diretamente à *Secretaria de Estado da Segurança Pública*, que por sua vez está subordinada diretamente ao Governador do Estado dentro da organização do governo estadual; e considerando que a função da polícia é precipuamente a de manter policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública em caráter preventivo, assim como a apuração das infrações penais e sua autoria, quando da prática de crimes — dentre outras funções não diretamente relacionadas à prática de infrações penais, como já foi dito acima —, torna-se necessário fazer uma análise das ações governamentais que visam proporcionar à comunidade a *segurança pública*, bem como confrontá-las com a questão da eficácia administrativa, princípio que deve reger as ações da Administração Pública no atingimento dos interesses da sociedade.

Consoante se depreende dos dados existentes no *site* da Secretaria de Estado da Segurança Pública,⁷ o Estado de São Paulo registrou, no ano de 2011, a maior taxa de diminuição dos índices de crimes praticados contra a vida do indivíduo quando intencional.

Desde o final da década de 1990, as ações do Estado lograram êxito em reduzir em cerca de 72% a taxa de homicídios, passando de 35,27 casos por 100 mil habitantes, registrados no ano de 1999, para cerca de 10 por 100 mil no ano de 2011, superando em muito a taxa nacional de 22,3 homicídios por 100 mil habitantes. Cidades como Bogotá, Medellín e Cali, na Colômbia, apresentaram índices muito superiores, na proporção de 23/100 mil, 94,5/100 mil e 82,4/100 mil, respectivamente.

Por ter sido a primeira vez que o Estado atingiu a marca de 10 homicídios por 100 mil habitantes, houve reconhecimento e destaque em nível mundial, inclusive pela ONU (Organização das Nações Unidas), pois no mesmo ano o Estado de Alagoas alcançou marca de 74,5/100 mil homicídios, muito próximo ao padrão de Honduras, considerado o país mais violento em todo mundo, com indicador de 90,4/100 mil, conforme Anuário Brasileiro de Segurança Pública.⁸

⁷ Disponível em <<http://www.ssp.sp.gov.br/>>

⁸ Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/lanuario_2013-corrigido.pdf>. Acesso em 17 jul. 2014

Com a taxa em torno de 23,5/100 mil, o Brasil ainda possui o 3º maior índice de homicídios na América do Sul, perdendo apenas para Venezuela (53,7/100 mil) e Colômbia (30,8/100 mil) e é o 16º no panorama mundial, conforme dados obtidos junto ao UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) no ano de 2012.⁹

Segundo divulgado no site da Secretaria de Estado da Segurança Pública,¹⁰ a queda do número de mortes intencionais no Estado de São Paulo ocorreu graças ao aumento nos investimentos nessa área, que passou da casa dos R\$ 2 bilhões na década de 90 para R\$ 11,5 bilhões em 2012. Colaborou para esse resultado a retirada de circulação cerca de 395 mil armas de fogo ilegais desde a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento, a intensificação do policiamento preventivo e a maior atuação do DHPP (Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa), com aumento no número de esclarecimento de crimes, inclusive com a criação em 2008 do Grupo Especializado de Atendimento a Locais de Crime (GEACRIM), em que delegados, investigadores e peritos criminais atuam exclusivamente em locais de crime com o objetivo de esclarecer as circunstâncias da morte no prazo de 48 horas.

Outro fator apontado como causa da diminuição do número de homicídio em todo Estado de São Paulo foi o INFOCRIM (Sistema de Informações Criminais), em que a polícia cria mapas operacionais de patrulhamento em áreas de maior incidência de criminalidade; o FOTOCRIM, em que a polícia paulista passa a ter acesso ao banco de fotos da Polícia Militar, que conta com mais de 400 mil registros de criminosos e 1,4 milhões de fotos.

São ações da polícia que deram resultado e conduziram o Estado de São Paulo ao patamar aceitável de 10 mortes por 100 mil habitantes, taxa de homicídio aceitável pelos padrões internacionais.

Nesta mesma linha, foi criado o programa “São Paulo Contra o Crime”, o qual se constitui como um Programa de Metas e Ações, cujo objetivo é reduzir o crime no estado de São Paulo, através do trabalho integrado e da atuação planejada das três instituições policiais (Polícia Militar, Polícia Civil e Polícia Científica) e consiste, basicamente, no pagamento de bônus aos policiais que atingirem as metas estabelecidas para a redução dos índices criminais.

Tal programa é um projeto que envolve empresários, organizações não governamentais, especialistas e segurança e pesquisadores de universidades, além de uma parceria firmada entre o governo e o Instituto *Sou da Paz*, uma organização não governamental com histórico em pesquisas sobre violência, com reconhecidos trabalhos desenvolvidos e reconhecidos nessa área. Trata-se de um programa que visa

⁹ Disponível em <<http://www.unodc.org/unodc/index.html>>. Acesso em 17 jul. 2014

¹⁰ Disponível em <<http://www.ssp.sp.gov.br/>>. Acesso em 17 jul. 2014

premiar agentes policiais pela eficiência em seu trabalho, mas que, até o momento, não trouxe resultados animadores em relação à redução da criminalidade.¹¹

Assim, uma vez implementadas ações e políticas públicas voltadas para a redução da criminalidade, faz-se necessário analisa-las sob a ótica dos princípios que devem reger a Administração Pública.

4 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA

A Administração Pública, no desempenho de suas funções, sujeita-se a regime jurídico diverso dos entes de direito privado. Isso porque, sendo ela responsável pela gestão de interesses pertencentes à coletividade, deve ela pautar-se por princípios específicos que deverão nortear sua atuação, visando ao adequado desempenho de suas funções.

Deste modo, os poderes e prerrogativas conferidos à Administração Pública têm como objetivo permitir que esta desempenhe a contento o papel para o qual fora ela criada, qual seja: a satisfação do interesse público. Registre-se, por oportuno, que a doutrina costuma classificar o interesse público em duas espécies distintas, a saber: interesse público primário e secundário. O primeiro pode ser identificado com o interesse da sociedade, significando valorização da justiça, da segurança e do bem-estar. Já o segundo é aquele no qual se objetiva o interesse da Administração Pública, enquanto ente estatal, ou seja, visa-se a consecução dos objetivos do governo.

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, deriva o princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual se justifica em função da natureza dos bens tutelados pelo ente estatal, de tal modo que, por se tratarem de bens pertencentes a toda a sociedade, não se encontram sujeitos à livre disposição de quem quer que seja, pois se trata de bem de uso comum do povo, possuindo caráter indisponível.

Além destes, a doutrina costuma fazer menção a uma série de outros princípios inerentes à Administração Pública e independentemente de sua positivação. São os chamados princípios implícitos.

José dos Santos Carvalho Filho, elenca como princípios implícitos: supremacia do interesse público, autotutela, indisponibilidade, continuidade dos serviços públicos, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade¹². Maria Sylvania

¹¹ Os dados estatísticos disponíveis no site da Secretaria de Segurança Pública demonstram que, com exceção do crime de roubo de veículos, houve aumento nos índices criminais no 1º trimestre de 2014 em comparação ao 4º trimestre de 2013. (Para maiores detalhes cf. <<http://www.ssp.sp.gov.br/novaestatistica/Trimestrais.aspx>>. Acesso em 17 Jul. 2014)

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 26-31.

Zanella Di Pietro¹³, por sua vez, enumera os seguintes princípios inerentes à Administração Pública. São eles: supremacia do interesse público, impessoalidade, presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle ou tutela, autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade e proporcionalidade, segurança jurídica.

Destaque-se, ainda, que a lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, menciona os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público.

Além dos denominados princípios implícitos, observa-se que o art. 37 da Constituição Federal estabeleceu um rol de princípios que deverão ser obedecidos pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tais princípios também derivam do regime jurídico inerente à atividade administrativa, diferenciando-se dos princípios implícitos unicamente em razão do fato de terem sido expressamente previstos em nossa Constituição.¹⁴

O primeiro princípio é o princípio da legalidade, segundo o qual a lei se constitui como limite de atuação para o poder público, de tal forma que o administrador só poderá agir dentro dos limites autorizados pela lei.

Discorrendo sobre o tema, Márcia Noll Barboza¹⁵ destaca que o princípio da legalidade da Administração significa exigência de “conformidade ao direito”, ou seja: não basta apenas a conformidade à lei formal, devendo-se analisar o ato sob um aspecto mais amplo, qual seja: a do ordenamento jurídico em vigor.

O segundo princípio mencionado no artigo 37 da CF é o princípio da impessoalidade, o qual, por sua vez, comporta diferentes interpretações. Para alguns, o princípio da impessoalidade está relacionado ao princípio da finalidade, qual seja: a busca da satisfação do interesse público. Para outros, tal princípio estaria relacionado ao princípio da isonomia, na medida em que objetiva a igualdade de tratamento pela Administração em relação aos cidadãos que se encontrem na mesma situação jurídica. Por fim, há quem relacione o referido princípio à estreita ligação da impessoalidade com a imputação, em razão dos atos praticados pelos agentes públicos serem imputados ao Poder Público.

O terceiro princípio é o princípio da moralidade, o qual tem como objetivo orientar a atuação dos agentes públicos, abrangendo os princípios da lealdade e boa-

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 89.

¹⁴ COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Discricionariedade administrativa no Estado Democrático de Direito. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida (coord.). Advocacia e direito público (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas). Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 221

¹⁵ BARBOZA, Márcia Noll. O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 109.

fé, bem como a probidade administrativa. Neste aspecto, Márcia Noll Barboza¹⁶ ensina que a aplicação de tal princípio deve levar em consideração “os objetivos sociais fixados na Constituição, que caracterizam o Estado brasileiro como Estado Social e Democrático e de Direito, volta à realização efetiva da democracia, que não se realiza sem um atuar positivo do Estado com vistas à redução das desigualdades”. E a autora arremata: “a moralidade administrativa funciona como um instrumento a ser utilizado pela Administração Pública a fim de orientá-la e modo a realizar as finalidades estatais, bem como com vistas ao bom atendimento da população.”¹⁷

A Constituição também faz expressa menção ao princípio da publicidade, o qual encontra-se relacionado à transparência na gestão pública, garantindo a legalidade e a moralidade dos atos administrativos. Tal publicidade permite um melhor controle do poder estatal e da moralidade administrativa, razão pela qual muitos autores afirmam que tal princípio constitui-se como requisito de eficácia e moralidade do ato administrativo.

Por fim, tem-se o princípio da eficiência, o qual foi inserido no artigo 37 da CF por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1988. Contudo, como bem assevera Emerson Gabardo¹⁸ tal princípio já se encontrava “implícito à estrutura do regime republicano”.

Neste aspecto, destaque-se que Antônio Ribeiro Lopes¹⁹ critica a inclusão da inserção da eficiência como princípio da Administração Pública; para o citado autor, a eficiência não é princípio da Administração Pública, mas, sim, finalidade desta. Salienta o referido professor:

Nada é *eficiente* por princípio, mas por consequência, e não será razoável imaginar que a Administração, simplesmente para atender a lei, será doravante eficiente, se persistir a miserável remuneração de grande contingente de seus membros, se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções do alto escalão a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência não tiver um paradeiro.²⁰

De qualquer modo, tem-se, assim, que a eficiência nas atividades de segurança pública foi duplamente contemplada, constituindo-se como um princípio da Administração Pública (nos termos do artigo 37, caput) bem como um dos objetivos a ser perseguido pelo poder público.

De todo o exposto, conclui-se que todos os princípios relacionados à Administração Pública (tanto implícitos quanto explícitos) têm como objetivo traçar

¹⁶ BARBOZA, Márcia Noll. O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica, p. 117.

¹⁷ Idem, p. 119

¹⁸ GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: dialética, 2002, p. 147

¹⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 108.

²⁰ LOPES, Maurício Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa*, p.108.

diretrizes e balizas a serem seguidas pelo ente estatal, de modo a possibilitar a adequada defesa do interesse público.

No caso da segurança pública, tais princípios guardam estrita relação com o sentimento de segurança e tranquilidade que deve existir em um Estado Democrático e de Direito, constituindo-se como vetores fundamentais para que a Administração pública possa gerir seus órgãos e realizar suas atividades de forma efetiva e eficiente. Especificamente em relação à eficiência, observe-se que, consoante estabelece o art. 144, § 7º, d) CF, a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Logo, a eficiência em sede de segurança pública demanda a realização de uma política pública duradoura e cada vez mais abrangente, que consiga envolver agentes públicos e sociedade na busca pela redução dos índices de criminalidade no Estado.

CONCLUSÕES

A eficiência no desempenho de suas atribuições, em sede de segurança pública, encontra-se intimamente relacionada aos índices de criminalidade existentes em determinada localidade em determinado período.

O crime (e, em especial, o homicídio) é um fenômeno social e existente em todas as sociedades, que deve ser coibido. Neste aspecto, destaque-se que o bem jurídico lesado (a vida) constitui-se como um direito fundamental do indivíduo, criando para o Estado o dever de agir com vistas à sua proteção.

Os dados apresentados demonstram que a Administração Pública Estadual têm atuado de forma a ser eficiente no combate à criminalidade, diminuindo os índices de violência e, especialmente, o número de mortos em razão de crimes de homicídio doloso.

A taxa de homicídios dolosos no Estado de São Paulo na década de 1990 era de 35,27 casos por 100 mil habitantes. Contudo, por meio das políticas públicas e ações implementadas pelo Estado, esse número foi reduzido para 10 mortos em cada 100 mil habitantes, no ano de 2011. Observe-se, ainda, que os índices registrados no Estado de São Paulo são muito inferiores à média nacional, que é de 22,3 homicídios por 100 mil habitantes.

Tal redução deveu-se a inúmeros fatores, podendo-se citar o investimento financeiro na área, a intensificação do policiamento preventivo, a criação de grupos especializados, melhor remuneração dos profissionais, etc.

Contudo, para que haja uma maior eficiência da atuação policial nessa área é necessário investir constantemente em treinamento e aprimoramento e aperfeiçoamento da polícia. Do mesmo modo, ações sociais e criação de políticas públicas voltadas para a redução dos fatores que levam à criminalidade devem ser incentivadas.

A luta pela redução dos índices de criminalidade (aumentando a eficiência da segurança pública) é uma exigência da sociedade e uma obrigação do ente estatal na proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Site do Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2013-corrigido.pdf. Acesso em 17 jul. 2014

BARBOZA, Márcia Noll. O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002

BRASIL. **Constituição do Estado de São Paulo**. Disponível em <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em 15 jul. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen jûris, 2007

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Advocacia e direito público (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 18ª ed., 2005

GOLDSTEIN, Herman. **Policando uma Sociedade Livre**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003

BRASIL tem 11 dos assassinatos do mundo. <http://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2014/04/10/brasil-tem-11-dos-assassinatos-do-mundo-diz-onu-norte-e-nordeste-lideram.htm>. Acesso em 17 jul. 2014

LOPES, Mauricio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa**. São Paulo: RT, (1998:108) apud SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da Administração Pública**. LTr, 2003.

MONJARDET, Dominique. **O que faz a polícia: sociologia da força pública**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **História Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo**. São Paulo: Ed. do Autor, 2011.

SÃO PAULO (Estado) **Secretaria da Segurança Pública**. Disponível em <http://www.ssp.sp.gov.br/>. Acesso em 17 jul. 2014

UNODC. **Site do Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime**. Disponível em <http://www.unodc.org/unodc/index.html>. Acesso em 17 jul. 2014

WEBER, Max. **Ciência e política : duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

INTERESSE PÚBLICO: UM CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Silas Silva Santos¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Interesse público como conceito jurídico indeterminado; 3. O papel da jurisprudência na construção normativa do interesse público; 4. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A ordem jurídica, para ser bem compreendida e aplicada, passa necessariamente pela concretização do que se tem chamado de *segurança jurídica*. De fato, não seria possível estabelecer o império do Direito, para fins de regulação e pacificação das relações sociais, sem conhecer o seu próprio conteúdo e sem adotar técnicas para que esse conteúdo, uma vez aplicado, permaneça hígido. Em outras palavras, o sistema jurídico parece trazer consigo um clamor pela *certeza* e pela *estabilidade*².

Pelo prisma da certeza, ou mais precisamente da *prévia calculabilidade*³, avulta a importância das noções de “certeza da vigência, da projeção temporal e do conteúdo das normas jurídicas”⁴. E assim se dá porque “o indivíduo deve estar seguro não só quanto à norma aplicável, mas também quanto ao sentido deontológico que encerra essa mesma norma”⁵.

“A função nuclear do Direito é o estabelecimento de uma ordem. Vale dizer: o objetivo essencial buscado pelas normas jurídicas é a fixação de pautas de comportamento, graças ao quê tanto a sociedade como seus membros têm por definido o *que pode* e o *que não pode ser feito*. Sem isto haveria o caos, a incerteza, a insegurança completa”⁶.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP; Professor no Centro Universitário Toledo Prudente; Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

² Assim preleciona HELENO T. TORRES: “a segurança jurídica integra-se à Constituição como forma de garantir a certeza e estabilidade interna do sistema” (*Direito constitucional tributário e segurança jurídica*. São Paulo: RT, 2011, p. 160).

³ “Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 126).

⁴ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47.

⁵ VALIM, Rafael. *Ob. cit.*, p. 47.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da segurança jurídica: mudança de orientação administrativa. In *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 301.

Segundo se diz em doutrina, a par do seu assento constitucional⁷, o princípio da segurança jurídica tem aplicação assegurada no campo do Direito Administrativo, pois assim o reconhece o art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal⁸.

Nos tempos que correm, a proliferação de atos normativos e a utilização frequente, nos textos legislativos, de linguagem com significação aberta ou indeterminada trazem à tona a necessidade de renovados estudos sobre a técnica legislativa dos *conceitos jurídicos indeterminados*⁹, especialmente no âmbito do Direito Administrativo, pois aqui se interpõe o diálogo, mais ou menos intenso, entre as noções de *legalidade*, *discricionariedade* e *vinculação*, tudo a desembocar em notáveis dificuldades no campo do *controle* da atuação administrativa pelo Poder Judiciário.

Para os objetivos deste ensaio, sobreleva considerar a segurança jurídica na perspectiva do *conteúdo da norma*, já que se busca criar ambiente de reflexão em torno do *interesse público como conceito jurídico indeterminado* e as técnicas, inclusive processuais, de concretização da segurança jurídica mesmo quando os textos legislativos fazem apelo a esse tipo de construção linguística.

2 INTERESSE PÚBLICO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Tem sido comum encontrar a afirmação de que não é fácil definir o interesse público¹⁰, haja vista que o fenômeno, tal como se dá no amor, embora sentido e experimentado no decorrer da vida, parece não existir quando se deseja conceituá-lo¹¹. De fato, o interesse público “existe, todo el mundo habla de él, es un principio conformador del ordenamiento jurídico, sin embargo, es muy rebelde a toda definición”¹².

⁷ ÁVILA, Humberto. *Ob. cit.*, p. 189 *et seq.* Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se reconheceu a segurança jurídica como “projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito” (STF, MS 28.720/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 20.03.2012, DJe 02.04.2012). Noutra ocasião, decidiu-se que o valor segurança jurídica tem *status* de subprincípio do próprio Estado de Direito, sobre o qual está construída toda a República Federativa do Brasil (STF, MS 24.268/MG, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 04.02.2004, DJ 17.09.2004).

⁸ VALIM, Rafael. *Ob. cit.*, p. 48.

⁹ “A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo porque o uso destes conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade e em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela sua instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram ‘verdades’ sociais” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 152).

¹⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derecho prestacionales e interés público. In BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 146.

¹¹ ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo. El interés público es como el amor. In BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público, cit.*, p. 30. Em tom muito próximo da poesia, eis as palavras do autor: “Agora lo que pasa es que es difícil de definir. Si opera, opera, per es difícil de definir. Un poco con el interés público, pasa como con el amor: quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que sus venas han latido a través del amor, que el ritmo de su pulso se ha movido a través de esa cosa ancestral que es el amor? Sin embargo cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerzas, como si perdiera todo. Entonces, es mejor no definirlo”.

¹² ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo. El interés público es como el amor, *cit.*, p. 23.

Afora a perspectiva conceitual, a doutrina ainda elabora diversos dilemas em torno dos quais gravita a noção de interesse público¹³. É que o legislador, em diversos passos, utiliza indiscriminadamente as expressões interesse público, interesse geral, utilidade pública, bem comum, interesse geral do Estado, interesse geral da sociedade, tudo a desembocar na indagação sobre se os termos são sinônimos e se é possível dar uma resposta universal a tal indagação ou se, na verdade, a resposta só se encontra em cada caso concreto.

Demais disso, questiona-se em torno de quais órgãos do Estado teriam legitimidade para definir o que é interesse público. Serão os juízes? Será a Administração? Será o Legislador? Ou o Constituinte?

Ainda assim, seria possível discutir como se aprecia o interesse público, se em abstrato, se por categorias abstratas ou se concretamente em determinado momento, caso por caso. Noutra perspectiva, seria ainda possível trabalhar com a questão dos portadores do interesse público: qual é o sujeito exponencial do interesse público?¹⁴

Conquanto não se negue a relevância de cada um desses dilemas, aqui não se permite embrenhar por essas discussões, sendo suficiente, para os contornos singelos do trabalho, reconhecer que o interesse público pode ser visualizado como um *princípio político* e também como um *princípio jurídico*¹⁵. Na primeira acepção, o interesse público confunde-se com o “próprio fim do Estado”, motivo por que sua noção varia com o passar do tempo e segundo o modelo de Estado que se adote. Daí que para um modelo de Estado Social de Direito, o interesse público “identifica-se com a ideia de *bem comum* e reveste-se, mais uma vez, de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano”¹⁶.

Na acepção de princípio jurídico, o interesse público revela-se como norma a ser observada “na decisão de casos concretos”, exurgindo de sua interpretação a decisão sobre a legalidade da atuação administrativa¹⁷.

Em construção análoga, BACELLAR FILHO assevera que o interesse público, quanto à *estrutura*, “corresponde ao interesse coletivo primário, compreendido como o conjunto de interesses da coletividade, e dos cidadãos enquanto membros dessa

¹³ Os dilemas anunciados no texto são todos extraídos do ensaio de Andrés Muñoz (El interés público es como el amor, *cit.*, *passim*).

¹⁴ É por esse prisma que a doutrina enfatiza que o Estado “no es el único sujeto portador del interés público, hay otros sujetos que pueden ser inclusive particulares por delegación o no, que también vienen al proceso como sujetos portadores del interés público. Entonces hay que hacer un balance entre estos intereses públicos en juego, porque son intereses públicos que a veces pueden ser diferentes” (ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo. *Ob. cit.*, p. 29).

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 233 *et seq.* Para aprofundamentos, cfr. HACHEM, Daniel Wunder (*Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 152 *et seq.*).

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, *cit.*, p. 240. É nesse ambiente mais amplo que se coloca o interesse público dentre os princípios norteadores de toda a atuação administrativa (art. 2º, da Lei nº 9.784/99).

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 233.

coletividade”¹⁸. Já quanto ao *conteúdo*, o interesse público extrai-se do direito positivo e de seu núcleo essencial irradiam os seguintes predicados:

“(a) a *juridicidade* e a *legalidade* administrativas, cujo respeito implica no cumprimento da lei em sentido formal e do sistema jurídico como um todo, notadamente da Constituição Federal; (b) a *impessoalidade* administrativa, pois se a Administração age em nome da coletividade, sua atuação não pode estar atrelada a favorecimentos ou perseguições personalizadas; (c) a *moralidade* administrativa, que impõe o dever de atuação ética, proba e previsível; (d) a *publicidade* administrativa, já que o interesse da coletividade exige meios transparentes e divulgação da gestão dos bens jurídicos que pertencem a todos; (e) a *eficiência* administrativa, visto que a realização plena de todos os componentes anteriores pressupõe o exercício diligente das competências que são conferidas à Administração Pública”¹⁹.

A despeito da tentativa de emoldurar o conteúdo jurídico do interesse público em poucas palavras, parece lícito afirmar que os enunciados acima propostos ainda não se mostram suficientes, haja vista que as noções que conotariam o seu núcleo essencial (legalidade, juridicidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) também são fluidas. A construção indicada ainda se sujeita a outra crítica: à medida que o conteúdo do interesse público vem extraído do direito positivo, fica sem sentido a previsão no art. 2º, da Lei nº 9.784/99, do princípio do interesse público *ao lado* de vários outros princípios que seriam conformadores do seu conteúdo.

Seja como for, importa aqui laborar com a *acepção jurídica* de interesse público, como forma de solucionar problemas práticos que podem surgir na aplicação de disposições como as que vêm exemplificadas na sequência. Permite-se trabalhar com várias situações, mesmo correndo-se o risco de tornar o texto um pouco mais cansativo, no intuito único de demonstrar quão amíuêdo o interesse público aparece em cena e exige do intérprete, e também do aplicador, redobrados cuidados no manejo dessa noção, já que a partir disso as soluções concretas podem variar, e muito.

Na Lei nº 8.666/93, que trata das licitações, invoca-se a noção de interesse público em diversas passagens. Quando se cuida do pagamento dos empenhos, o legislador autoriza a alteração da ordem cronológica das respectivas exigibilidades “quando presentes relevantes razões de *interesse público*” (art. 5º). Noutra passagem, diz-se que as licitações serão efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de *interesse público*, devidamente justificado (art. 20). A revogação da licitação também pode ocorrer “por razões de *interesse público*” (art. 49,

¹⁸ A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In BACCELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 111.

¹⁹ BACCELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, *cit.*, p. 111-112.

caput). Já no campo das cláusulas exorbitantes, os contratos administrativos podem ser modificados, unilateralmente, “para melhor adequação às finalidades de *interesse público*” (art. 58, inc. I), sendo bom registrar, por fim, que “razões de *interesse público*” podem levar à rescisão do contrato administrativo (art. 78, inc. XII).

Em sede constitucional, semelhante problema advém, por exemplo: da vedação ao estabelecimento de cultos ou de igrejas, ressalvada a “colaboração de *interesse público*” (art. 19, inc. I); da contratação por tempo determinado para “atender necessidade de excepcional *interesse público*” (art. 37, inc. IX); da convocação extraordinária do Congresso Nacional, “em caso de *interesse público relevante*” (art. 57, § 6º, inc. II); do chamado veto político, que tem lugar quando o projeto de lei é “contrário ao *interesse público*” (art. 66, § 1º); da preservação do direito à intimidade, no âmbito dos julgamentos do Poder Judiciário, desde que tal limitação à publicidade não “prejudique o *interesse público* à informação” (art. 93, inc. IX); da garantia da inamovibilidade dos magistrados, “salvo por motivo de *interesse público*” (art. 95, inc. II); da greve em atividade essencial, “com possibilidade de lesão do *interesse público*”, hipótese em que o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo (art. 114, § 3º); da vedação de ocupação, domínio ou posse de área indígena, “ressalvado relevante *interesse público* da União” (art. 231, § 6º).

Tais exemplos desnudam a circunstância de que o interesse público, em diversas passagens legislativas, vem tratado como o que se tem chamado de *conceito jurídico indeterminado*.

Relembre-se que prestigiosa doutrina tem distinguido três tipos de formulação legislativa: o *tipo casuístico*, o *tipo de conceitos gerais-abstratos* e o *tipo das simples diretivas* (KARL LARENZ). No campo das simples diretivas é que se enfeixam as *cláusulas gerais* e os *conceitos jurídicos indeterminados*.

“Neste tipo o legislador recorre a linhas de orientação que fornece ao juiz, enuncia critérios valorativos de apreciação (cláusulas gerais), formula conceitos maleáveis e fluidos, onde não há sequer uma zona nuclear segura e cujos contornos e extensão aparecem indeterminados (conceitos indeterminados)”²⁰.

Não obstante a crítica endereçada à expressão *conceito jurídico indeterminado* – já que um conceito, para que o seja substancialmente, há de ser determinado²¹ –, lícito é dizer que conceitos jurídicos indeterminados são aqueles “cuja

²⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1999, p. 60.

²¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 196 et seq. Diz o autor, textualmente: “não existem ‘conceitos indeterminados’. Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*” (p. 196). Em posição oposta, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz: “a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula” (*Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 5ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20-21).

realidade a que se referem não aparece bem definida, cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente²², motivo pelo qual “necessitam ser completados por quem os aplica”²³.

Interessante observar que esse apelo ao aplicador advém de uma opção clara do próprio legislador, conforme salienta ZAGREBELSKY:

“Cuando se expresa de este modo ('buenas costumbres', 'buena fe', 'buen padre de familia', 'interés público', 'relaciones sociales justas', etc.), es el propio legislador quien declara su incapacidad para prever la concreta aplicación y quien autoriza expresamente que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento”²⁴.

É verdade, porém, que essa tendência para utilização de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados não se dá de maneira pacífica. Especificamente no campo do direito administrativo, o “efeito remissivo ou delegante de espaços inovadores de complementaridade decisória do poder legislativo para o poder administrativo” traz à tona discussões em torno do déficit democrático do fenômeno, além de suscitar “o problema da eventual renúncia do legislador ao exercício da respectiva competência densificadora das normas que emite”²⁵.

Na Espanha chegou-se a afirmar que a teoria alemã dos conceitos jurídicos indeterminados aplicada à noção de interesse geral não se ajusta ao modelo constitucional vigente naquele País²⁶. Tal crítica vem refutada por GARCÍA DE ENTERRÍA, especialmente porque a própria Constituição espanhola vale-se, em diversos passos, das expressões “interés general” ou “interés público”, as quais veiculam enunciados indeterminados, “sobre cuya extensión concreta caben incluso polémicas políticas o interpretativas, pero que puede funcionar y funciona (y ésa es toda la intención de su utilización) para excluir ciertas actuaciones y para incluir otras, como un canon delimitador, pero que se hace bastante preciso en cuanto es cuestionado en un caso concreto”²⁷.

A par disso, a técnica legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados, quando menos, ostenta a vantagem de reduzir em muito o processo natural de

²² COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. In *Justitia*. São Paulo, v. 51, n. 145, jan./mar. 1989, p. 37.

²³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 200.

²⁴ *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9ª ed., trad. espanhola de Marina Gascón, Madrid: Trota, 2009, p. 136.

²⁵ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2ª reimp., Coimbra: Almedina, 2011, p. 898.

²⁶ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 238, apud GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 6ª ed., Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009, p. 230.

²⁷ *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., p. 231-235.

“envelhecimento” da lei e ainda permite a rápida solução de hipóteses, às vezes críticas, que nem de longe passariam pela imaginação antecipada do legislador.

Fala-se, pois, numa “insuficiência do legislador”, provocada pelo aumento das missões confiadas à tutela do Estado e pela necessidade de especialização e de rapidez decisórias “a que o poder legislativo-parlamentar se mostra incapaz de responder”²⁸.

“Observa-se que a própria lei, além de não ter capacidade de prever todas as necessidades colectivas a satisfazer, nem de consagrar os melhores processos em concreto aptos para a respectiva satisfação, não pode antecipar, prevenir ou contrariar os novos riscos que espreitam as modernas sociedades desenvolvidas: as súbitas crises dos mercados financeiros, os desastres ecológicos, os ataques terroristas ou as catástrofes naturais são meros exemplos de situações que não encontram na actividade do poder legislativo a resposta pronta, eficaz e perfeita. O Estado-administrador é hoje, por isso mesmo, uma inevitabilidade histórica”²⁹.

Tal insuficiência, em certa medida, vem compensada pela utilização de expressões abertas, conotadas por uma vagueza semântica, aptas a capturar na realidade situações as mais diversas, todas elas exigentes de regulação jurídica. Eis aí a vantagem de veiculação, pela lei, dos chamados conceitos jurídicos indeterminados³⁰, cuja densificação normativa vai ser buscada à luz de dados colhidos na realidade³¹.

Defluem dessa realidade duas constatações importantes para o desenvolvimento deste trabalho: (i) a recondução da análise jurídica a partir do caso concreto; (ii) o incremento da participação da Administração Pública na construção da norma aplicável.

Quanto ao primeiro aspecto, presente a necessidade de se buscar a solução normativa a partir da realidade e não propriamente a partir do texto legal, parece lícito afirmar a relevância da *tópica jurídica*, consistente num modo de pensar *problemático*, isto é, partindo-se do próprio problema para depois se construir a norma jurídica aplicável³². Logo, trabalhar o interesse público como conceito jurídico indeterminado

²⁸ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, cit., p. 158.

²⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 158.

³⁰ “O tradicional modelo de uma legalidade administrativa fechada e rígida, produzindo uma Administração Pública serva da lei através de uma aplicação mecânica ou puramente subsuntiva das soluções contidas em normas legais heterovinculativas, tal como havia sido teorizada em certos sectores liberais, encontra-se hoje desesperadamente ultrapassado: em vez disso, assiste-se a uma progressiva indeterminação e abertura densificadora da normatividade a favor da Administração Pública que, por esta via, adquire um crescente activismo na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares, conferindo-se uma inerente maleabilidade à legalidade administrativa que vive tempos de erosão do seu habitual e repetido papel puramente vinculativo da actuação administrativa” (OTERO, Paulo. *Ob. cit.*, p. 894).

³¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 200.

³² Para aprofundamentos, consulte-se VIEHWEG, Theodor (*Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alfien da Silva, Porto Alegre: SAFE, 2008, *passim*).

expõe o aplicador às vicissitudes de um *raciocínio indutivo*, que se apoia no caso concreto (particular) para chegar à norma aplicável (geral).

O segundo aspecto, que acaba sendo emanção do primeiro, põe em pedestal elevado o protagonismo que se impõe à Administração Pública, que deixa de ter uma participação simplesmente mecânica de aplicação da lei ao caso concreto, de tipo subsuntivo e nos moldes de um raciocínio dedutivo (do geral para o particular), e passa a ostentar a grave missão de construir a norma, já que do texto legal não se pode extrair, desde logo, a carga normativa suficiente para resolução do caso concreto. É nesse sentido que a doutrina reserva um duplo papel para a Administração Pública:

“Registra-se, com efeito, que os órgãos administrativos, além da sua natural função aplicadora da legalidade às situações concretas, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídico-administrativas, desempenham ainda (ou, pelo menos, participam), enquanto expressão da indeterminação e abertura densificadora das normas que são chamados a aplicar, uma função de desenvolvimento da normatividade que lhes servirá de critério posterior de actuação decisória. Ou seja, a Administração Pública aplica a lei, apesar de, num momento anterior, ter também participado na definição interpretativa ou integrativa do sentido dessa mesma lei, observando-se aqui o exercício de uma dupla tarefa: a Administração identifica e fixa o sentido da norma, concretizando depois esse mesmo sentido por si própria definido numa situação específica (...)”³³.

É razoável dizer, então, que à medida que se incrementa a vagueza semântica dos termos utilizados pelo legislador aumenta também a necessidade de a Administração Pública justificar, pormenorizadamente, sua atuação decisória, avultando, nesse aspecto, a exigência de *motivação* idônea. E constitui pressuposto para uma boa motivação, num modelo democrático como o nosso, a adoção de mecanismos de *participação* democrática que vão desembocar num ambiente propício para a intensificação da *processualidade* no direito administrativo³⁴.

Ainda sobre os conceitos jurídicos indeterminados, registra-se um forte debate sobre se tal fenômeno seria capaz de justificar atuação discricionária da Administração Pública. Isto é, indaga-se se a abertura semântica dos termos empregados pelo legislador abre espaço para a tomada de posições discricionárias e, nesse ponto, não sindicáveis pelo Poder Judiciário.

Em seu famoso estudo sobre a discricionariedade administrativa, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO enuncia que a utilização de termos plurissignificativos na *finalidade* da norma figura dentre as causas normativas geradoras de

Na doutrina brasileira, confira-se MARTINS-COSTA, Judith (*A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 355 et seq.).

³³ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, cit., p. 894.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993, *passim*.

discricionariedade³⁵. Em outras palavras, a discricionariedade, em certa medida, justifica-se exatamente por causa da utilização, no componente finalístico da norma, de conceitos vagos, imprecisos, fluidos ou indeterminados. Embora os conceitos jurídicos indeterminados sejam passíveis de interpretação, tal não significa dizer que em *todos* os casos o exercício de mera interpretação será suficiente para aclarar ou desvendar única decisão correta.

Sendo assim, soa exagerada, na visão de CELSO ANTÔNIO, a afirmação de que os conceitos vagos, ao serem confrontados com o caso concreto, ganhariam sempre a densidade normativa capaz de extirpar toda e qualquer dúvida sobre a aplicabilidade ou não do conceito³⁶.

“Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem interações diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. (...) Eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”³⁷.

Nessa perspectiva, constitui boa hipótese de trabalho a distinção entre *conceitos de experiência* e *conceitos de valor*, os quais funcionam como espécies do gênero conceitos indeterminados. Essa distinção pode servir como guia na perquirição sobre se há ou não discricionariedade frente à utilização, pela lei, de um conceito indeterminado³⁸. De fato, como toda classificação, o que importa é extrair dela alguma *utilidade*, sem que isso implique o reconhecimento de que se está perante uma classificação correta ou equivocada.

Sem lhes explicar a essência ou o significado substancial, a doutrina indica que os *conceitos de experiência*, ou teóricos, envolvem critérios objetivos, de sorte que o administrador, “após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado”³⁹. Veja-se que a doutrina nacional não chega a informar o *que são* os conceitos de experiência, mas apenas lhes revelam os *efeitos*. GARCÍA DE ENTERRÍA refere que os conceitos de experiência são aqueles que exigem uma apreciação dos fatos, razão pela qual se impõe um controle judicial ilimitado⁴⁰.

³⁵ *Discricionariedade e controle jurisdicional*, cit., p. 19-20.

³⁶ *Idem.*, p. 22.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, cit., p. 23. Em obra recente, Sílvio Luís Ferreira da Rocha também insere o tema dos conceitos vagos no âmbito de um possível juízo de discricionariedade (*Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 320-321). Conforme registra Regina Helena Costa, o doutrinador português Afonso Rodrigues Queiró leva às últimas consequências a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados imbricam-se com o tema da discricionariedade, ao afirmar que a lei *sempre* abre margem para a discricionariedade quando se vale dos conceitos indeterminados. O tom absoluto com que vazado o pensamento do doutrinador lusitano é criticado por Regina Helena Costa (*Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, cit., p. 48).

³⁸ COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, cit., p. 49.

³⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 48.

⁴⁰ *Democracia, jueces y control de la administración*, cit., p. 149.

Exemplificam-se os conceitos de experiência com as seguintes expressões, todas capturadas na lei: *invalidez* para fins de aposentadoria; *caso fortuito* ou *força maior*; *jogos de azar*; *premeditação*; *bons antecedentes*⁴¹.

Já os designados *conceitos de valor*, ou práticos, impõem ao aplicador uma primeira operação de interpretação, ao cabo da qual ainda lhe restará um “campo nebuloso” não suficientemente afastado pela simples interpretação⁴², exurgindo daí a definição do conceito “por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade”⁴³.

Ao exemplificar com a hipótese nomeação de ministro para ocupar cargo no Supremo Tribunal Federal, em que se exige *notório saber jurídico*, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO afirma que os conceitos de valor podem ou não dar margem à discricionariedade, tudo a depender do resultado da interpretação formada à luz do caso concreto. Diz a autora, textualmente:

“Pode ocorrer que, terminado o trabalho de interpretação, não se chegue a uma zona de certeza, positiva ou negativa. Restará uma zona cinzenta em que é preciso reconhecer certa margem de apreciação para a Administração Pública decidir. Com efeito, existem situações em que o exame da matéria de fato permite conclusão segura sobre qual seja a melhor solução. Figure-se a hipótese em que a Constituição exige notório saber jurídico para provimento de determinados cargos. A análise do currículo poderá levar o aplicador da norma a uma zona de certeza, positiva ou negativa, ou, ao contrário, o deixará em uma zona cinzenta, em que reste certa margem de apreciação”⁴⁴.

Porém, partindo da premissa de que a discricionariedade consubstancia-se na possibilidade de escolha entre duas ou mais soluções igualmente legítimas frente ao ordenamento, EROS GRAU salienta que é preciso apartar a técnica legislativa dos conceitos indeterminados e a técnica da decisão discricionária. É que no “exercício da *discricionariedade* o sujeito cuida da emissão de *juízos de oportunidade*, na relação entre *indiferentes jurídicos*; na aplicação de *conceitos indeterminados* (vale dizer, das *noções*) o sujeito cuida da emissão de *juízos de legalidade*”⁴⁵.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 118-119.

⁴² Para García de Enterría, os *conceitos de valor* verificam-se quando o juízo vai para além da apreciação de fatos, implicando, na verdade, juízos de valor que podem ser técnicos (impacto ambiental) ou políticos (interesse público, utilidade pública) [Ob. cit., p. 149].

⁴³ COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, cit., p. 48. Na doutrina portuguesa encontra-se a seguinte lição: “Conceitos normativos de valor serão aqueles que, simultaneamente com uma conexão com o mundo das normas, contêm uma valoração. Ser ‘menor’, por exemplo, é uma questão que pode ser determinada por critérios descritivos. Mas, ser ‘indigno’ ou ‘imoral’ só poderá ser determinado com base numa valoração” (SOUZA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no *direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 27). O autor citado anuncia alguns exemplos de conceitos de valor: dignidade, moralidade, bem comum, interesse público, necessidades públicas, segurança pública, ordem pública, facilidade do trânsito, capacidade, perigo, distúrbio, prejuízo para a paisagem, confiança, aptidão (Ob. cit., p. 27, nota 24).

⁴⁴ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 119.

⁴⁵ *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 204-205.

Em grande parte, a tese por último citada coincide com a tónica exposta por GARCÍA DE ENTERRÍA, para quem o manejo de expressões indeterminadas, contidas na lei, “postulan una única solución justa”⁴⁶, isso porque “la interpretación de un concepto legal indeterminado es, como toda interpretación, una cuestión jurídica”⁴⁷.

“La indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución. Por el contrario, resulta manifiesto que la utilización que la Ley hace de estos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente indicada como determinable”⁴⁸.

Entre nós, LUIS MANUEL FONSECA PIRES, após intensa resenha bibliográfica a respeito do tema e de significativa elaboração doutrinária sobre a ideia de interpretação, chega à conclusão de que o conceito jurídico indeterminado não enseja discricionariedade; o que se reclama, em verdade, é interpretação⁴⁹, entendida como “*procedimento racional* do intérprete, o que *não é independente da vontade humana*, porque não se encontra na natureza, mas que procede *necessariamente da psique*, do *ser*, do *espírito* que permite prolatar uma conclusão sobre qual *deve ser* a norma de conduta”⁵⁰.

Eis por que seria irrelevante, para a doutrina que se vem de citar, a distinção entre conceitos de experiência e conceitos de valor, já que na construção de ambos interviria a vontade do intérprete, uma vez que interpretar não é *apenas* observar!⁵¹

Não constitui proposta deste trabalho tomar partido sobre tão elegante celeuma, notadamente porque o assunto da *interpretação de conceitos jurídicos indeterminados* envolve, na verdade, profundo estudo de teoria geral do direito, empresa que não cabe dentro dos singelos limites deste ensaio.

O que importa aqui é realçar o problema, colocar em evidência a sua existência e, numa tentativa de contribuição, chamar a atenção para o grave *papel da jurisprudência* na construção paulatina da noção de interesse público como conceito jurídico indeterminado.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 252.

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 149.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 252. Embora tratando da atividade judicial frente às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados, a doutrina portuguesa também afasta a ideia de que o manejo desses conceitos atribua ao julgador alguma dose de discricionariedade (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil, cit.*, p. 63).

⁴⁹ *Controle judicial da discricionariedade administrativa*: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 102.

⁵⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Ob. cit.*, p. 103.

⁵¹ “A diferença que se faz, no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, entre conceitos de *experiência* e conceitos de *valor* é igualmente insuficiente para sustentar, como conclusão, a possibilidade de haver discricionariedade junto a estes últimos, pois a *vontade* não está ausente na interpretação de um conceito de experiência. É dizer, a *avaliação*, a *reflexão*, o *cotejo*, o *sopesar*, a *análise* sobre o que se tem por senso comum a respeito de certo conceito de experiência, todo este labor *intelectual, racional*, todo o emprego da consciência do intérprete está presente na determinação de qualquer conceito” (PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Ob. cit.*, p. 97).

Do que se expôs é possível extrair a conclusão de que o interesse público, em certos casos, aparece no texto da lei como conceito jurídico indeterminado⁵², evidenciando-se que tal indeterminação não resiste ao exame do caso concreto, razão pela qual se consente com a ideia de que o interesse público, em verdade, constitui um *conceito jurídico determinável*⁵³. Vale lembrar, ademais, a aguda observação doutrinária consoante a qual existem *graus de indeterminação*, tudo a depender do ramo do direito em que se trabalha a questão do interesse público e também dos diversos setores de atuação estatal e dos diferentes institutos que se pretenda manipular⁵⁴.

3 O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA CONSTRUÇÃO NORMATIVA DO INTERESSE PÚBLICO

Cabe ao Poder Judiciário a última palavra em torno da interpretação e aplicação do direito, pois assim exorta o poder constituinte originário (CF, art. 5º, XXXV). À vista disso, fala-se, com acerto, numa postura de *universalização da jurisdição*, o que implica o afastamento, tanto quanto possível, dos *óbices ilegítimos* à concretização dessa promessa constitucional⁵⁵.

Parece legítima, portanto, a opção por um afastamento do óbice a que o Poder Judiciário promova sindicância em torno do interesse público, mesmo quando tal expressão apareça na lei como um conceito jurídico indeterminado. Significa dizer que o manejo da noção de interesse público não pode ficar, pura e simplesmente, aliado do controle judicial, donde exsurge ultrapassada a solução que via nesse exame uma *impossibilidade jurídica*. Em outras palavras, a tentativa de emoldurar o interesse público dentro de uma redoma impenetrável e insuscetível de controle judicial soaria como um *óbice ilegítimo* àquela tendência de universalização da jurisdição.

⁵² Referiu-se a "certos casos" porque em algumas situações o *interesse público* poderá funcionar como *princípio geral do direito administrativo* e, em outros, como *cláusula geral*. Para alicerçar a conclusão, toma-se por empréstimo a argumentação da doutrina civilística em torno da *boa-fé*, cujos enunciados podem ser transportados para o campo do interesse público: "Princípios gerais de direito são regras que norteiam o juiz na *interpretação* da relação jurídica discutida em juízo. Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto (cláusula geral). Portanto, a mesma *expressão abstrata*, dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral de direito (...), conceito legal indeterminado (...) ou cláusula geral (...)" [NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 412].

⁵³ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 118.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, cit., p. 98.

⁵⁵ Sobre o tema, cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel (Universalizar a tutela jurisdicional. In *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, t. I, p. 393 et seq.).

Aliás, a necessidade de se estruturar o sistema jurídico dentro de balizas de *segurança jurídica*, tal como já delineado na introdução deste trabalho, impõe a constatação de que a densificação normativa da noção de interesse público passa, necessariamente, por uma construção jurisprudencial que vá, aos poucos, erigindo *standards* adequados de compreensão do conceito jurídico indeterminado. Esse apelo à jurisprudência tende a concretizar a *certeza* e a *previsibilidade* inerentes à segurança jurídica⁵⁶.

Como se sabe, a crescente utilização, pela lei, de conceitos jurídicos indeterminados tende a possibilitar uma maior adaptação do ordenamento às diversas situações da vida, “adaptação fundamentalmente a cargo da jurisprudência a quem incumbe concretizar estes critérios e conceitos carecidos de preenchimento”⁵⁷.

O problema, como já se pôde entrever, é que a delimitação do interesse público, quando plasmado num conceito jurídico indeterminado, envolve não só a apreciação de uma *zona de certeza positiva*, de um lado, e de uma *zona de certeza negativa*, de outro. É que existe, a par dessas zonas mais visíveis, o chamado *halo conceitual*, que pode ser mais facilmente entendido como uma zona de penumbra, cinzenta, de dúvida⁵⁸. “No núcleo do conceito temos dados prévios e seguros; no halo conceitual, região que rodeia o núcleo, há dúvida, vale dizer, inexistente uma certeza prévia, cuja determinação exige estender a idéia nuclear do conceito”⁵⁹.

Após concluir que a interpretação e a aplicação dos conceitos legais indeterminados consistem numa atuação *vinculada* da Administração e, por isso mesmo, passíveis de ser controladas na seara jurisdicional, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA arrola *alguns critérios* que podem auxiliar na árdua tarefa de sindicar o manejo, pela Administração Pública, dos conceitos legais indeterminados. Ei-los: sustentabilidade da decisão; erro manifesto de apreciação; princípio da proporcionalidade; direitos fundamentais, em geral; princípios gerais de direito e princípios gerais de valoração; princípios da igualdade e da imparcialidade; autovinculação da Administração; opinião média da sociedade (senso comum, aceitação geral); juízos de experiência comum; juízos de experiência ou do conhecimento técnico⁶⁰.

⁵⁶ Tratando do tema sob o enfoque das normas processuais de conteúdo vago, Luiz Guilherme Marinoni destaca: “Por isso mesmo, o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta” (*Precedentes obrigatórios*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 88).

⁵⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 61.

⁵⁸ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e jurisdicionalidade administrativa, cit., p. 38; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, cit., p. 29.

⁵⁹ COSTA, Regina Helena. *Ob. cit.*, p. 38.

⁶⁰ “Conceitos indeterminados” no direito administrativo, cit., p. 223 et seq.

Importa destacar, nesse contexto, a necessidade de se buscar na *realidade*⁶¹, primordialmente, os ingredientes para delimitação da zona de penumbra, ou seja, para densificação normativa do interesse público como conceito indeterminado. Tal constatação evoca a exigência de apreciação de *atos* para a construção da norma. E ao se debruçar sobre *atos* não há como o julgador desprender-se da análise de *provas*.

Da confluência desses elementos irrompe elegante discussão advinda do direito processual civil, no sentido de se diferenciar *questão de fato* e *questão de direito*. ARRUDA ALVIM, calcado em lição de CASTANHEIRA NEVES, consigna que a tendência contemporânea “é a que considera inviável uma distinção, pelo menos do ponto de vista ontológico ou intrínseco do problema, entre *fato* e *direito*, à luz das repercussões na ordem jurídica”⁶². De sua parte, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA considera artificial a distinção entre fato e direito, em razão da “necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato”⁶³.

Se é verdade que do ponto de vista ontológico não se poderia fazer uma exata distinção entre *fato* e *direito*, pode-se considerar que a verificação de uma *questão de fato* ou de uma *questão de direito* tem grande relevância do ponto de vista da *técnica processual*, notadamente no que concerne à apreciação dos recursos de estrito direito (recursos especial e extraordinário)⁶⁴. Com efeito, tais recursos têm a admissibilidade circunscrita à análise de *questões de direito*, até para que seja atendida a finalidade primordial de cada um deles.

Vale aqui a lembrança de que os “*recursos extraordinários* e *especial* visam precipuamente à assecuração da segurança jurídica, resguardando a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais”⁶⁵.

Daí a importância de se tratar do interesse público, como conceito jurídico indeterminado, sob o prisma dos recursos extraordinário e especial, já que a jurisprudência que realmente acaba ganhando maior expressão persuasiva é aquela advinda dos precedentes do STJ e do STF. Já se disse, com inegável acerto, ser “essencial, na perspectiva da segurança jurídica, o papel reservado aos tribunais de superposição”⁶⁶.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 200.

⁶² *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 1979, vol. V, p. 267.

⁶³ Garantia do contraditório. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 140.

⁶⁴ Para aprofundamentos, cfr. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 363 et seq.).

⁶⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 266.

⁶⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 68.

Tal afirmação resulta confirmada, ou comprovada, a partir da análise do sistema processual em vigor, consoante se infere da exemplificação a seguir exposta: (a) a *súmula vinculante* advém da jurisprudência consolidada pelo STF (CF, art. 103-A); (b) o instituto da *repercussão geral* produz notáveis consequências em tema de persuasão (CPC, arts. 543-A e 543-B); (c) a chamada *súmula impeditiva de recurso* decorre também da jurisprudência do STJ e do STF (CPC, art. 518, § 1º); (d) os precedentes produzidos nos chamados *recursos repetitivos* também adquirem significativa eficácia persuasiva (CPC, art. 543-C); (e) os poderes do relator, no que concerne à possibilidade de prolação de decisões monocráticas, também resultam da jurisprudência dos tribunais superiores (CPC, art. 557, *caput* e § 1º-A).

Assim, o *amadurecimento* de um conceito jurídico indeterminado alcança-se mediante a reiteração de decisões que conferem àquele termo vago uma significação capaz de *fixar* e de *alagar* a zona de certeza do conceito⁶⁷. Essa obra de consolidação ou de densificação normativa dos conceitos jurídicos indeterminados advém do exercício jurisdicional que se produz, sobretudo, no âmbito dos tribunais de superposição (STJ e STF).

Sintoma eloquente disso consiste na definição, pelo Superior Tribunal de Justiça, do que vem a ser *bem não suntuoso* para fins de reconhecimento de impenhorabilidade; também já se tem construção jurisprudencial a respeito do que sejam honorários advocatícios *irrisórios* ou *exorbitantes*; a jurisprudência também vem construindo a noção de *verossimilhança* em tema de inversão do ônus da prova; o *preço vil* tem sido objeto de expressiva manifestação jurisprudencial.

Interessante notar que esses exemplos comprovam o amadurecimento, via interpretação jurisprudencial, de conceitos jurídicos indeterminados, fazendo com que, à medida que os precedentes avolumam-se, o raciocínio de subsunção acaba por voltar a ser muito próximo daquele da lógica clássica: o dedutivo⁶⁸.

A dificuldade que se poderia entrever, nessa busca pela densificação normativa do interesse público, por meio da jurisprudência dos tribunais de superposição, diz respeito à admissibilidade dessas vias impugnativas, uma vez que no âmbito estreito desses recursos não se admite a discussão de *questões de fato*, mas o preenchimento da vagueza semântica dos termos legais indeterminados passa, necessariamente, pela análise da *realidade*, como tantas vezes já se referiu neste texto.

À luz das asserções acima, o *dilema* poderia ser assim resumido: a jurisprudência dos tribunais superiores ostenta papel significativo na densificação

⁶⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 158.

⁶⁸ “Quando de um termo ou uma expressão vaga se faz uso reiteradamente, instalam-se certos pressupostos de ‘verdade’ que passam a alterar o sistema de raciocínio tópicos para ‘quase que dedutivo’ ou ‘subsuntivo clássico’” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Ob. cit.*, p. 157).

normativa do interesse público; a atividade de construção normativa desse conceito jurídico indeterminado precisa buscar subsídios no *caso concreto*; porém, os recursos aos tribunais de superposição não admitem discussão sobre *questões de fato*!

Bem é de ver que no âmbito dos recursos judiciais a cognição sobre fatos pode dar-se de dois modos: pela descrição contida na própria decisão impugnada ou pela análise da prova constante dos autos.

Em razão da missão constitucional reservada aos recursos especial e extraordinário, entende-se que a cognição exercida pelos tribunais superiores a respeito dos fatos ocorre *precipualemente* com base na descrição fática constante da decisão recorrida (acórdão proferido em apelação, por exemplo). Logo, não se nega aos tribunais de superposição, pura e simplesmente, a cognição acerca dos fatos necessários à densificação normativa de conceitos indeterminados, contanto que tais fatos estejam já suficientemente descritos na decisão recorrida⁶⁹.

Daí que a matéria fática constante da decisão recorrida e necessária para o preenchimento do vazio normativo deixado por um conceito jurídico indeterminado acaba por se *transformar* num ingrediente válido e indispensável para a solução de uma *questão de direito*. Em outras palavras, a densificação normativa do interesse público, pela via dos recursos excepcionais, constitui genuína *questão de direito*, muito embora a solução dessa questão passe necessariamente pela percepção dos fatos, tais como já descritos na decisão recorrida.

Ainda nessa perspectiva, convém rememorar que os tribunais de superposição estão aptos a proceder à *reavaliação da prova*, no sentido de aplicar normas jurídicas, expressas ou não, que conferem maior ou menor valor a determinado meio de prova. E essa reavaliação da prova, que se distingue do *mero reexame da prova*, pode ensejar uma qualificação jurídica diferente para determinado cenário fático⁷⁰, circunstância que também pode contribuir para a superação do dilema antes vislumbrado.

Em conclusão, reafirma-se a necessidade, em prol da segurança jurídica, de que o interesse público, como conceito jurídico indeterminado, seja objeto de repetida análise pelos tribunais superiores, a fim de que ocorra o indispensável amadurecimento do conceito, criando-se, por assim dizer, um *standard* ou modelo jurisprudencial capaz de fixar e de alargar o núcleo de certeza do conceito. Para tanto, deve-se ter bem presente que a necessidade de revolver a situação fática para discernir o exato alcança

⁶⁹ Interessante a advertência de Rodolfo de Camargo Mancuso, ainda que por um prisma diverso do assinalado no texto: "Por exemplo, uma controvérsia envolvendo *organismo geneticamente modificado*, em princípio, caracterizaria como matéria de fato, assim passível de elucidação mediante prova técnica, nas instâncias ordinárias; mas como negar que uma lide envolvendo tema de tal magnitude, atualidade e relevância para o País possa ter acesso negado ao STF ou ao STJ ao argumento de não configurar questão de *estrito direito*?!" (*Recurso extraordinário e recurso especial*, 10ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 166).

⁷⁰ Sobre o assunto, cfr. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Ob. cit.*, p. 375 et seq.

do conceito indeterminado não chega a ser, para fins de admissibilidade dos recursos de direito estrito, uma questão de fato. Trata-se, bem vistas as coisas, de *questão jurídica* que demanda, para alguns, pura interpretação e, para outros, interpretação somada a alguma dose de discricionariedade, cujos limites também são passíveis de sindicância judicial.

Seja como for, é preciso considerar que o julgador, ao laborar com a noção de interesse público, deve justificar com base em motivos concretos, extraídos da realidade que se lhe apresenta, a significação que deu ou deixou de dar ao conceito jurídico indeterminado aqui estudado. Bem é de ver, nessa perspectiva, que o projeto de novo Código de Processo Civil, segundo a versão aprovada na Câmara dos Deputados em março de 2014, determina que não se considera fundamentada a decisão judicial que empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 499, § 1º, inc. II).

REFERÊNCIAS

ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21-31.

ARRUDA ALVIN NETO, José Manuel de. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 1979, vol. V.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 5ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Princípio da segurança jurídica: mudança de orientação administrativa. In: *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 300-317.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, São Paulo, v. 51, n. 145, jan./mar. 1989, p. 34-54.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, t. I, p. 393-433.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derecho prestacionales e interés público. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEN, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 141-152.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2009.

HACHEN, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10ª ed., São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 398-444.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 132-150.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discrecionabilidade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103-119.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos indeterminados” no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*. São Paulo: RT, 2011.

VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Afflen da Silva, Porto Alegre: SAFE, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9ª ed., trad. espanhola de Marina Gascón, Madrid: Trota, 2009.

BREVE HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL NO MUNDO E NO BRASIL: A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Flademir Jerônimo Belinati Martins¹

RESUMO: O presente artigo pretende traçar breve histórico do desenvolvimento da seguridade social no Mundo e no Brasil, com especial atenção à evolução constitucional e legislativa do tema no Brasil, até culminar no conceito de seguridade social albergado pela Constituição Federal de 1988. Detalha-se também o desenvolvimento legislativo do tema, no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Histórico. Seguridade Social. Saúde, Previdência e Assistência Social. Constituição de 1988.

ABSTRACT: This article intend to make a brief history of the development of social security in Brazil and worldwide, with special attention to the constitutional and legislative evolution in Brazil, achieving the concept of social security by the Federal Constitution of 1988. Also, it details the development legislative in Brazil, after the 1988 Constitution's promulgation.

Keywords: History. Social Security. Health and Welfare System and Social Assistance. Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

A compreensão da verdadeira noção e alcance da seguridade social, em face da Constituição de 1988, passa pelo estudo das origens da proteção social e de seu desenvolvimento histórico. Não se pretende, contudo, realizar detalhado estudo histórico, mas apenas estabelecer algumas noções teóricas que auxiliem na inteligência do real conteúdo da seguridade social no atual ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Na verdade, a proteção social, hodiernamente, alcança desenvolvimento que seria imprevisível a poucas décadas atrás. Se é verdade que desde épocas remotas se verificam esboços de medidas de previdência e assistência social, que não configuravam, ainda, um sistema protetor equivalente ao que hoje se denomina seguridade social, também é verdade que tais medidas são o passo inicial para tal intento.² Assim, importante realizar breve análise histórica da seguridade social no mundo, antes de se adentrar à seara da seguridade social no constitucionalismo brasileiro, com especial atenção ao sistema de seguridade social implantado pela Constituição de 1988.

¹ Juiz Federal na 3.a Vara Federal de Presidente Prudente. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério de Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela ITE/Bauru. Professor de Direito Internacional Público e Direito Previdenciário na ITE/Presidente Prudente. Email: flademirjeronimo@toledoprudente.edu.br

² Feijó Coimbra, *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 1-2.

2 A SEGURIDADE SOCIAL NO MUNDO

Na antiguidade, as primeiras manifestações de proteção social são encontradas em texto de Teofrasto (228 a.C.), o qual faz referência sobre a existência de associação na Hélade, cujos membros contribuíam para um fundo, que prestava auxílio aos associados em caso de adversidade.³ Todavia, a preocupação do homem da antiguidade com ações de proteção é mais visível no âmbito da família romana, a qual, por meio do *pater família*, tinha obrigação de prestar assistência aos seus integrantes. Tais ações eram financiadas mediante contribuição de seus membros, numa forma associativa. Ao lado destas, também, existiam instituições de caridade.⁴

Apesar disso, fora dos limites protetivos da família romana, percebe-se que, na Roma antiga, a proteção social com o infortunado não alcançou o desenvolvimento desejado, principalmente pelo fato da existência de um modelo de produção escravagista. Mesmo num segundo momento, quando o Império já dava sinais de fraqueza, a proteção social continuou incipiente, provavelmente em função das características das relações de colonato que, então, predominavam. Na verdade, de uma forma ou de outra, o homem era obrigatoriamente incorporado à legião de escravos ou ao sistema de colonato, cabendo ao senhor prover-lhe as necessidades, na forma e limites que lhe aprouvesse, sem que, contudo, tal obrigação constituísse forma organizada de proteção social.⁵ Na idade média, inspiradas pela doutrina Cristã, proliferaram instituições de assistência social, ligadas à Igreja - principalmente -, à particulares e ao Estado. Todavia, esta assistência não era exercida como um dever social, mas impregnada com sentimento de caridade, pois a consciência da necessidade de proteger o cidadão do infortúnio ainda não havia se arraigado na mentalidade da época.⁶ Segundo Augusto Venturi apud Marisa Ferreira dos Santos⁷, a primeira forma de seguro surgiu no século XII: o seguro marítimo, como reivindicação de comerciantes italianos, mas ainda sem as bases técnicas e jurídicas do seguro contratual. Cabe ressaltar, no entanto, que em 1344 ocorre a celebração do primeiro contrato de seguro marítimo⁸.

E em 1601 a Inglaterra, no reinado de Isabel I, editou o *Poor Relief Act* (lei de amparo aos pobres), que instituiu contribuição obrigatória para fins sociais, consolidando outras leis sobre assistência social. Na época, o indigente tinha o direito de ser auxiliado pela paróquia. Por força da lei, os juizes da Comarca tinham o poder

³ Ibid., p. 2.

⁴ Ibid., p. 2-3.

⁵ Ibid., p. 3-4.

⁶ Ibid., p. 4-5.

⁷ Augusto Venturi, *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*. Trad. Gregório Tudela Cambronero. In: *Los fundamentos científicos de la seguridad social*. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio Del Trabajo e Seguridad, 1994, p. 77, apud Marisa Ferreira dos Santos, *Direito Previdenciário Esquemático*, p. 28.

⁸ Feijó Coimbra, *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. p. 2-3.

de lançar um imposto de caridade, que seria pago por todos os ocupantes e usuários de terras, e nomear inspetores em cada um das paróquias, visando a receber e aplicar os recursos arrecadados.⁹

Posteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), texto máximo da Revolução Francesa, trata da proteção do homem ante aos riscos da vida, pela primeira vez, como dívida da sociedade e direito do cidadão, firmando, assim, as bases iniciais teóricas para a instauração da seguridade social. Todavia, na prática, tendo em vista a influência das idéias econômicas liberais, somente a partir do final do século XIX é que surgem medidas concretas neste sentido.¹⁰ A rigor, aos poucos, com o desenvolvimento da sociedade industrial, foi-se formando o entendimento de que a colisão de interesses coletivos com os de ordem individual colocava em risco a estabilidade social. O Estado passa, então, a intervir na atividade econômica e a criar medidas protetivas aos trabalhadores, corrigindo distorções e exageros do pensamento liberal, mediante o estabelecimento de preceitos de segurança econômica e social.¹¹

Na Alemanha, Otto von Bismarck introduziu uma série de seguros sociais, a fim de atenuar as tensões sociais existentes, dispensando-se o trabalhador da obrigação de provar a culpa do patrão. Datam daquela época o seguro-doença (1883), o seguro contra acidente de trabalho (1884) e o seguro contra a invalidez e velhice (1889). A Lei do seguro doença é considerada, portanto, como o primeiro plano de previdência social da história.¹² Na Inglaterra, em 1897, foi instituído o *Workmen's Compensation Act*, criando o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho. Da mesma forma, se atribuiu ao empregador responsabilidade objetiva pelo infortúnio, obrigando-o ao pagamento de indenização ao trabalhador. Em 1907, foi instituído sistema de assistência à velhice e acidentes de trabalho. Em 1908, a partir do *Old Age Pensions Act*, se concedeu pensões aos maiores de 70 anos, independente de contribuição. Finalmente, em 1911, a partir do *National Insurance Act*, se determinou a aplicação de um sistema compulsório de contribuições sociais.¹³ Paulatinamente, tais medidas de seguro social foram sendo adotadas pelos países europeus. E somente após a segunda guerra mundial passaram a ser adotadas nos demais continentes. De fato, como nos lembra Marisa Ferreira dos Santos, desde Bismarck e principalmente a partir da segunda guerra mundial ganhou força a idéia de que o seguro social deveria ser obrigatório e não facultativo.¹⁴

⁹ Sergio Pinto Martins, *Direito da Seguridade Social*, p. 4.

¹⁰ Feijó Coimbra, *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 5-6.

¹¹ *Ibid.*, p. 6-7

¹² Sergio Pinto Martins, *Direito da Seguridade Social*, p. 5.

¹³ *Ibid.*, p. 5.

¹⁴ Marisa Ferreira dos Santos. *Direito Previdenciário Esquemático*, p. 28 .

Nos Estados Unidos surge o *Social Security Act* (1938), que deu origem à expressão seguridade social (adotada pela Constituição Federal Brasileira de 1988), a qual incorpora a noção de proteção do homem contra todos os riscos em geral. Aliás, já em 1938 a legislação neozelandesa incorpora pela primeira vez tal fórmula semântica.¹⁵ Ressalte-se que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada pelo Tratado de Versalhes (1919), aprovou um programa de previdência social, em 1921. Em 1944, foi realizada a Conferência da OIT, em Filadélfia, resultando na Declaração da Filadélfia, a qual orientou os países no sentido de unificar os sistemas de seguro social, estendendo-se a proteção a todos os trabalhadores e suas famílias, abrangendo rurais e autônomos.¹⁶ Atualmente, várias são as convenções da OIT existentes sobre a matéria. Pode ser citada como exemplo a Convenção nº 102, a qual estabeleceu normas mínimas em matéria de seguridade social.

Também o governo inglês, com base no chamado Relatório Beveridge (1941), apresentou um plano de previdência social ao Parlamento (1942), que culminou em reforma do sistema de proteção social então vigente. O Relatório Beveridge, ou Plano Beveridge, também é considerado um marco da seguridade social, pois estabeleceu parâmetros de uma seguridade social abrangente e lançou as bases da concepção atual da seguridade social. Na ocasião, foi proposto um amplo programa de prosperidade política e social, garantindo ingressos suficientes para que o indivíduo ficasse protegido de certas contingências sociais, com a indigência, ou quando, por qualquer motivo não pudesse trabalhar.¹⁷

Não obstante, conforme anota Feijó Coimbra, a partir da Conferência Sul-Americana de Seguridade Social (1942) e principalmente a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), verifica-se um grande empenho em dirigir a proteção social a conceito amplo, que hoje coincide com a moderna concepção de seguridade social.¹⁸ Aliás, A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) elenca a seguridade social como direito fundamental da pessoa humana. O art. XXV.1 determina que *“todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”*. Em termos constitucionais, entretanto, a primeira Constituição a tratar de matéria relacionada ao seguro social - e não à seguridade social - foi a do México (1917). Já a Constituição de Weimar (1919) colocou em seu texto várias disposições sobre matéria previdenciária. Raul Machado

¹⁵ Feijó Coimbra, *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 11.

¹⁶ Sergio Pinto Martins, *Direito da Seguridade Social*, p. 5.

¹⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸ *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 11-12.

Horta, ao tratar destas Constituições, afirma que ambas constituíram instrumento de recepção constitucional de novas tendências político-sociais que criticavam o individualismo dos direitos então assegurados e pregavam que eles fossem atualizados para oferecer ao homem a proteção concreta que a norma abstrata da Constituição não proporcionava.¹⁹ Em outras palavras, as declarações constitucionais de direitos individuais passam a ser o fundamento de uma sociedade mais justa.

Ao recepcionar estas novas tendências, as Constituições passam a conferir ao Estado a posição de prestador de benefícios. Passa-se, então, a consagrar os chamados direitos sociais, que se afastam da concepção de direitos individuais. E não como negar, ao menos a nosso ver, que a expressão máxima dos direitos sociais é o direito da seguridade social. Destarte, lembramos novamente as lições de José Afonso da Silva no sentido de que os direitos sociais, enquanto dimensão dos direitos fundamentais do homem, conceituam-se como “*prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos*”.²⁰ Explica o autor que tais direitos buscam igualar situações sociais desiguais e “*valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade*”.²¹ Assim, feitas estas considerações, analisaremos a evolução histórica da seguridade social no Brasil a partir de suas Constituições e dos marcos temporais que estas estabeleceram.

3 A SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

3.1. A Constituição de 1824

A Constituição 1824, outorgada por Dom Pedro I após a independência de Portugal, só tinha um disposição específica sobre seguridade social, prevista no art. 179, inciso XXXI, que preconizava a garantia dos socorros públicos. Não obstante, preceituava a liberdade de trabalho, desde que o mesmo não se opusesse aos costumes, à segurança e à saúde dos cidadãos (art. 179, XXVIII). O Ato Adicional de 1834, em seu art. 10, estipulava que competia às Assembléias Legislativas legislar sobre casas de socorros públicos, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas.²²

Sergio Pinto Martins aponta para a inovação que a lei que criou o Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral), primeira entidade privada a funcionar em

¹⁹ *Direito Constitucional*, p. 215-221.

²⁰ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 289.

²¹ *Ibid.*, p. 289-290.

²² Wladimir Novaes Martinez, *A Seguridade Social na Constituição Federal*, p. 17.

sistema mutualista no Brasil (1835), representou, posto que nela já se encontrava a maior parte dos institutos jurídicos securitários existentes nas legislações modernas. Tal lei, inclusive, é anterior à lei austríaca, de 1845, e à lei alemã, de 1883, e bem anterior à Lei Eloy Chaves (1923), marco da previdência social no país.²³

3.2 A Constituição de 1891

Embora seja econômica em matérias relacionadas à seguridade social, a Constituição de 1891 foi a primeira a conter a expressão “aposentadoria” quando tratou da aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos. Wladimir Novaes Martinez critica o seu silêncio em matéria de técnicas de proteção social, pois já havia base teórica suficiente para incluí-las no texto constitucional.²⁴ Nas disposições transitórias estipulou a Dom Pedro II uma pensão que lhe garantia, por todo o tempo de sua vida, subsistência. A viúva de Benjamin Constant teve o usufruto da casa em que falecera seu marido.²⁵

No período de vigência da Constituição de 1891, foi promulgada a Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo nº 4.682/23): primeira norma a instituir no Brasil a previdência social, com a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões, de nível nacional, para os ferroviários. A Lei previa benefícios de aposentadoria por invalidez, aposentadoria ordinária, pensão por morte e assistência médica. Posteriormente, a Constituição foi emendada em 3 de setembro de 1926, para fins de autorizar o Congresso Nacional a disciplinar o trabalho e a “*legislar sobre licença, aposentadoria e reformas, não se podendo conceder, nem alterar, por leis especiais*”. À época, o conceito de previdência social se restringia às aposentadorias.²⁶ Aos poucos as Caixas de Aposentadorias e Pensões foram estendidas a outras categorias de servidores públicos. Tais organizações, que eram estruturadas por Empresa, a partir de 1930, passaram a ser estruturadas por categorias profissionais. São dessa época o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos (IAPM, em 1933), o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciais (IAPC, em 1934) e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (IAPB, em 1934).²⁷

3.3 A Constituição de 1934

²³ Sergio Pinto Martins. *Direito da Seguridade Social*, p. 7-8.

²⁴ Wladimir Novaes Martinez. *A Seguridade Social na Constituição Federal*, p. 18.

²⁵ *Ibid.*, mesma página.

²⁶ *Ibid.*, p. 19.

²⁷ Sergio Pinto Martins. *Direito da Seguridade Social*, p. 7-8.

A Constituição de 1934 apresentava inúmeras disposições sobre proteção social. A competência para fixar regras de assistência social era atribuída à União (Art. 5º, inciso XIX, c) e a responsabilidade de “*cuidar da saúde e assistência públicas*” (inciso II), bem como fiscalizar a aplicação das leis sociais era dividida com os Estados. A competência do Poder Legislativo para instituir normas sobre aposentadorias foi mantida (art. 39, inciso 8, d) e se abriu espaço ao Direito Social ao tratar de assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante (art. 121, § 1º, h). Wladimir Novaes Martinez esclarece que as diretrizes fundamentais do seguro social estão presentes na Constituição de 1934: tríplice e obrigatória contribuição, noção social de risco, prestações comuns e acidentárias e proteção em especial à maternidade.²⁸

A Carta Constitucional de 1934 equiparou os trabalhadores aos profissionais liberais (art. 123), protegeu os desvalidos (art. 138, a), os infantes (art. 138, c) e as famílias numerosas (art. 138, d). Também previu aposentadoria compulsória aos 68 anos de idade aos funcionários públicos; aposentadoria por invalidez de valor integral aos funcionários públicos com no mínimo 30 anos de trabalho (art. 170, § 4º); benefícios integrais para os acidentados (art. 170, §6º) e limitou os proventos de aposentadoria ou jubilação aos vencimentos da atividade. Pela primeira vez houve referência, em nível constitucional, à expressão previdência, embora sem o adjetivo social.²⁹ Durante seu período de vigência, a Lei nº 367/36 criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI).

3.4 A Constituição de 1937

A Carta de 1937 pouco tratou de matérias relacionadas à seguridade social. Nela se empregou muito a expressão “seguro social”. O texto constitucional, apesar de consagrar o trabalho como dever social (art. 136), disciplinou a previdência em apenas dois parágrafos do art. 137: mencionando a instituição de seguros de velhice, de invalidez, e vida e para os casos de acidentes de trabalho e determinando que as associações de trabalhadores tinham o dever de prestar a seus associados auxílio e assistência, referentes às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidente do trabalho e aos seguros sociais.³⁰ Durante sua vigência, o Decreto-lei nº 775/38 criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes de Cargas (IAPETC). Também é desta época o Decreto nº 288/38 que criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (IPASE), incorporando o Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos da União. Além disso, o Decreto-lei

²⁸ Wladimir Novaes Martinez. *A Seguridade Social na Constituição Federal*, p. 20.

²⁹ *Ibid.*, mesma página.

³⁰ *Ibid.*, p. 20-21.

nº 4.890/42 criou a Legião Brasileira de Assistência (LBA) e o Decreto-lei nº 7.526/45 determinou a criação de um só tipo de instituição de previdência social, o Instituto de Serviços Sociais do Brasil (ISSB), que cobriria todos os empregados ativos a partir de 14 anos, mediante um único plano de contribuição e benefícios, mas este não chegou a ser implementada de fato por ausência de recursos financeiros.³¹

3.5 A Constituição de 1946

Com a Constituição de 1946 iniciou-se a sistematização constitucional da matéria previdenciária, embora ainda mesclada com o direito do trabalho. Pela primeira vez se emprega a expressão “previdência social”, em detrimento da expressão “seguro social”.³² Durante o período da Constituição de 1946 houve uma uniformização das políticas legislativas sobre previdência, com a elaboração do Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (Decreto nº 35.448/54) e, posteriormente, com a Lei nº 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que funde a legislação de previdência social de todos os institutos. A Lei nº 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), deu unidade ao sistema de previdência social, uniformizando direitos e contribuições, bem como ampliou benefícios, criando vários auxílios. Embora não tenha unificado os institutos de previdência existentes, referida Lei estabeleceu um único plano de benefícios. Na mesma época, a Lei nº 4.214/63 criou o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), sendo implantados serviços assistenciais específicos para os trabalhadores rurais. A Lei nº 4.266/63 criou o salário-família e a Lei nº 4.281/63 criou o abono anual.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 11, de 31.3.1965, acrescentou-se um parágrafo ao art. 157 determinado-se que “*nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total*”. A Lei nº 5.161/66 criou a Fundacentro, entidade pública de pesquisa e prevenção de acidentes. O Decreto-lei nº 66/66 alterou a LOPS, principalmente em relação aos autônomos, passando a prever a contribuição da empresa que utiliza o trabalho autônomo. Finalmente, o Decreto-Lei nº 72/66, unificou os institutos de aposentadoria e pensões, centralizando a organização previdenciária no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).³³ O INPS foi efetivamente implantado em 1967, passando, então, a existir um único sistema público unificado de Previdência Social.

3.6 A Constituição de 1967

³¹ Sergio Pinto Martins. *Direito da Seguridade Social*, p. 11.

³² Wladimir Novaes Martinez. *A Seguridade Social na Constituição Federal*, p.21.

³³ Sergio Pinto Martins, *Direito da Seguridade Social*, p. 31.

A Constituição de 1967 não trouxe inovações em relação à Constituição anterior. O art. 158 da Carta de 1967 é praticamente o mesmo art. 157 da Constituição de 1946. Não obstante, surge pela primeira vez o benefício do seguro-desemprego, que foi regulamentado, sob o nome de auxílio-desemprego, pela Lei nº 4.923/65.³⁴ Com o advento da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também não houve alterações substanciais. Todavia, durante o período da Carta de 1967, o sistema de seguro de acidente de trabalho foi integrado ao sistema previdenciário pela Lei nº 5.316/67. Por meio desta lei, o seguro de acidente de trabalho deixou de ser destinado a uma entidade privada para ser administrado pelo INPS.

O Decreto-lei nº 704/69 complementou e ampliou o Plano Básico de Previdência Social Rural estendendo-o aos empregados das empresas produtoras e dos fornecedores de produto agrário *in natura*. A Lei Complementar nº 11/71 instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (Pro-Rural), substituindo o Plano Básico de Previdência Social Rural. Não havia contribuição por parte do trabalhador, que tinha direito à aposentadoria por velhice, invalidez, pensão e auxílio-funeral, todas no valor de meio salário mínimo. Esta lei foi alterada pela Lei Complementar nº 16/73, mas o valor do benefício continuou sendo de meio salário mínimo. A Lei nº 5.859/72 incluiu os empregados domésticos como segurados obrigatórios da Previdência Social. A Lei nº 5.890/73 fez diversas modificações na LOPS (Lei nº 3.807/60). A Lei nº 6.025/74 criou o Ministério da Previdência e Assistência Social e a Lei nº 6.136/74 incluiu o salário-maternidade entre os benefícios previdenciários, visando transferir para o INPS o pagamento do salário-maternidade, evitando, assim, a discriminação da mulher no emprego. Além disso, a Lei nº 6.439/77 instituiu o SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social), destinado a integrar as atividades da previdência social, da assistência médica e da assistência social. O SINPAS abrangia o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS); o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS); a Fundação da Legião Brasileira de Assistência (LBA); a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM); a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV); o Instituto de Administração Financeira da Previdência Social (IAPAS) e a Central de Medicamentos (CEME).³⁵

Sérgio Pinto Martins sublinha que foi sob a égide da Constituição de 1967 que se iniciou o processo de abandono da idéia de risco social, muito vinculada a lógica contratual de seguro do Direito Civil, para se passar à idéia de seguro social.³⁶ É

³⁴ Wladimir Novaes Martinez, *A Seguridade Social na Constituição Federal*, p. 32.

³⁵ Sérgio Pinto Martins, *Direito da Seguridade Social*, p. 15-17.

³⁶ *Ibid.*, p. 13.

desta época, ainda, o Decreto nº 89.312/84, Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), que consolidou todas as principais leis previdenciárias existentes, inclusive a Lei nº 3.807/60 (LOPS) e a legislação posterior a ela, num único instrumento normativo. Deve ser citado também o Decreto-lei nº 2.283/86 que instituiu o seguro-desemprego e o Decreto nº 94.657/87 que criou o Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde dos Estados (SUDS).

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Finalmente, surge a Constituição de 1988, a qual trouxe uma nova concepção: a de seguridade social; muito mais abrangente que o sistema anterior. Como nos lembra Marisa Ferreira dos Santos, a Constituição de 1988 pode ser considerada o momento no qual se deixa, em definitivo, no Brasil, de termos uma concepção de seguridade social calcada na noção de risco social e se passa a ter uma concepção de seguridade social calcada na noção de necessidade social. Na verdade, a partir da CF de 1988, os benefícios perdem qualquer resquício indenizatório que pudessem ter, podendo também ser voluntários, e não sendo necessariamente proporcionais à cotização. Os benefícios, então, são destinados a prover os mínimos vitais, e se abandona por completo a noção de risco social para se incluir a noção de contingência social como fundamento da relação jurídico previdenciária.³⁷

Esta alteração do enfoque constitucional apresenta importantes conseqüências de ordem prática no resgate da dignidade humana. Melhor dizendo, ao adotar o conceito de seguridade social, numa análise sistemática do texto, percebe-se que a Constituição de 1988 valorizou o papel que as ações de saúde, previdência e assistência social têm na concretização da dignidade da pessoa humana. Mister, portanto, examinar o alcance do conceito de seguridade social, tal qual plasmado na atual Carta constitucional. Do ponto de vista estrutural, importante lembrar que a Constituição de 1988 passou a ter todo um capítulo destinado à Seguridade Social (arts. 194 a 204), conferindo sistematicidade, racionalidade e organicidade à seguridade social. Além disso, a CF de 1988 deixou expresso que a seguridade social abrange as ações de saúde, previdência social e assistência social. De fato, nos termos do art. 194 da CF a seguridade social é um *“conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”*. Do conceito constitucional se extrai claramente que a solidariedade é o fundamento da seguridade social na CF de

³⁷ Marisa Ferreira dos Santos, *Direito Previdenciário Esquemático*, p. 34.

1988, pois não apenas o poder público, mas toda a sociedade é chamada a colaborar (e financiar) com as ações destinadas a assegurar os direitos reconhecidos. A CF de 1988 estabeleceu princípios e regras aplicáveis à disciplina da seguridade social, identificou os destinatários das ações de saúde, previdência e assistência social, criou mecanismos de financiamento destas ações, estabeleceu objetivos e metas a serem alcançados; enfim, conforme já mencionado, conferiu sistematicidade, racionalidade e organicidade à seguridade social.

Inúmeras foram as inovações engendradas pela CF de 1988 em relação à Constituição anterior. Algumas regras e princípios são inteira novidade (como a obrigatoriedade de que todos os benefícios pagos pela previdência social fossem de no mínimo 1 salário-mínimo), outras apenas esclareceram melhor os conceitos, regras e princípios já incorporados à Constituição anterior. Mas pode-se citar como principais pontos da CF de 1988: 1) a precisa delimitação do conceito e abrangência da seguridade social, bem como dos princípios e regras a ela aplicáveis; 2) a significativa ampliação dos mecanismos de custeio da seguridade social; 3) a fixação de regra específica que proíbe a criação, a majoração ou ampliação de benefícios sem a correspondente fonte de custeio; 4) a unificação dos sistemas de previdência dos trabalhadores rurais e urbanos num único sistema de previdência público (o Regime Geral de Previdência Social – RGPS); 5) a fixação de que nenhum benefício pago pela previdência social fosse inferior ao valor do salário mínimo; 6) a criação de regra que determina o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes o valor real, na forma da Lei; 7) a criação de regra que determina a correção de todos os salários de contribuição considerados no cálculo do benefício; 8) a universalização e a gratuidade das ações e serviços de saúde, bem como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS); 9) e a consolidação de um amplo sistema de assistência social.

Dado os limites deste artigo, não se buscará detalhar pontualmente todas estas alterações, já que o sistema de seguridade social hoje vigente é fruto da Constituição de 1988 e referidas inovações continuam vigentes. O que importa, na verdade, é estabelecer qual a amplitude do conceito constitucional de seguridade social na Constituição de 1988, o que se fará no tópico a seguir. Importante sublinhar também que o art. 201 da CF é expresso no sentido de que o RGPS é de filiação obrigatória e caráter contributivo, devendo, nos termos da Lei, atender, no mínimo, a: a) cobertura dos eventos de doença invalidez, morte e idade avançada; b) proteção à maternidade, especialmente à gestante; c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; d) salário-família e auxílio-reclusão.

Não obstante, a partir da Constituição de 1988 podem ser citados diversos marcos legislativos e administrativos importantes para a seguridade social e, em especial, a previdência social. Tais marcos merecem ser expressamente mencionados,

a fim de que se tenha correta noção da evolução legislativa em matéria de seguridade social.

Nessa linha, lembramos que o art. 17 da Lei 8.029/90 permitiu a criação do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), o que foi efetivamente implementado pelo Decreto nº 99.350/90. O INSS é uma autarquia federal e está atualmente vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social, sendo responsável pelo pagamento dos benefícios previstos no Plano de Benefícios da Previdência Social (PBPS). O INSS resultou da fusão do IAPAS (autarquia então responsável pela arrecadação das contribuições previdenciárias) com o INPS (autarquia então responsável pelo pagamento dos benefícios) e originariamente também arrecadava as contribuições previdenciárias. Ocorre que com a criação da chamada “Super Receita” pela Lei 11.457/07, a União passou a arrecadar as contribuições previdenciárias antes arrecadadas pelo INSS. Assim, hoje o INSS não mais arrecada as contribuições previdenciárias, mas continua sendo o responsável pelo pagamento dos benefícios e prestação dos serviços previstos no Plano de Benefícios da Previdência Social (PBPS). Além disso, o INSS também é o agente concessor e pagador do benefício de prestação continuada previsto na Lei nº 8.742/1993, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Nessa época, a Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, regulou a execução, em todo o território nacional, das ações e serviços de saúde. Interessante observar que aludida Lei nº 8.080/90, no *caput* de seu art. 2º, disciplina expressamente que *“a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*. Ademais, se por um lado a Lei Orgânica da Saúde admite que constitui dever do Estado garantir a saúde mediante formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução dos riscos de doenças e outros agravos, bem como através do estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (§ 1º do art. 2º), por outro ela deixa bem claro que este dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (§ 2º do art. 2º).

Já em 1991, visando cumprir o comando constitucional previsto no art. 59 do ADCT, foram editadas as Lei 8.212/91 e 8.213/91. A Lei nº 8.212/91 instituiu o Plano de Custeio da Seguridade Social (PCSS). Já a Lei 8.213/91 instituiu o Plano de Benefícios da Seguridade Social (PBSS). Ambas as leis são marcos legislativos da seguridade social, especialmente sob a ótica da previdência social.

A Lei nº 8.213/91 (PBPS) promoveu a unificação do sistema previdenciário do trabalhador rural e do trabalhador urbano num único diploma legislativo, revogando a legislação até então vigente, bem como sistematizou a legislação previdenciária,

cumprindo o comando constitucional. A partir da Lei nº 8.213/91 a previdência social passou a ser dotada de maior sistematicidade, facilitando a compreensão, interpretação e aplicação das regras de previdência social. Referida Lei nº 8.213/91, vigente até os dias de hoje, contudo, foi objeto de inúmeras alterações legislativas, das quais podemos destacar as empreendidas pelas: Lei nº 8.870/94 (que extinguiu o abono de permanência em serviço e excluiu o 13º salário do cálculo do salário de benefício); Lei nº 9.032/95 (que excluiu a pessoa designada da condição de dependente; alterou as regras de cálculo dos benefícios acidentários; limitou a aposentadoria especial apenas quando o segurado provar que exerceu trabalho em contato com elementos químicos, físicos ou biológicos que lhe causem prejuízo a saúde; vedou a conversão de atividade comum em especial; vedou a acumulação de pensão deixada por companheiro ou cônjuge, salvo opção pela mais vantajosa; vedou a incorporação do auxílio-acidente ao valor da pensão por morte); Lei nº 9.528/97 (que excluiu o menor sob guarda da condição de dependente; autorizou que os agentes nocivos para fins de aposentadoria especial fossem fixados em norma do Poder Executivo e não por lei específica; fixou prazo de 30 dias para a pensionista requerer o benefício, sob pena de concessão desde o requerimento e não da data do óbito; excluiu o auxílio-acidente dos benefícios a que faz jus o aposentado que permanece ou volta a exercer atividade remunerada; extinguiu as aposentadorias especiais de aeronauta, telefonista, jogador de futebol, jornalista e juiz classista da Justiça do Trabalho); Lei nº 9.876/99 (que complementou a reforma da previdência instituída pela Emenda Constitucional nº 20/98, alterando as Lei 8.212/91 e Lei 8.213/91. As principais alterações desta Lei foram a criação do fator previdenciário³⁸ e, portanto, a alteração da forma de cálculo dos benefícios previdenciários de aposentadoria por tempo de contribuição e de idade, sendo que neste último caso (aposentadoria por idade) a aplicação do fator é facultativa; e a regra de que no cálculo do salário-de-benefício serão considerados os 80% dos maiores salários de contribuição de todo o período contributivo. Anteriormente eram consideradas apenas as contribuições dos últimos 36 meses, o que levava o segurado a só contribuir com um valor maior nos últimos três anos antes da aposentadoria. A Lei também criou a categoria do contribuinte individual, na qual unificou as figuras do autônomo (e a ele equiparado), do empresário (e a ele equiparado), do garimpeiro, do ministro de confissão religiosa e do membro do instituto de vida consagrada³⁹. E acabou com a escala de salário base das contribuições do

³⁸ O fator previdenciário se encontra previsto no art. 29, § 7º, da Lei 8.213/91 nos seguintes termos: Art. 29 (...) § 7º. "O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo a esta Lei".

³⁹ Embora a inclusão do garimpeiro na categoria de contribuinte individual decorra da Lei nº 9.876/99, a Lei nº 8.398/92 já havia excluído tacitamente o garimpeiro da categoria de segurado especial, mediante expressa modificação de seu regime contributivo, em razão de alteração do inciso VII do art. 12 da Lei nº 8.212/91 (PCPS).

autônomo (e a ele equiparado), possibilitando o recolhimento de contribuições com base na remuneração efetivamente declarada); Lei nº 11.718/2008 (que ampliou as situações em que é possível o enquadramento do trabalhador rural, em regime de economia familiar, como segurado especial; ampliou o conceito de pescador artesanal; incluiu o seringueiro ou extrativista vegetal como segurado especial⁴⁰; limitou a condição de segurado especial ao menor somente a partir dos 16 anos; estabeleceu normas transitórias sobre a aposentadoria do trabalhador rural; que criou Cadastro Específico do INSS – CEI, vinculado ao grupo familiar, para fins de recolhimento de contribuição previdenciária); e finalmente, a Lei nº 12.873/2013 (que permitiu ao segurado especial participar de sociedade empresária, de sociedade simples, como empresário individual ou como titular de empresa individual de responsabilidade limitada de objeto ou âmbito agrícola, agroindustrial ou agroturístico, considerada microempresa, sem perder esta condição de segurado especial; e que vedou a manutenção da condição de segurado especial para o membro do grupo familiar que tenha outro fonte de rendimento, **salvo** se este rendimento for decorrente de: benefício de pensão por morte, auxílio-acidente ou auxílio-reclusão, cujo valor não supere o do menor benefício de prestação continuada; benefício decorrente de participação em plano de previdência complementar; exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 dias; exercício de mandato eletivo de dirigente sindical de organização da categoria de trabalhadores rurais; exercício de mandato de Vereador de Município em que desenvolve a atividade rural ou de dirigente de cooperativa rural constituída, exclusivamente por segurados especiais; parceria ou meação outorgada na forma da Lei; atividade artesanal desenvolvida com matéria-prima produzida pelo próprio grupo familiar; atividade artística, desde que em valor mensal inferior ao menor benefício de prestação continuada).

Além disso, pode-se citar outros diplomas legislativos que promoveram alterações no RGPS (Regime Geral de Previdência Social) sem alterar diretamente a Lei nº 8.213/91 (PBPS). Destacam-se a Lei nº 10.666/2003 (que dispôs sobre a concessão de aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho; estabeleceu expressamente que a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial; estabeleceu expressamente que a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão da aposentadoria por idade, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento administrativo; extinguiu a escala transitória de

Mas até o advento da Lei nº 9.876/99 o garimpeiro ainda constava da redação originária da Lei nº 8.213/91 como segurado especial.

⁴⁰ Antes da Lei nº 11.718/2008 o próprio INSS já enquadrava o seringueiro ou extrativista vegetal como segurado especial, com base em normas administrativas da própria autarquia.

salário-base, para fins de enquadramento e fixação do salário-de-contribuição dos contribuintes individual e facultativo filiado ao RGPS, estabelecida pela Lei 9.876/99); a Lei nº 12.470/2011 (que regulamentou a contribuição do microempreendedor individual, previsto na Lei Complementar nº 123/2006, e do segurado de baixa renda, que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua própria residência, e o acesso destes aos benefícios de auxílio-doença; aposentadoria por invalidez e aposentadoria por idade) e a Lei Complementar nº 142/2013 (que regulamentou o § 1º do art. 201 da CF, no que diz respeito à aposentadoria especial da pessoa com deficiência segurada do RGPS).

Capítulo a parte merece a Emenda Constitucional nº 20/98 (promulgada em 16 de dezembro de 1998), pois alterou substancialmente as regras previdenciárias até então vigentes na CF de 1998. Embora a análise detalhada da Emenda não deva ser objeto deste artigo podemos resumir as alterações realizadas pela EC nº 20/98 nos seguintes termos: 1) restringiu o pagamento do salário-família somente ao trabalhador de baixa renda; 2) restringiu o pagamento do auxílio-reclusão somente aos dependentes do segurado de baixa renda; 3) proibiu o trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos; 4) estabeleceu novas regras para a concessão de benefícios aos servidores públicos; 5) estabeleceu diretrizes para o regime de previdência privada, de caráter complementar e autônomo, em relação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS); 6) estabeleceu a necessidade de que a organização da Previdência Social observe critérios de equilíbrio financeiro e atuarial; 7) promoveu a desconstitucionalização das regras de cálculo dos benefícios; 8) criou a gestão quadripartite da seguridade social; 9) extinguiu a aposentadoria proporcional para os que ingressarem no RGPS a partir de sua promulgação; 10) extinguiu a aposentadoria especial para professores universitários, mantendo-a somente para professores do ensino fundamental e médio; 11) extinguiu a aposentadoria especial de magistrados e membros do ministério público; 12) estabeleceu regras de transição para os que já estavam no RGPS antes de sua promulgação e etc.

Após a EC nº 20/98 ainda sobrevieram algumas importantes alterações legislativas que merecem menção. Nessa linha, já mencionamos a Lei nº 9.876/99, que foi a responsável pela adaptação da Lei nº 8.213/91 aos novos parâmetros constitucionais criados pela EC nº 20/98. Mas também merece destaque a Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003. Referida EC nº 41/2003 promoveu profunda alteração do Regime Público de Previdência Social (RPPS), que ampara os servidores públicos com Regime Próprio de Previdência Social. Nos termos da Emenda, foi criada contribuição previdenciária incidente sobre as aposentadorias e pensões dos servidores públicos e beneficiários; extinguiu-se a paridade entre servidores ativos e aposentados, de tal sorte que as vantagens concedidas aos servidores ativos não são

mais extensíveis automaticamente aos inativos; foi estabelecida nova base de cálculo para o valor das aposentadorias, passando a se considerar todo tempo de contribuição do servidor (em outro regime próprio ou no RGPS) e não somente o que recebia no cargo em que se aposentou; foi alterada a necessidade de lei complementar para instituir regime complementar de previdência, bastando, agora, apenas a lei ordinária para instituir referido regime complementar de previdência; reduziu-se o valor das pensões concedidas pelo RPPS, ficando tal valor limitado ao teto do RGPS, com acréscimo ao valor da pensão de até 70% do valor que exceder o valor do teto do RGPS; estabeleceu regras de transição para os servidores que estavam vinculados a RPPS ao tempo da EC nº 41/2003.

Posteriormente, a Constituição foi novamente alterada pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, promovendo alterações do RGPS e dos RGPPs. As principais alterações promovidas foram as seguintes: vedou-se a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias e pensões aos abrangidos pelo RGPS e pelos RPPSs (servidores); vedou-se a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias e pensões aos abrangidos pelo RGPS, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física ou quando se tratar de segurados com deficiência, nos termos definidos em lei complementar.⁴¹ Feitas estas digressões históricas, passaremos a análise do conceito de seguridade social na Constituição de 1988.

5 NOÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para que possamos desenvolver o estudo, faz-se necessário apresentar algumas noções sobre o conceito de seguridade social na Constituição de 1988. A expressão seguridade social parece ter surgido nos Estados Unidos, com o *Social Security Act* (Lei da Seguridade Social, de 1935); posteriormente foi repetida em lei neozelandesa sobre a mesma matéria (1938); na seqüência a expressão surge na França: *securité sociale*; na Itália: *sicurezza sociale*; e na Espanha e América espanhola: *segurid social*, para chegar ao Brasil na forma atualmente constitucionalizada.⁴² Embora não trate da locução “seguridade social”, Plácido e Silva nos dá noção do conceito verbete “seguridade” estabelecendo que:

⁴¹ A Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013, regulamentou o direito das pessoas com deficiência à aposentadoria especial, com redução de tempo de contribuição.

⁴² Celso Barroso Leite. *Conceito de Seguridade Social*. In Curso de Direito Previdenciário, Wagner Balera (Coord.). São Paulo: LTr., 1992, p. 16 *apud* Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 31.

SEGURIDADE. De seguro, é o vocábulo empregado na acepção de segurança: exprime a 'garantia', a 'firmeza', ou a 'estabilidade das coisas'. É a qualidade, a condição, ou o estado 'do que é seguro', ou 'está seguro', 'firme', ou 'garantido'.

Enquanto na 'segurança', previnem-se os riscos, resguardam-se os prejuízos, toma-se cautela ou se determinam medidas para remover o perigo, na seguridade, impõe-se a confiança pelo 'estado de seguro', pela ausência do perigo, dela seguridade, decorrente.⁴³

Todavia, a noção de seguridade social é muito mais ampla e deve ser apreendida exatamente a partir da locução “seguridade social”. A rigor, no texto constitucional o termo “social” não está apenas qualificando o termo “seguridade”, mas determinando uma nova concepção de proteção do cidadão contra as contingências sociais, que passa pela própria redefinição dos mínimos sociais que se pretende garantir. Na verdade, o constituinte concebeu a seguridade social como um vasto programa de concretização dos direitos à saúde, à previdência e à assistência social.⁴⁴ Isto significa que, em face do atual ordenamento constitucional brasileiro, não se busca apenas garantir tais direitos no plano jurídico, mas efetivamente assegurar, no mundo dos fatos, o seu usufruto.

Embora a Constituição não tenha conceituado a seguridade social, enunciou de forma objetiva o seu conteúdo. Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 194, define a Seguridade Social como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”. Na verdade, os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social já estavam previstos em outros dispositivos como, por exemplo, no art. 6º da Carta Constitucional. O que o constituinte fez, e deixa bem claro esta intenção no art. 194, foi estruturar a seguridade social de forma que os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social pudessem ser, no mundo concreto do dia a dia do cidadão, efetivamente assegurados. Não como mera intenção, mas como concreta realidade.

A seguridade social, portanto, constitui termo genérico utilizado pelo legislador constituinte para designar a proteção dispensada aos cidadãos mediante ações específicas de saúde, previdência e assistência social, possuindo caráter eminentemente instrumental, na medida em que se estrutura de forma a viabilizar estes e outros objetivos constitucionais. Destarte, nos dizeres de Daniel Machado da Rocha e José Baltazar Junior, o sistema de seguridade social:

⁴³ *Vocabulário Jurídico*, v. III e IV, p. 188.

⁴⁴ Wladimir Novaes Martinez, *A Seguridade Social na Constituição Federal*, p. 40.

(...) visa a garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de sua existência, tendo por fundamento a solidariedade humana. A seguridade social é, em última análise, um instrumento através do qual se pretendem alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da Constituição, quais sejam: 'construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e marginalização; reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos'.⁴⁵

Esta também a visão de Sergio Pinto Martins para quem a seguridade social foi elaborada *“como um conjunto de princípios, normas e instituições, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”*.⁴⁶ Assim, a seguridade social é composta de várias partes, formando um sistema. Não se trata apenas de um conjunto de princípios e regras, mas também de instituições e entidades que criam e aplicam este direito.⁴⁷ Isto posto, percebe-se que entender a seguridade social como um sistema implica em reconhecer o seu caráter instrumental, enquanto *“conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”* (art. 194 da CF), que visam a assegurar os direitos à saúde, à previdência e a assistência social.

Nesse sentido, conforme leciona Wladimir Novaes Martinez, compreender a seguridade social como um sistema:

Significa que as três unidades não estão nem devem estar, ou ficar estanques, isoladas, representando compartimentos distintos das políticas governamentais de proteção social. Ainda que as três ações sejam tecnicamente individualizadas, com nuances próprias, devem conviver integradas com vistas ao bem-estar do protegido. Não obstante diferenciadas na seguridade social, as medidas disciplinadas estão interligadas cientificamente. Resulta que o atendimento dos necessitados deve pressupor serem eles beneficiários da seguridade social e não mais isoladamente consideradas as técnicas protetoras da saúde, previdência ou assistência social.⁴⁸

Dessa forma, em face da Constituição de 1988, a seguridade social se apresenta como bem mais do que um simples somar de técnicas protetivas. A rigor, melhor seria caracterizá-la como forma sinérgica de interação de ações públicas relativas à saúde, previdência e assistência social, voltadas para a consecução dos fins sociais e humanitários do Estado, o que ressalta seu caráter eminentemente instrumental. Aliás, é esta também a lição de Wladimir Novaes Martinez ao explicar que:

⁴⁵ *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, p. 28.

⁴⁶ *Direito da Seguridade Social*, p. 21.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 21-22.

⁴⁸ *A Seguridade Social na Constituição Federal*, p. 41.

Conceito amplo e complexo, não é prudente tentar circunscrever a seguridade social num único contorno elegante ou conciso. Há a tentação de se tomar o conceito de Previdência Social, adjudicando a saúde e a assistência social, mas a seguridade social é mais do que uma somatória. Talvez ela seja uma técnica de proteção social, custeada solidariamente por toda a sociedade segundo a capacidade de cada um, que propicia universalmente a todos o bem-estar das ações de saúde dos serviços assistenciais em nível mutável, conforme a realidade sócio-econômica, e das prestações previdenciárias (...).⁴⁹ (grifamos)

A seguridade social se constitui, portanto, em amplo conjunto de políticas sociais, cuja responsabilidade se atribui ao Estado e à sociedade, coordenadas de forma sinérgica para, otimizando os recursos disponíveis, atender todas as necessidades do ser humano socialmente considerado. Nesse diapasão, José Manuel Almansa Pastor, citado por Feijó Coimbra, conceitua a seguridade social como o conjunto de regras que tendem a atuar “*como instrumento protetor, que garanta o bem estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população, abolindo todo o estado de necessidade social em que estes possam se encontrar*”, ressaltando, contudo, que, na prática, a seguridade plena encontra limites na disponibilidade financeira para sua concretização.⁵⁰

Abrange, então, a seguridade social o direito à saúde, que se trata de “*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas*”, cujo objetivo consiste em assegurar a redução do risco da doença e de outros agravos (art. 196 da Constituição Federal). Inclui, destarte, o direito à previdência social, enquanto direito fundado no princípio do seguro social, de forma que as prestações e benefícios se destinam a, mediante contribuição, cobrir eventos de doença, invalidez, morte, velhice, reclusão e acidente do trabalho; bem como prestar proteção à maternidade - especialmente à gestante, ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; e ajudar a manter os dependentes dos segurados de baixa renda e etc. (art. 201 da Constituição Federal).

E, finalmente, congrega a seguridade social o direito à assistência social, como manifestação de políticas públicas destinadas a, independente de contribuição, para quem delas necessitar, proteger a família, a maternidade, a adolescência, a velhice; bem como promover a integração no mercado de trabalho; habilitar e reabilitar as pessoas com deficiência; e garantir, ao idoso e a pessoa com deficiência que não

⁴⁹ Ibid., p. 58.

⁵⁰ José Manuel Almansa Pastor. *Derecho a La Seguridad Social*. 2ª ed. Madrid:Tecnos, 1977, p.72 *apud* Feijó Coimbra, *Direito Previdenciário Brasileiro*, p.45. Tradução deste autor.

possam se manter por si, um salário-mínimo de benefício mensal e etc. (art. 203 da Constituição Federal).⁵¹

Mas, repita-se, não como um simples somar de ações, senão como forma sinérgica de interação das políticas de saúde, previdência e assistência social, que visa a garantir os chamados mínimos sociais ao cidadão. Assim, a seguridade social apresenta função instrumental na viabilização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Assim, a seguridade social, em face da Constituição de 1988, também é concebida como instrumento de valorização, prevenção e promoção da vida e da dignidade humana.

6 CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, foi possível traçar um breve panorama da evolução histórica da seguridade social no Mundo e no Brasil, com especial atenção para o sistema de seguridade social implementado pela Constituição Federal de 1988.

De tudo o que foi visto, podemos concluir que a seguridade social se constitui em amplo conjunto de políticas sociais, abrangendo ações de saúde, previdência e assistência social, cuja responsabilidade se atribui ao Estado e à toda sociedade. Tais ações devem ser coordenadas de forma sinérgica para, otimizando os recursos disponíveis, atender todas as necessidades do ser humano socialmente considerado, visando a garantir os chamados mínimos sociais ao cidadão. Nessa linha, a seguridade social apresenta função instrumental na viabilização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

FEIJÓ COIMBRA, José dos Reis. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LEITE, Barroso Leite. *Conceito de Seguridade Social*. In Curso de Direito Previdenciário, Wagner Balera (Coord.). São Paulo: LTr., 1992, p. 16 *apud* Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*.

⁵¹ Nesse ponto, importante registrar que com a aprovação parlamentar da "Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e seu Protocolo Facultativo", com o quorum de 3/5, nas duas casas do Congresso, exigidos pelo art. 5º, parágrafo 3º, da CF, referida Convenção passou a ser equivalente à Emenda Constitucional, com o que se tem como tacitamente revogada a expressão "pessoa portadora de deficiência" prevista no art. 205, V, da CF, a qual deve agora ser lida apenas como "pessoa com deficiência". Referida Convenção foi concluída e assinada em Nova York, em 30 de março de 2007; foi aprovada pelo Congresso brasileiro, o que resultou no Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008; e foi promulgada pelo Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, com entrada em vigor no dia seguinte. O governo brasileiro havia depositado os instrumentos de ratificação junto ao Secretário-Geral da ONU em 1º de agosto de 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho a La Seguridad Social*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1977, p.72 *apud* José dos Reis Feijó Coimbra. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

ROCHA, Daniel Machado da Rocha; JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2009.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquemático*, São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENTURI Augusto, *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*. Trad. Gregório Tudela Cambroner. In: *Los fundamentos científicos de la seguridad social*. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministério Del Trabajo e Seguridad, 1994, p. 77, *apud* Marisa Ferreira dos Santos, *Direito Previdenciário Esquemático*, São Paulo: Saraiva, 2013.

OS ADICIONAIS DE REMUNERAÇÃO A LUZ DA LEI 12.740/2012 E SUA INCIDÊNCIA COMO FORMA DE RESGUARDO DA INTEGRIDADE DO TRABALHADOR

Mônica Moreno Amorim¹
Edson Freitas de Oliveira²

RESUMO: A lei 12.740/2012 trouxe novas disposições sobre o adicional de periculosidade fazendo com que seja necessário uma análise sobre a sua aplicabilidade, impelindo à uma reflexão sobre a real necessidade de sua incidência, uma vez que a função primordial dos adicionais de remuneração, qual seja, acrescer o salário do empregado em virtude de situações gravosas em que são submetidos, deve ser preservada.

Palavras-chave: Lei 12.740/2012. Adicionais de Remuneração. Adicional de Periculosidade. Vigilantes. Vigia. Energia Elétrica.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo fundou-se nos adicionais de remuneração como forma de compensação ao empregado pelas condições adversas que enfrentam para realizar suas atividades laborais.

O tema foi abordado tendo como enfoque as alterações que a Consolidação das Leis do Trabalho sofreu em virtude da Lei nº 12.740 de 8 de dezembro de 2012, como forma de conhecer as mudanças significativas que tal disposição trouxe para o ordenamento jurídico trabalhista.

Para o desenvolvimento do trabalho, foram utilizados os métodos dedutivo e comparativo, onde primordialmente se buscou analisar as mudanças ocorridas no adicional de periculosidade com a vigência do novo artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para tanto, considerações básicas sobre segurança e meio ambiente do trabalho foram tecidas. Posteriormente, características dos adicionais de remuneração, bem como do trabalho em condições perigosas foram expostas.

Desta forma, foi possível compreender todos os institutos necessários para a análise das novas disposições dos adicionais, sendo por fim, feita uma análise detalhada dos adicionais de periculosidade para os trabalhadores que exercem suas atividades em contato com energia elétrica, bem como aqueles que atuam nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

¹ Discente do curso de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente-SP.

² Docente e coordenador do Curso de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo".

2 DA SEGURANÇA DO TRABALHADOR E O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

O trabalhador necessita de uma estrutura que seja apta a protegê-lo quando do exercício de suas atividades, pois quaisquer que sejam as tarefas exercidas, estas são promitentes causadoras de riscos.

A Constituição Federal e as normas hierarquicamente inferiores, tais como a Consolidação das Leis do Trabalho, adequaram-se ao longo dos anos para que mecanismos de proteção ao trabalhador fossem criados.

Atualmente, a proteção ao trabalhador recebe grande atenção sendo amplamente disciplinada pelo ordenamento jurídico. Cada dia mais a preservação da saúde bem como da integridade física dos trabalhadores é dever daqueles que o empregam, “passando a questão relativa a segurança e medicina do trabalho a ser vista a partir de uma concepção profundamente humana, sendo considerada inclusive, como um dos aspectos dos direitos fundamentais do trabalhador” (ROMAR, 2013, p. 587).

Sérgio Pinto Martins conceitua a segurança e medicina do trabalho da seguinte forma (2012, p. 665):

A segurança e medicina do trabalho são o segmento do Direito do Trabalho incumbido de oferecer condições de proteção e saúde do trabalhador no local de trabalho e de sua recuperação quando não estiver em condições de prestar serviços ao empregador.

Como visto, o conceito afirma que a segurança do trabalho abrange não apenas medidas protetivas, mas também as condições necessárias para a recuperação do trabalhador quando o acidente de trabalho ocorrer.

Já Amauri Mascaro Nascimento, quando trata do tema inerente ao meio ambiente de trabalho, bem como da defesa a integridade física, saúde e vida do trabalhador, traz os seguintes conceitos (2012, p. 126):

A medicina do trabalho desenvolve estudos no sentido de dispensar a proteção à saúde do trabalhador. A *segurança* do trabalho é o conjunto de medidas que versam sobre condições específicas de instalação do estabelecimento e suas máquinas, visando a garantia do trabalhador contra a natural exposição aos riscos inerentes a prática da atividade profissional.

Portanto, é fato que a preocupação com a saúde e segurança do trabalhador vem crescendo, sendo objeto de vários estudos e mudanças legislativas para que sejam aprimoradas as condições do trabalhador.

A respeito do meio ambiente de trabalho, a Carta Magna dispõe em seu artigo 200, inciso VII, e 225 que “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”. Também afirma que compete ao sistema único de saúde “colaborar na proteção ao meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

Através da proteção prevista pela Carta Magna, e das disposições trazidas pela Consolidação das Leis do Trabalho sobre os órgãos a quem incumbe a criação de normas, sua fiscalização e seu cumprimento, é possível aferir que o Ministério do Trabalho e Emprego possui papel de suma importância, sendo suas competências apontadas pelo artigo 155 da CLT.

Destarte, é cediço que cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, primordialmente, a prevenção, realizada através do estabelecimento de disposições complementares, nos limites do artigo 200, CLT, bem como da fiscalização do cumprimento de tais disposições.

Além do órgão supramencionado, as Gerencias Regionais do Trabalho, assim como os empregados e empregadores, tem deveres legais e serem cumpridos para que sejam efetivas as normas relativas a segurança do trabalho e preservação de um meio ambiente de trabalho equilibrado.

Resta evidente que todo trabalhador deve ter preservada sua saúde e integridade no ambiente em que exerce suas atividades diárias, sendo necessário que haja condições mínimas para que o trabalho seja realizado em condições adequadas, diminuindo a incidência de acidentes, e minimizando riscos.

Dentre as situações que mais prejudicam o trabalhador em seu ambiente de trabalho, estão aquelas consideradas perigosas e insalubres, pois trazem risco maior ao trabalhador, e por este motivo, são objeto de disposições legais específicas, que carecem de maior atenção.

3 REMUNERAÇÃO E SALÁRIO

Adentrando no tema remuneração e salário, dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho, no *caput* do artigo 457, que “compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.

Desta forma, entende-se que os termos salário e remuneração são constantemente utilizados de forma ambígua no texto legal, mas na verdade, trazem ideias diferentes. O que se pode afirmar é que, com base em tal dispositivo legal o legislador institui os componentes da remuneração.

Como se sabe, a remuneração é gênero, e engloba todas as verbas recebidas pelo empregado, seja ela paga por terceiros ou pelo próprio empregador.

Quando é paga pelo próprio empregador, é denominada salário. As gorjetas, por sua vez, são as quantias pagas diretamente pelo cliente ao empregado, podendo ainda, vir inclusa na conta paga pelo serviço. Portanto, a remuneração é composta do salário acrescido das gorjetas.

Sobre a distinção entre remuneração e salário, é de suma valia os ensinamentos de Sergio Pinto Martins (2012, p. 230):

Remuneração é o conjunto de prestações recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, proveniente do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer suas necessidades básicas e de sua família. [...] O salário correspondia ao valor econômico pago diretamente pelo empregador ao empregado em razão da prestação de serviços do último, destinando-se a satisfazer suas necessidades pessoais e familiares. Dentro desta concepção, verifica-se que o salário corresponde ao pagamento feito pelo empregador e não por terceiros, ao contrário da remuneração, que engloba tanto o pagamento feito pelo empregador, como o recebido de terceiros (gorjetas). O salário é a importância paga pelo empregador ao obreiro em virtude de sua contraprestação dos serviços.

Destarte, ambos são institutos distintos, sendo a remuneração mais ampla, e o salário, uma espécie integrante do gênero remuneração.

Não há no ordenamento trabalhista uma definição de salário. Tal fato ensejou discussão doutrinária para que houvesse então a conceituação do referido instituto. O salário é considerado por Amauri Mascaro Nascimento (2012, p. 342/343) da seguinte forma:

Salário é o conjunto de percepções econômicas devidas pelo empregador ao empregado não só como contraprestação do trabalho, mas, também, pelos períodos em que estiver a disposição daquele aguardando ordens, pelos descansos remunerados, pelas interrupções do contrato de trabalho ou por força de lei.

Em que pese tamanha divergência sobre seu conceito, o salário pode ser caracterizado como o valor pago ao empregado diretamente pelo empregador em razão do seu trabalho, ou seja, tem caráter contraprestativo, abrangendo tanto o período em que o empregado efetivamente presta serviços, como também o tempo a disposição do empregador.

Em razão do vínculo laboral, o salário apenas pode ser pago pelo empregador, e não por terceiros. Assim, pode se dizer que “salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho.” (GODINHO, 2012, p.708).

Embora seja complexo e extenso o estudo acerca dos referidos institutos, as explanações aqui tecidas já são suficientes para a compreensão do presente trabalho.

Resta saber que, existem modalidades especiais de salários, ou seja, parcelas especiais de salário que compõe a remuneração, dentre ela os adicionais.

3.1 Dos Adicionais de Remuneração

Os adicionais são um acréscimo ao salário, uma suplementação devida ao empregado quando seu trabalho é realizado em condições elencadas como perigosas e “visam, portanto, compensar o empregado pela maior dificuldade ou pelo risco que tem que enfrentar na execução do trabalho” (ROMAR, 2013, p.387).

A respeito da caracterização dos adicionais, ensina Maurício Godinho Delgado (2012, p.760):

O que distingue os adicionais de outras parcelas salariais são tanto o fundamento como o objetivo de incidência da figura jurídica. Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar-se, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga-se um *plus* em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciado, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é portanto, *nitidamente salarial* [...].

A idéia é que as condições gravosas no trabalho não deveriam existir, pois o trabalhador deveria sempre executar suas tarefas em situações que não gerassem riscos a sua saúde. Contudo, em razão dos riscos a que fica exposto, essa parcela salarial é devida como forma de suplementação.

Assim, tem-se que os adicionais são “um acréscimo salarial decorrente da prestação de serviços do empregado em condições mais gravosas” (PINTO, 2012, p.255).

Os adicionais, apesar de sua natureza salarial, poderão ser suprimidos, pois, uma vez ausentes as circunstâncias que o ensejaram, não há de se falar que permanecem vinculados ao contrato, e podem, nessas circunstâncias, deixarem de fazer parte da remuneração do trabalhador. “São, deste modo, o exemplo mais transparente do chamado *salário condição*, acolhido reiteradamente pela jurisprudência” (GODINHO, 2012, p.760).

Podem ainda ser classificados em legais ou convencionais. Os convencionais são aqueles estabelecidos mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, sendo, desta forma, aplicáveis a uma determinada categoria abrangida pela negociação coletiva.

Os adicionais legais aplicam-se a qualquer empregado que se enquadre na situação legal tipificada, mas, existem ainda aqueles que se aplicam apenas a determinadas categorias específicas de trabalhadores. São denominados, respectivamente, adicionais abrangentes e restritos.

O adicional de periculosidade, objeto do presente estudo, é um adicional caracterizado como abrangente, e se aplica todo empregado que incidir nas hipóteses legais.

Em nosso ordenamento temos ainda outros tipos de adicionais, conforme explica Amauri Mascaro Nascimento (2012, p. 367):

Em nosso direito, são compulsórios os adicionais por horas extraordinárias (art. 59 da CLT), por serviços noturnos (art. 73), insalubres (art. 192), perigosos (art. 193, § 1º) e, ainda, por transferência de local de serviço (art. 469, § 3º). Salvo os adicionais de insalubridade e periculosidade entre si, os demais, bem como estes, são cumuláveis (art. 193, § 2º). Raramente são encontrados adicionais convencionais.

São exemplos de adicionais, portanto, além da periculosidade, o adicional pelo trabalho noturno, de horas extras, de transferência, e de insalubridade, todos tidos como adicionais legais, uma vez que, não é comum que haja adicionais estabelecidos por acordos ou convenções coletivas de trabalho.

3.2 O Trabalho em Condições Perigosas e a Lei nº 12.740/2012

O trabalho em condições perigosas enseja o adicional de remuneração, possuindo, inclusive, previsão Constitucional. Dispõe a Carta Magna, em seu artigo 7º, inciso XXIII, que é um direito do trabalhador o “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

É possível observar que, o texto Constitucional assegurou ser o adicional para as atividades perigosas um direito do trabalhador, visando trazer normas que resguardassem sua saúde e segurança.

O adicional de periculosidade é, em suma, uma forma de compensação devido ao risco à que o empregado fica exposto na realização de suas atividades, risco este que pode estar ligado a sua incolumidade física, ou até mesmo ao risco que sua vida corre quando da execução de seu ofício.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, o artigo 193 regulamentava, dentre outros, o trabalho em condições perigosas, e dispunha que eram consideradas perigosas as atividades que implicassem em contato permanente com inflamáveis, explosivos, ou condições de risco considerado acentuado, fosse assim considerado por sua própria natureza, ou pelos métodos de trabalho.

Todavia, a Lei nº 12.740/2012 alterou o referido dispositivo legal, que trouxe em seu *caput* basicamente as ideias contidas na redação anterior, porem, foi cindido em incisos. Vejamos:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012)

No que tange ao trabalho com inflamáveis e explosivos, já havia tal disposição na redação anterior, sendo tratadas pela Norma Regulamentadora nº 16, trazida pela Portaria nº 3.214/78, que dispõe sobre atividades e operações perigosas. A energia elétrica, inserida no inciso I, apenas possuía previsão específica na Lei nº 7.369/85.

O inciso II, por sua vez, inseriu no ordenamento mais uma atividade perigosa, digna do recebimento do adicional de periculosidade, qual seja, aqueles que exercem atividade profissional de segurança, seja ela pessoal ou patrimonial.

A lei 12.740/2012 não apenas alterou o *caput* e o desmembrou em incisos, como também inseriu o parágrafo terceiro, dispondo que o adicional legal, poderá ser descontado dos já convenionados, ou seja, concedidos por meio de acordo coletivo, no caso dos vigilantes.

Com as alterações, o texto legal dispõe que o risco acentuado que enseja o adicional, não mais decorre do contato, mas sim da exposição permanente com os agentes que caracterizam com perigosos.

O termo *exposição* denota uma maior amplitude com relação ao termo *contato*, usado na redação anterior, estendendo o rol de situações que podem ser perigosas. Contudo, a própria Norma Reguladora nº 16 já trazia a previsão da mera exposição como sendo situação que possibilitava o adicional de periculosidade.

Os adicionais incluídos no artigo 193 da CLT serão objeto de uma análise mais detalhada nos próximos tópicos, uma vez que, por se tratarem de disposições novas trazidas pela lei nº 12.740/12, merecem uma aferição detalhada de sua aplicabilidade e consequências.

Embora não conste no artigo 193 Consolidação das Leis do Trabalho, além das situações previstas nos incisos I e II, conforme entendimento firmado pela Seção de Dissídios Individuais 1 do TST, na Orientação Jurisprudencial 345, também faz jus ao adicional de periculosidade aqueles que trabalham com radiação ionizante ou substância radioativa.

A referida Corte tem este entendimento firmado na premissa de que, as portarias do Ministério do Trabalho denotam como perigosa a citada atividade em conformidade com as disposições da CLT, que afirma em seu artigo 200, *caput*, e inciso VI, que o Órgão Ministerial possui autonomia para dispor sobre normas complementem àquelas já existentes no que tange a segurança e medicina do trabalho, proporcionando, portanto, que disposições complementares que tratem de trabalhadores submetidos a substâncias químicas e radiações ionizantes sejam estabelecidas.

Dada a legitimidade do Ministério do Trabalho e Emprego, a Portaria nº 518/2003 dispõe sobre as atividades e operações que são tidas como perigosas, quando envolvem radiações ionizantes bem como substâncias radioativas. O quadro de atividades/áreas de risco, trazido pela Comissão Nacional de Energia Nuclear também consta na referida portaria.

Sobre o adicional de periculosidade, embora tenha sofrido modificações pela lei nº 12.740/2012, possuindo agora novas possibilidades de enquadramento, Amauri Mascaro Nascimento tece importantes considerações genéricas (2012, p. 368/369):

[...] a) é devido ao empregado que presta serviços em contato permanente com explosivos ou inflamáveis em condições de risco acentuado (art. 193 da CLT); b) pressupões as atividades enumeradas em Portaria do Ministério do trabalho; c) é de 30% sobre o salário contratual e integra a remuneração do empregado, salvo para fins de gratificações, prêmios e participações nos lucros. O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico, e não sobre este, acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o calculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial (STST n. 191).

Como dito, o rol do artigo 193 foi ampliado, e embora algumas condições tidas como perigosas já tenham sido regulamentadas por Portarias do Ministério do Trabalho, como é o caso dos explosivos e inflamáveis, que não sofreram alterações, atualmente, há inserção se novas condições perigosas, qual seja, os profissionais de segurança pessoal ou patrimonial que carece de regulamentação, e a energia elétrica,

que teve sua lei específica revogada, passando a fazer parte do rol previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A respeito da quantia devida, estabelece o artigo 193, parágrafo primeiro, CLT, que o adicional será de 30% (trinta por cento) sobre o salário básico, e não sobre a totalidade das parcelas salariais, ou seja, a regra é que o trabalho em condições perigosas tenha o seu adicional usando como base o salário contratual.

Contudo, no caso dos eletricitários, dispunha sua regulamentação que o adicional incidia sobre a totalidade das parcelas, tema que será analisado com cautela no item seguinte.

Importante ainda ressaltar que, tanto os empregados urbanos, quanto os rurais, o direito ao adicional de periculosidade também é reconhecido.

Destaca ainda o parágrafo segundo do artigo 193, CLT, que há a impossibilidade legal de cumular o adicional de periculosidade ao de insalubridade, desta forma, se simultaneamente estiverem presentes condições insalubres e perigosas, o empregado opta por apenas um dos adicionais.

3.3. O Adicional de Periculosidade para o Trabalho com Energia Elétrica

Enquanto vigia a antiga redação do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, não havia nele a previsão do adicional para os trabalhadores do setor de energia elétrica.

Em 1985, com a criação da Lei nº 7.369, esse grupo específico de trabalhadores passou a fazer jus ao adicional, por determinação de lei específica, mas para que recebessem o adicional, era necessário "serem especificadas as atividades e os setores em que existem condições perigosas com eletricidade e seu campo de atuação" (PINTO, 2012, p. 263).

Desta forma, a lei precisava ser regulamentada conforme dispunha seu artigo 2º, sendo, portanto, expedido o Decreto nº 92.212 de 1985 que passou a regulamentar a referida lei. Contudo, menos de um ano depois da primeira regulamentação, sobreveio o Decreto nº 93.412 de 1986, que corrigiu as falhas do antigo decreto, e revogou-o, passando a ser a regulamentação da lei 7.369/85.

O decreto regulamentador, apesar de fazer menção ao sistema elétrico de potencia, não apenas amparou as empresas concessionárias de energia elétrica, pois deixou expresso em seu artigo 2º que o adicional seria devido ao empregado cujas atividades se adequassem no quadro de atividades/áreas de risco, independentemente do ramo de atividade da empresa, ou do cargo por ele exercido.

Neste sentido, ensina Sérgio Pinto Martins (2012, p. 263):

Não são apenas os funcionários da empresa que produzem energia elétrica que têm direito ao adicional, mas os de todas as empresas em que existam condições que impliquem perigo de vida pelo contato com equipamentos energizados.

Destarte, conclui-se que, conforme já dito, o quadro que descreve as atividades e áreas de risco, trazido pelo Decreto nº 93.412/86 é que determinará a incidência do adicional.

O que indicará se de fato houve a caracterização da periculosidade, ou seja, do risco, é a perícia. Assim, moldando-se a situação àquela descrita no quadro de atividades, e observado o preceito do parágrafo 2º, artigo 2º do decreto, qual seja, resultando os efeitos da exposição à eletricidade em possível incapacitação, invalidez ou morte, o empregado faz jus ao adicional.

Confirmado a interpretação exposta, afirma a Seção de Dissídios Individuais 1 do TST, na Orientação Jurisprudencial 324 que:

É assegurado o adicional de periculosidade apenas aos empregados que trabalham em sistema elétrico de potência em condições de risco, ou que o façam com equipamentos e instalações elétricas similares, que ofereçam risco equivalente, ainda que em unidade consumidora de energia elétrica.

Não restava dúvidas que, tanto eletricitários, como também os eletricitistas tinham direito ao adicional de periculosidade quando desempenham atividades análogas, desde que tragam, conseqüentemente, o mesmo risco.

Com relação ao tempo de exposição, o Decreto nº 93.412/86, regulamentador da revogada Lei nº 7.369/85, trouxe a disposição de que haveria proporcionalidade no pagamento do adicional de acordo com o tempo de exposição.

Ensina Tuffi Messias Saliba e Márcia Angelim Chaves Corrêa em sua obra “Insalubridade e Periculosidade”, que (2011, p.175):

Outra interpretação controvertida é com relação ao pagamento proporcional ao tempo de exposição ao risco. O Decreto n. 92.212/1985 definia como contato permanente com energia elétrica aquele que fosse resultante da exposição não eventual. Mas com a sua revogação expressa pelo Decreto n. 93.214/1986, ficaram estabelecidas três condições de exposição:

- a) situação de exposição contínua: o adicional incide sobre toda a jornada;
- b) habitual e intermitente: o adicional incide sobre horas trabalhadas;
- c) eventual: sem incidência de adicional.

Nessas situações o decreto estabeleceu a probabilidade de ocorrência do acidente. A maior exposição representa maior probabilidade e, conseqüentemente, maior valor pecuniário.

Desta forma, é sabido que, conforme dispôs o decreto, será integral a remuneração do adicional caso o trabalho seja integral e, em sendo o trabalho executado com permanência intermitente, haverá proporcionalidade do adicional de acordo com o tempo gasto com a realização da atividade tida como perigosa.

Todavia, as disposições do decreto no que tange a proporcionalidade do adicional, sofreram duras críticas, que resultou na Súmula 361 do Tribunal Superior do Trabalho para que houvesse uma pacificação sobre o tema. Vejamos:

O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei nº 7.369, de 20.09.1985, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento.

Com base no que foi sumulado, vemos que, se a própria Lei nº 7.369/85, hoje revogada, não trouxe qualquer restrição no que tange ao pagamento do adicional, sendo, portanto, a disposição do Decreto nº 93.412/86 manifestamente ilegal, uma vez que ultrapassa o próprio conteúdo da norma que ele regulamenta, pois a própria lei não falava em proporcionalidade.

Sobre esta súmula, ensina Sérgio Pinto Martins em sua Obra “Comentários as Súmulas do TST” (2010, p. 244):

É devido o adicional de periculosidade quando o contato é permanente com o elemento perigoso [...]. Entende-se por contato permanente aquele que é diário, ainda que por poucos minutos, pois o empregado pode perder a vida numa fração de segundos ao trabalhar com inflamáveis, explosivos ou energia elétrica. Mesmo que o trabalho seja intermitente, o adicional é devido integralmente, desde que a exposição seja diária.

O que permanecia era a não incidência do adicional em caso de exposição eventual aos agentes perigosos, pois esta disposição tinha previsão no parágrafo 1º da revogada lei, afirmando que “O ingresso ou a permanência eventual em área de risco não geram direito ao adicional de periculosidade”.

Ratificando tal entendimento, foi editada a Súmula 364 do Tribunal Superior do Trabalho:

Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

Portanto, apenas em caso de exposição fortuita, ou habitual com tempo reduzido, não haverá o direito ao adicional de periculosidade. Entende-se por contato

eventual, aquele que não ocorre todos os dias. Nos casos de exposição permanente ou intermitente, não há que se falar em pagamento proporcional, e sim integral.

Outro destaque importante com relação ao adicional de periculosidade para o trabalho com energia elétrica é que, excepcionalmente neste caso, os 30% incidem sobre as totalidades das parcelas salariais, e não sobre o salário base, como nos demais adicionais de periculosidade. Tal entendimento consta na Súmula 191 do Tribunal Superior do Trabalho.

Neste caso, havia uma lei específica que podia dispor sobre a base de cálculo para o adicional, agora, com a revogação da Lei nº 7.369/85 e a inserção da energia elétrica no inciso I do artigo 193, da CLT, o adicional deverá, teoricamente, obedecer ao disposto no parágrafo 1º do referido artigo, qual seja, incidirá apenas sobre o salário base.

Mesmo após a vigência das alterações trazidas pela Lei nº 12.740/2012, a jurisprudência continuou a entender que, no caso do adicional de periculosidade aos eletricitários, a base de cálculo será a totalidade das parcelas de natureza salarial. Vejamos o caso pelo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. BASE DE CÁLCULO. FLEXIBILIZAÇÃO POR NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que, em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial. Inteligência da Súmula 191/TST. Conforme o quadro fático delineado no caso concreto, tem-se que os Reclamantes exerciam atividade reputada como perigosa, tendo em vista o contato com energia elétrica, embora pertençam à categoria dos metroviários. O fato de os empregados não serem especificamente eletricitários não afasta o direito à percepção do adicional de periculosidade com base de cálculo sobre todas as parcelas de natureza salarial, haja vista que a Lei n. 7.369/85, ao instituir o adicional de 30% sobre o salário contratual para quem exerce atividade no setor de energia elétrica em condições de periculosidade, refere-se não apenas aos eletricitários, mas a todos os empregados do setor de energia elétrica. [...] Assim, decorrendo o adicional de periculosidade de medida de saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 193, 1º, da CLT e 7º, XXII e XXIII, da CF), o direito ao seu pagamento torna-se absolutamente indisponível, não podendo ser flexibilizado por negociação coletiva, porquanto o seu caráter imperativo restringe o campo de atuação da vontade das partes. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (art. 1º, III e 170, caput, da CF/88).

Recurso de revista conhecido e provido.
7.369197CF1931°CLTCF1°IIICF/88 (grifo nosso)
(4931520125030109 493-15.2012.5.03.0109, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 22/05/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/05/2013)

Como forma de resguardo ao direito daqueles que já recebiam o adicional sobre as totalidades das parcelas salariais, pode ser alegada a irredutibilidade salarial, uma vez que, incidindo sobre as parcelas do salário base, o adicional será recebido em menor valor.

No entanto, este argumento poderá se tornar frágil caso haja o entendimento de que os adicionais podem ser suprimidos a qualquer momento, por se tratar de um salário-condição, não podendo, portanto, defender que haja direito adquirido.

Não se sabe ao certo qual será o posicionamento adotado pelos Tribunais frente à revogação da Lei nº 7.369/85, que trouxe instabilidade ao ordenamento, não sendo possível afirmar se súmulas, e demais entendimentos explanado pelos tribunais serão mantidos no que tange ao trabalho com energia elétrica, pois, neste caso, o adicional era tratado em lei específica, e trazia disposições próprias, servindo como base para as disposições trazidas pelo seu decreto regulamentador, e entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho.

Mesmo com a revogação da lei que dispunha sobre o adicional pelo trabalho com energia elétrica, a jurisprudência continua tendo um posicionamento que, predominantemente, observa os preceitos que eram anteriormente trazidos pela lei e seu decreto regulamentador, ratificando a validade das súmulas que foram citadas no presente trabalho, conforme vemos no julgado que segue:

RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - ENERGIA ELÉTRICA - UNIDADE CONSUMIDORA - EXPOSIÇÃO INTERMITENTE A AGENTE DE RISCO. O direito ao adicional de periculosidade não se restringe apenas aos empregados que trabalham em empresas de geração e distribuição de energia elétrica, bastando, independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa, que fique configurada a exposição do obreiro a risco elétrico, em virtude do contato ou da aproximação física de instalações ou equipamentos energizados, inclusive em unidades consumidoras de energia elétrica. Além disso, a sujeição do empregado a risco intermitente - regular contato com o agente nocivo, mesmo que somente em parte da jornada de trabalho - dá direito ao recebimento do adicional de periculosidade. Desde que não haja exposição por tempo extremamente reduzido ou contato eventual (casual ou fortuito) com o material perigoso, há potencial risco de dano efetivo ao trabalhador. No caso, o reclamante estava exposto habitualmente a agente perigoso elétrico, sendo devido o pagamento do adicional de periculosidade. Incidem a Súmula nº 364 do TST e a Orientação Jurisprudencial nº 324 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista não conhecido.

A nova regulamentação continua dando margem a percepção do adicional não somente aqueles que trabalham em concessionárias de energia elétrica, mas a todos que se expõe ao sistema elétrico de potência, que traga os mesmos riscos. Além disso, a exposição intermitente, de acordo com o julgado, enseja o adicional de periculosidade.

Com a revogação da Lei nº 7.369/85 pela atual Lei nº 2.740/2012, muitas disposições foram prejudicadas, surge então a possibilidade de haver uma consequente revogação do Decreto nº 93.412/86 que regulamentava a o adicional de periculosidade para os empregados no setor de energia elétrica, situação que resultaria em uma lacuna no ordenamento jurídico no que tange aos eletricitários, pois apenas haveria a mera menção a energia elétrica no inciso I, do 193, CLT.

Considerando que “com a revogação da lei n. 7.369/85 e, conseqüentemente, de seu Decreto regulamentador pela Lei n. 12740/2012, será necessário aguardar o posicionamento do TST acerca da questão” (ROMAR, 2013, p. 603/604), haverá um período de vazio regulamentar no que tange a esta atividade perigosa.

Haveria uma saída para as lacunas resultantes da modificação legislativa, qual seja, seria possível defender a tese de que a revogação da lei não necessariamente enseja a revogação do decreto que a regulamentava, uma vez que tal regulamentação é de grande valia para que haja o esclarecimento da real caracterização do aludido adicional.

A Lei nº 6.369/85 fora revogada visto que, não há mais necessidade da previsão do adicional de periculosidade nas atividades que envolvam energia elétrica em lei específica, uma vez que a própria CLT traz esta previsão, contudo, uma regulamentação sobre essa atividade continua sendo necessária, não sendo portanto, imprescindível que haja a consequente revogação do Decreto nº 93.412/86, o que não impedira que o Ministério do Trabalho expeça uma nova Norma Regulamentadora para tratar do tema, tendo em vista que o próprio *caput* do artigo 193, CLT, faz alusão à regulamentação.

Há situações, como por exemplo, no caso do adicional por exposição a inflamáveis e explosivos, em que não seria possível a percepção do adicional, caso não houvesse uma regulamentação para que ficassem esclarecidas quais são as atividades e operações consideradas perigosas, conceitos estes trazidos pela Norma Regulamentadora nº 16 do Ministério do Trabalho e do Emprego.

Ora, se no caso das primeiras hipóteses previstas no inciso I, do artigo 193 da CLT há regulamentação para que não haja uma aplicação excessiva deste adicional, a energia elétrica, prevista também no inciso I, necessita de regulamentação para que não haja uma aplicação errônea e demasiadamente abrangente do adicional.

Destarte, na falta da regulamentação do Ministério do Trabalho e do Emprego, conveniente seria que o Decreto nº 93.412/86 continuasse a ser utilizado.

3.4 O Adicional de Periculosidade nas Atividades Profissionais de Segurança Pessoal ou Patrimonial

A principal mudança trazida pela Lei 12.740/2012 foi a inserção do inciso II, artigo 193, CLT, que trouxe uma nova atividade considerada perigosa.

O adicional de periculosidade passa a ser cabível aqueles que são expostos a “roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial”.

A lei considerou como perigoso, o risco que a atividade traz a vida daquele que a exerce. Antes da disposição legal, negociações coletivas já garantiam a diversos trabalhadores deste setor um adicional, tendo em vista a violência e o perigo à que ficam expostos.

O profissional que exerce esse tipo de atividade é o vigilante, possuindo previsão apenas na Lei nº 7.102/83, que “Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores”. A referida lei é ainda regulamentada pelo Decreto nº 89.056 de 24 de novembro de 1983.

É importante ressaltar que a Lei nº 12.740/2012, responsável pela mudança no artigo 193 da CLT, nasceu como um projeto de lei que visava exclusivamente trazer aos vigilantes, bem como aos empregados em transporte de valores o adicional de periculosidade. Observa-se que havia uma nítida diferenciação entre os vigilantes e os demais profissionais.

Neste sentido, é de suma valia a diferenciação entre vigilante e vigia trazido por Valentin Carrion (2011, p.144):

Segundo a lei, vigilante é o empregado contratado para proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga [...] Vigia é o que exerce tarefas de observação e fiscalização do local, sem os requisitos formais, estritos dos vigilantes. Seus direitos são os comuns dos trabalhadores urbanos, conforme sejam domésticos ou não.

Fica constatado que o vigia é um profissional comum, sem nenhuma regulamentação ou atribuição específica, sendo, portanto, alguém que exerce uma atividade não especializada, não havendo preparação especial para o desempenho de suas tarefas.

Já a atividade do vigilante, regulamentada pela Lei nº 7.102/83, necessita do preenchimento de requisitos. O artigo 16 dispõe que é necessário curso de formação de vigilante, devidamente autorizado pelo Ministério da Justiça, por intermédio do órgão competente, para que o profissional seja assim considerado, devendo ainda ser respeitada a idade mínima de 21 anos.

Necessário também se faz o registro no departamento da Polícia Federal, conforme reza o artigo 17 da referida lei, uma vez que a estes profissionais é permitido o porte de arma de fogo, que acarreta um perigo ainda maior a sua atividade.

Há ainda o requisito do Artigo 20, inciso I, da citada lei, que dispõe sobre a necessidade da autorização do Ministério da Justiça para o funcionamento empresa que presta serviços de vigilância.

Tais requisitos fazem com que a profissão seja de fato perigosa, pois carrega em seu bojo um risco que natural, em razão das atividades que são desempenhadas, e os meios usados para tanto.

Todavia, o Projeto de Lei nº 1033/2003 acabou sendo transformado na Lei Ordinária nº 12.740/2012. Embora o conteúdo do projeto de lei, inicialmente fosse de grande especificidade, tratando apenas dos profissionais vigilantes, com a sua transformação em lei ordinária, as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico foram muito mais amplas, e com base no atual artigo 193, inciso II, CLT há a possibilidade de outros profissionais, tais como os vigias, fazerem jus ao adicional, dado o caráter amplo da norma.

Esta abrangência da norma deve, todavia, ser observada e aplicada com cautela, visto que, conforme dito, os profissionais classificados como vigilantes, em muito se diferenciam de simples vigias, cujas atividades nem sempre geram a periculosidade apta a ensejar o adicional.

Antes da previsão legal, só se falava em adicional por periculosidade aos vigilantes, se estes estivessem expostos a agentes que eram tidos como perigosos de acordo com antiga redação do artigo 193, CLT, quais seja, os inflamáveis e explosivos, quando do seu trabalho de vigia. Vejamos o teor do Recurso de Revista julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

COISA JULGADA. ACORDO EXTRAJUDICIAL FIRMADO ENTRE RECLAMANTE E EMPREGADORA PRINCIPAL. [...] ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. VIGILANTE. Não há falar em ofensa ao artigo 193 da CLT e contrariedade à Súmula nº 364, item I, do TST, diante da afirmação do Tribunal a quo

de que o laudo pericial comprovou o contato permanente do empregado com agentes perigosos enquanto vigiava áreas de risco. Para se entender de modo diverso, necessário seria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado, expressamente, pela Súmula nº 126 desta Corte. Por outro lado, a divergência jurisprudencial não está demonstrada, ante a ausência da necessária especificidade do caso sob exame com os arestos citados ao cotejo de teses, que não consignam a circunstância de haver laudo pericial que comprove o contato permanente do vigilante com agentes perigosos, como ocorre in casu. Incide, portanto, o disposto na Súmula nº 296, item I, do TST [...]

(1664002020055150120 166400-20.2005.5.15.0120, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 28/09/2011, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/10/2011)

Se o vigilante possuía contato com agentes perigosos, faria jus ao adicional, não pelo risco inerente a sua atividade de vigilância, mas pelo contato com outros agentes tido como perigosos, quando da atividade de vigilância.

Antes das mudanças trazidas pela nova lei, o vigilante não possuía direito ao adicional por falta de previsão legal, conforme dispõe o julgado a seguir:

VIGILANTE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. O enquadramento das atividades como perigosas decorre do risco de eventual acidente pela exposição do trabalhador em condições específicas, como é o caso dos eletricitários (Lei n. 7.369/1983), não tendo qualquer pertinência com a função da categoria profissional dos vigilantes. Conforme dispõe o art. 193 da CLT, o adicional pretendido tem cabimento somente nas hipóteses previstas na legislação, não havendo se falar em aplicação por analogia ou projeto de lei, conforme pleiteado pelo autor. Considerando que não há previsão legal para pagamento do adicional de periculosidade para os exercentes da função de vigilante, ainda que portando armas de fogo, não há alternativa senão o indeferimento do pleito.193 CLT.

(1233200905623005 MT 01233.2009.056.23.00-5, Relator: DESEMBARGADOR EDSON BUENO, Data de Julgamento: 09/08/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 10/08/2011)

Hoje, contudo, houve a regulamentação deste adicional, que passa a ser direito dos trabalhadores atuantes na área da segurança pessoal e patrimonial, previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Antes da regulamentação, o trabalho de vigia não era tido como perigoso, embora houvesse um risco de vida que a atividade de vigilância naturalmente propicia. Ainda que nítido o caráter perigoso do trabalho dos vigilantes, predominava o entendimento de que o local onde as funções eram exercidas bem como os equipamentos usados, não dava margem à caracterização da periculosidade.

Todavia, apenas pela análise superficial da redação do atual artigo 193, CLT, é possível concluir que os vigilantes, regidos pela lei nº 7.102/83, sempre terão direito

ao adicional, visto que, independentemente de quais equipamentos de proteção individual venham a utilizar, a lei lhes cercou com uma proteção maior, à qual farão jus pelo simples potencial de periculosidade que é inerente a sua atividade.

Já com relação aos demais profissionais que lidam com segurança pessoal ou patrimonial, como por exemplos os vigias, necessária se faz uma regulamentação devido ao fato de que, o Ministério do Trabalho e Emprego tem aptidão para definir quais as atividades desempenhadas por estes profissionais poderão ser também consideradas perigosas, ensejando o adicional. Para tanto, é necessária uma aferição detalhada para determinar se há, de fato, risco.

A regulamentação pelo Ministério do Trabalho e do Emprego, a qual se refere o artigo 193, *caput*, CLT, não caracteriza, contudo, um óbice para que o adicional seja concedido àqueles que trabalham com atividades de segurança pessoal ou patrimonial.

Uma vez expostos a situações que impliquem em risco a sua integridade e vida, os demais profissionais desta área poderão recorrer ao judiciário para que se analise a existência da periculosidade em cada caso concreto, situação que, no caso dos vigilantes é desnecessária, visto que, sua atividade já é regulamentada pela lei nº 7.102/83.

A necessidade da perícia também deve ser estudada com cautela, uma vez, estabelecida pelo próprio legislador como perigosa, não há de se questionar se os trabalhadores que, conforme a inteligência do inciso II, artigo 139, CLT, lidam com “roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial”, estão de fato expostos a uma situação perigosa, pois, não resta dúvidas de que, de fato, estão.

Tem se ainda que, não há necessidade de um conhecimento técnico aprimorado de um perito para se constatar que a situação em que o profissional trabalha poderia lhe trazer risco ou não.

A exposição à atividade considerada perigosa é constatada por profissionais especializados nos casos em que tais conhecimentos se fazem necessários. No caso em tela, o risco advém de situações presente no ambiente como um todo, situações que decorrem de atividade humana, tais como a violência, não sendo necessário conhecimento técnico para tal aferição.

O parágrafo terceiro do artigo 193, CLT, diz respeito ainda à possibilidade de haver compensação ou desconto caso algum adicional da mesma natureza já houvesse sido conferido ao profissional desta categoria.

Qualquer instrumento coletivo que tenha sido usado para conceder o adicional poderá sofrer descontos ou compensações para que seja atingido o valor previsto por lei para essa atividade perigosa, qual seja, os 30% (trinta por cento).

4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto no presente artigo, é possível afirmar que as mudanças trazidas pela Lei nº 12.740/2012 foram de extrema valia, contudo, deixaram lacunas cuja regulamentação se faz notoriamente necessária.

De uma forma geral, as novas disposições trazidas pela lei deram margem a um maior alcance da norma, beneficiando um número maior de trabalhadores. A substituição do termo contato, pelo termo exposição no *caput* do art. 193 da CLT, por exemplo, resultou na percepção de que, não só aqueles que estão de fato em contato com os agentes perigosos são abrangidos pela norma, mas todos aqueles que de alguma forma estão expostos a estas atividades tidas como perigosas.

No que tange aos trabalhadores que lidam com energia elétrica, muitas questões polemicas foram levantadas, não havendo para elas uma solução pacífica.

Nasce a discussão acerca da consequente revogação do Decreto nº 93.412/1986, que regulamentava a Lei nº 7.369/1985.

Via de regra, o decreto estaria revogado, pois houve a revogação da norma que ele regulamentava. Tal fato, que deixaria os sem qualquer parâmetro a aplicação do adicional para aqueles que trabalham com energia elétrica.

Seria possível, neste caso, pleitear o adicional de periculosidade tanto para aqueles trabalhadores expostos ao sistema elétrico de potência, seja em concessionárias ou unidade consumidora de energia elétrica, quanto meros eletricitas, expostos a pequenas voltagens que não causariam risco apto a ser classificado como atividade perigosa.

Ora, mesmo revogada a lei que o decreto regulamentava, as mesmas disposições foram agora inseridas no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo imprescindível que haja uma regulamentação em vigor até que o Ministério do Trabalho e Emprego traga novas disposições sobre a incidência deste adicional, que não pode ser aplicado demasiadamente por falta de regulamentação.

Também há discussão no que tange a base de cálculo para o adicional, cuja previsão não mais existe em lei especial, tendo em vista que a Lei nº 7.369/1985 fora revogada. Desta forma, teoricamente, o adicional se submete ao disposto no artigo 193, parágrafo 1º, CLT, ou seja, passará a incidir apenas sobre o salário base, o que geraria uma significativa diminuição no valor do adicional.

Todavia, em atenção às disposições da Súmula 191 do TST, ainda em vigor, bem como ao princípio da irredutibilidade salarial, restou demonstrado no presente trabalho que a jurisprudência tem se posicionado no sentido de continuar observando os preceitos da revogada lei, assim como dos entendimentos sumulados, concedendo

aos trabalhadores deste setor o adicional com base em todas as parcelas de natureza salarial, o que perceptivelmente é o entendimento correto.

Quanto aqueles que trabalham com atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, conclui-se que esta é uma nova categoria inserida no artigo 193 da CLT, fazendo jus ao adicional de periculosidade.

Enquanto não sobrevier uma regulamentação mais específica, o entendimento mais correto é que não há qualquer óbice para que os vigilantes, profissionais especializados e regulamentados pela lei n.º 7102/1983 e Decreto n.º 89056/1983, que gozam de requisitos específicos para que seja assim chamados, façam jus ao adicional de periculosidade, dado o risco natural inerente a sua atividade, naturalmente perigosa, que faz com que o trabalhador esteja exposto a roubos e violência física.

Contudo, a lei dá margem para que os vigias possam fazer jus ao adicional, embora exerçam atividade não especializada, pois, restando comprovado o risco existente em sua atividade, estes podem ser tão graves quanto aqueles a que ficam expostos os vigilantes, sendo sua atividade considerada também com perigosa.

No entanto, a falta de uma regulamentação específica faz com que, o adicional seja concedido aos vigias apenas em casos concretos, analisados isoladamente, e comprovado o efetivo risco natural trazido pelas tarefas desempenhadas.

É, portanto, cediço que o judiciário não pode ficar inerte frente as lacunas resultantes das mudanças no ordenamento jurídico trabalhista, sendo assim necessário que outros instrumentos de integração, bem como o estimado saber jurídico dos julgadores, sejam usados subsidiariamente a bem da correta aplicação das normas, a fim de não haja prejuízos aos dela devam se beneficiar, bem como aplicações demasiadas aos que não deveriam ser por ela abrangidos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **CLT e súmulas do TST comentadas**. 5. ed. atual. São Paulo: Rideel, 2012. 1273 p. (Série Descomplicada Série Descomplicada) ISBN 978-85-339-2049-1

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. PL 1033/2003. Institui o salário adicional de periculosidade para os vigilantes e empregados em transporte de valores. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=11640>>. Acesso em: 20 de mai. 2013.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. **CLT Saraiva e constituição federal**. 40. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2013. 1048 p. ISBN: 9788502198869

BRASIL. Lei nº 12.740, de 8 de dezembro de 2012. Altera o art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas, e revoga a Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12740.htm>. Acesso: em 10 mai. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 23. **Recurso Ordinário Trabalhista**. Vigilante. Adicional de Periculosidade. Falta de Previsão Legal. RO 1233200905623005 MT 01233.2009.056.23.00-5. Desembargador: Edson Bueno. Cuiabá. 09.08.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20207580/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1233200905623005-mt-01233200905623005-5-trt-23>>. Acesso em: 03 de jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. Adicional de Periculosidade. Energia Elétrica. Unidade Consumidora. Exposição Intermitente a Agente de Risco. RR 44860920105120005. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 22.05.2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23332132/recurso-de-revista-rr-44860920105120005-4486-0920105120005-tst>>. Acesso em: 03 de jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. Recurso de Revista. Exercício de Atividade no Setor de Energia Elétrica. Adicional de Periculosidade. Base de Cálculo. RR 4931520125030109. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 22.05.2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23330103/recurso-de-revista-rr-4931520125030109-493-1520125030109-tst>>. Acesso em: 03 de jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista**. RR 1664002020055150120. José Roberto Freire Pimenta: Brasília, 28.09.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20561381/recurso-de-revista-rr-1664002020055150120-166400-2020055150120-tst>>. Acesso em: 03 de jun. 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 36. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1592 p. ISBN 978-85-02-11146-2

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. 1488 p. ISBN 978-85-361-2001-0

VADE mecum RT. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 2176 p. (RT Códigos) ISBN 978-85-203-4599-3

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 987 p. ISBN 85-203-2898-9

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 329 p. ISBN 978-85-224-5736-6

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 920 p. ISBN 978-85-224-6893-5

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012. 604 p. ISBN 9788536120379

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010. 520 p ISBN 978-85-361-1558-0

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013. 726 p. (Coleção esquematizados) ISBN 9788502170957

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos**. 10. ed. São Paulo: LTr; 2011. 264 p. ; ISBN 9788536116846

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. 928 p. ISBN 9788539201044

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DO SUPERINFORMACIONISMO

Aline Aparecida Novais Silva LIMA¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar que na sociedade atual há necessidade de discussão de um novo direito a fim de garantir outros fundamentais e protegidos universalmente inerentes à dignidade da pessoa humana. Trata-se do direito ao esquecimento. Direito que todo cidadão tem de ter dados do seu passado apagado, pois sabemos que esquecer erros ou até fatos do passado permite ao ser humano não estar submetido à pena perpétua. Mas atualmente notícias, fotos, e vídeos disponibilizados pela internet, por exemplo, não possuem um prazo de validade e sendo disponível a um clique a quem possa se interessar resulta em violação de vários direitos fundamentais como a dignidade, privacidade que se tornam vulneráveis às novas tecnologias. Além de afetar outros direitos importantes, como o direito de opinião, de manifestação do pensamento entre outros. Desta forma, na sociedade atual, chamada de “sociedade da superinformação” surge a necessidade do legislador estabelecer limites para a informação possibilitando ao cidadão a garantia ao direito a autodeterminação sobre seus dados íntimos e privados sem que seja necessário recorrer ao judiciário para efetivação desse direito como ocorre atualmente.

Palavras-chave: Privacidade. Intimidade. Direito de Personalidade. Direito ao Esquecimento. Autodeterminação da Informação.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo fomentar no meio acadêmico o direito à autodeterminação na informação, uma vez que diante do acelerado avanço tecnológico, direitos universalmente consagrados como a intimidade e a vida privada passam a exigir um sistema de proteção mais específico quando relacionados à informação, pois atualmente as informações, em especial veiculadas pela internet, além do seu alcance global são eternizadas.

Surge assim, na sociedade moderna um novo direito: O direito ao esquecimento, que se baseia na premissa de que ninguém poderá estar sujeito a submissão de pena perpétua por um fato que ocorreu em seu passado.

Tal situação surge como novo desafio para o julgador contemporâneo, que busca solucioná-la a partir desta nova realidade social, onde jornais e revistas digitalizam suas publicações e estas ficam guardadas em bancos de dados disponíveis na internet a qualquer pessoa de forma fácil e rápida para todo sempre.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC/CNPQ/Toledo.

² Coordenador do curso de Direito e Professor das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru. E-mail: sergio@unitoledo.br.

Assim, a tese do direito ao esquecimento por meio de um direito a autodeterminação da informação começa ganhar força na doutrina brasileira e estrangeira, tendo em vista as diversas violações ocorridas diariamente pelos meios de comunicação, aos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana, uma vez que ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado. Isso é possível devido ao progresso tecnológico e a globalização que mudaram intensamente a forma como os dados e informações são coletados, acessados e usados.

Uma pessoa que, por exemplo, tenha cometido um crime, e após ter cumprido a pena imposta, estaria justificada perante a sociedade? Tais informações poderiam ser apagadas dos arquivos digitais após o cumprimento integral da pena? Ou ainda, como ficaria a intimidade e privacidade de uma pessoa que teve suas informações divulgadas sem o devido consentimento?

Por exemplo, no caso, do homicídio do empresário brasileiro Marcos Kitano Matsunaga, que ocorreu em 19 de maio de 2012, cometido por sua esposa, Elize Araújo Kitano Matsunaga. Será que a assassina confessa teria o direito de retirar dados, como os que revelam que durante um breve período foi “garota de programa”?

Há casos na Espanha, como o vídeo envolvendo a vereadora e professora de inglês da prefeitura de Los Yébenes (Região de Toledo). Olvido Hormigos Carpio, casada com um carpinteiro e mãe de dois filhos adolescentes, produziu um vídeo que vazou nas redes sociais no qual aparece em momentos de sua intimidade.

Nos Estados Unidos da América do Norte o caso envolvendo a professora secundária de 25 anos, Stacy Snyder, abriu a discussão na Suprema Corte dos EUA sobre o direito a autodeterminação. Stacy disponibilizou em sua página na rede social Myspace uma foto fantasiada de pirata, segurando um copo de bebida. Ela intitulou sua foto como “*Drunken Pirata*” “Pirata Bêbada”. O conhecimento da foto pela escola onde trabalhava resultou em advertência por falta de profissionalismo e impedimento de receber seu diploma de graduação da Universidade onde estudava sob alegação de que a estava promovendo a bebida alcoólica e dando mau exemplo aos seus alunos. Stacy acionou judicialmente a Universidade, sob a alegação que a decisão contrariava o direito à liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA. No entanto, a Suprema Corte Federal dos EUA rejeitou seu pedido dizendo que, sua autodenominação “Pirata Bêbada” não estaria protegida pelo direito de livre expressão tendo em vista que Stacy como educadora torna-se pessoa pública.

Nos fatos exemplificados, a partir do momento em que se tornaram registros digitais de fácil acesso a quem se interesse, certamente impactaram diretamente a forma como os envolvidos se admitem e são valorados pela sua comunidade e em todo mundo. Pois à medida que esses fatos permaneçam disponíveis eternamente, àqueles

que foram expostos na rede sempre estarão submetidos à pena perpétua pelo ocorrido. Por isso a necessidade de se discutir novas delimitações para o direito a informação e liberdade de expressão na internet como medida capaz de resgatar o direito natural ao esquecimento, pois esquecer é a possibilidade de uma segunda chance por erros passados, é garantia fundamental do ser humano.

2 A AUTODETERMINAÇÃO DA INFORMAÇÃO

Diante das condições da moderna tecnologia das informações, a garantia de autodeterminação sobre os dados do cidadão, garante o livre desenvolvimento da personalidade e proteção dos valores pétreos intrínsecos a pessoa humana, como sua personalidade e dignidade.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando sua proteção na Assembléia Geral da ONU de 1948, na Convenção Européia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas. Foi, portanto, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, de fato, os direitos da personalidade tiveram destaque. No entanto, compartilhamos do entendimento de que a personalidade está intimamente ligada à dignidade, trata-se de atributo do ser humano e não apenas um direito, pois é inerente a própria condição de pessoa, motivo pelo qual deve ser protegida pelo Estado de Direito.

Sobre o direito a autodeterminação da informação, vejamos o caso ocorrido no ano de 1983 na Alemanha que após fazer um recenseamento geral da população por meio da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) com objetivo de realizar um levantamento sobre profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos. O § 9 da Lei previa, entre outras, a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa.

Várias reclamações constitucionais foram ajuizadas diretamente contra a lei sob a alegação de que ela violaria diretamente alguns direitos fundamentais dos reclamantes, sobretudo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No caso exemplificado, o direito fundamental previsto no Art. 2 I GG violado foi o poder do indivíduo de decidir ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais. Trata-se da restrição ao direito à “autodeterminação sobre as informações” permitidas somente em caso de interesse predominante da coletividade. Na fundamentação da decisão o TFC reafirmou que no centro da ordem constitucional

estão o valor e a dignidade da pessoa que age com livre autodeterminação enquanto membro da sociedade livre.

Em relação ao poder de autodeterminação o Supremo Tribunal Alemão entendeu que diante das condições automáticas do processamento de dados, surge a necessidade de uma proteção efetiva ao livre direito da personalidade, uma vez que com ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de determinada pessoa, podem ser ilimitadamente armazenados e consultadas a qualquer momento, a qualquer distancia e em segundos. Além disso, com a estruturação de sistemas de informação interligados com outros bancos de dados, resulta na criação de um quadro de personalidade relativamente completo, sem que a pessoa atingida possa controlar sua exatidão e seu uso. Além disso, esses sistemas poderiam atuar sobre o comportamento do indivíduo em função da pressão psíquica causada pela participação pública em suas informações privadas

Sobre a autodeterminação o Tribunal Constitucional Alemão acrescentou no referido julgamento:

A autodeterminação individual pressupõe, porém – mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas e, inclusive, a possibilidade de se comportar realmente conforme tal decisão. Quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, e quem não consegue avaliar mais ou menos o conhecimento de possíveis parceiros na comunicação, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação. Quem estiver inseguro sobre se formas de comportamento divergentes são registradas o tempo todo e definitivamente armazenadas, utilizadas ou transmitidas, tentará não chamar a atenção através de tais comportamentos. Quem estiver contando que, por exemplo, a participação em uma assembleia ou em uma iniciativa popular pode ser registrada pelas autoridades, podendo lhe causar problemas (futuros), possivelmente desistirá de exercer seus respectivos direitos fundamentais (Art.8, 9 GG). Isso não prejudicaria apenas as chances de desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos

O direito alemão tem exercido influência mundial, sobretudo nas decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, por apresentar uma ordem jurídica extremamente centrada na dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos fundamentais, e sob a ótica ao direito a autodeterminação da informação, por analogia, entendemos que privar do cidadão o direito de decidir sobre seus dados, resulta em graves

ameaças a diversos direitos não só aos relacionados ao desenvolvimento individual, do livre desenvolvimento da personalidade, mas também prejudica toda democracia, pois certamente essa perpetuação da informação, poderia até mesmo inibir que um cidadão manifeste seu descontentamento com governo, ou momento atual, temendo ser prejudicado no futuro, o que refletiria até mesmo na participação efetiva do cidadão em sua comunidade.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO JULGADOS RECENTES NO BRASIL

Segundo a doutrina, a sociedade moderna vive um “superinformacionismo” que nada mais é do que uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, queiram ou não estar naqueles conjuntos de dados ou informações.

Assim, diante das condições da moderna tecnologia da informação é inegável o conflito aparente entre a liberdade de expressão e de informação materializados na rede de computadores e a privacidade, intimidade e honra, pois ambos direitos são garantidos pela Constituição Federal. Vejamos o Art. 5º IV, V, IX, X e XIV e artigo. 220 da Constituição Federal de 1988:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Apesar de a Constituição deixar muito ampla a proteção ao direito de expressar-se, informar e ser informado, o importante é se perceber que há um limite à expressão e à informação. O limite é a tutela da dignidade da pessoa humana e a lei. Neste contexto, o direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira após a recente aprovação do Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ cujo teor ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (Grifo nosso)

O enunciado é uma orientação doutrinária que define a interpretação da norma. Neste caso, conforme o entendimento do enunciado, no artigo 11 do Código Civil o direito de ser esquecido está implícito entre um dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como o direito inerente à pessoa à sua dignidade, honra, imagem, nome e a intimidade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos. Desta forma, quem pretende judicialmente apagar informações negativas sobre seu passado já pode evocar o direito ao esquecimento como garantia de tutela à dignidade humana, como ocorreu recentemente em dois recursos especiais julgados pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. As decisões, unânimes, marcaram a primeira vez que uma Corte Superior discute o tema no Brasil.

O recurso especial, que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão foi proposto por Jurandir Gomes de França que ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. Jurandir foi indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como "Chacina da Candelária", mas que, a final, submetido a júri, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade. Porém, em junho de 2006, foi ao ar no programa Linha Direta, contra a vontade expressa do autor, o episódio, que declinou seu nome, tendo sido o autor apontado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido.

Veja a transcrição do relato do autor do recurso:

[...] levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia, e, de outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório.

No entanto, em grau de apelação, a sentença foi reformada, por maioria, nos termos da seguinte ementa:

Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal.

I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.

II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.

III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.

IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da Candelária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.

V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de indenização (fls. 195-196).

Em sua fundamentação, o ministro Salomão manteve o acórdão sob a justificativa de que apesar de a Chacina da Candelária se tratar de fato histórico, que simbolizou a precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e adolescentes no Brasil, certamente a fatídica história seria contada de forma fidedigna sem a necessidade da exposição do nome e imagem do autor em rede nacional. Para o ministro, o ocorrido configura uma segunda ofensa à sua dignidade, pois fora reforçada sua imagem de indiciado e não de inocentado.

Outro recurso que julgado recentemente foi uma ação de indenização por danos morais proposta pelos irmãos de Aida Curi em face da TV Globo Ltda, que também evocou o direito ao esquecimento. Neste caso, Aida foi vítima de homicídio no ano de 1958 no bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. Aida tinha dezoito anos e foi brutalmente abusada sexualmente por três homens. Para encobrir o crime os

agressores atiraram a jovem do terraço no décimo segundo andar do prédio tentando simular um suicídio. Aida faleceu em função da queda. Este crime foi nacionalmente conhecido por força do noticiário da época. Para os irmãos da vítima, autores da ação, a transmissão feita pelo programa “Linha Direita Justiça” do homicídio de sua irmã após quase sessenta anos reabriu antigas feridas dos autores, além de alegar que a emissora explorou a tragédia familiar, pleiteando danos materiais e à imagem, consistentes na exploração comercial da falecida com objetivo econômico de audiência e publicidade. Em seu voto, o ministro relator Luis Felipe Salomão, reconheceu o direito ao esquecimento dos familiares da vítima, mas destacou que em crimes como o ocorrido, de repercussão nacional, a vítima frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime se for ocultada a pessoa do ofendido.

Acerca do direito ao esquecimento, concluiu o ministro relator do recurso:

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

O recurso foi negado, sob a argumentação de que o acolhimento ao direito ao esquecimento neste caso seria desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. No caso em exame, as instâncias ordinárias também reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa, afastando assim, o dano moral.

Na verdade, como reconheceu a sentença:

[...] a ré ateu-se à reprodução dos fatos ocorridos na época, enaltecendo, inclusive, a imagem da vítima (irmã dos autores), ao ressaltar seu comportamento recatado, sua ingenuidade, e religiosidade, chegando a compará-la a Maria Gorete: “...uma camponesa italiana que resistiu à fúria de um tarado sexual pois não queria perder a pureza. Maria Gorete foi santificada pela Igreja Católica (fl. 864, com grifo no original).

Nota-se que a grande dificuldade da discussão do direito ao esquecimento é que não se pode falar em regras, ou em tese. São sempre debates principiológicos e casuísticos.

Nos casos exemplificados, a informação foi veiculada por meios televisivos. Entretanto, o direito ao esquecimento tem maior preponderância quando aplicado à internet, tendo em vista que na rede nada se esquece e tudo se perpetua, além do alcance incalculável das informações veiculadas por este *ciberespaço*.

O tema é de relevância supranacional, e os limites e possibilidades do tratamento e preservação dos dados pessoais estão na pauta dos mais atuais debates internacionais.

Em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo, ex-CEO do Google Eric Schmidt, afirmou que *“a internet precisa de um botão de delete”*, tendo em vista que informações sobre o passado de uma pessoa podem ressurgir a um clique, causando prejuízos pessoais e profissionais (REPUTAÇÃO, s.d.; s.p.).

Desta forma, o direito a autodeterminação da informação, é uma condição funcional e elementar para uma comunidade democrática livre. O livre desenvolvimento da personalidade garante ao indivíduo a proteção contra armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados.

Como bem observa Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 16-17), dissertando acerca do direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só (*the right to be let alone*):

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas (COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 16-17).

E no que se refere às informações veiculadas na internet à medida que as informações são eternizadas na rede sem nenhuma regulamentação ou limitação, em muitos casos se tornam grave ameaça aos direitos fundamentais como dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, explica Artemi Rallo, ex-diretor da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD):

O problema não é a enxurrada de informação sobre uma pessoa que a Internet pode abrigar, e sim que essa informação seja imperecível. Não se trata de suprimir uma notícia do mundo real ou virtual. O direito ao esquecimento se refere ao efeito multiplicador do Google e das máquinas de busca. Pode-se apagar a informação pessoal de um meio digital ou dados que aparecem no BOE, como multas, sanções ou indultos. Essa informação, à diferença do que ocorre no papel, adquire uma expansão global e temporalmente eterna. É bastante razoável que algo que aconteceu há 30 anos não esteja nos índices de uma máquina de buscas.

Conhecer o destino, a forma de armazenamento, os meios de publicação e a finalidade garantem ao interessado o direito de autodeterminar-se, escolhendo entre compartilhar ou não a sua esfera privada.

4 CONCLUSÕES

O direito a autodeterminação é uma condição funcional e elementar para uma comunidade democrática livre. O livre desenvolvimento da personalidade garante ao indivíduo a proteção contra armazenagem, uso e transmissão irrestritos de informações pessoais. Conhecer o destino, a forma de armazenamento, os meios de publicação e a finalidade garantem ao interessado o direito de autodeterminar-se, escolhendo entre compartilhar ou não a sua esfera privada.

Concluimos ainda que, ao ponto que essas informações e o uso da liberdade de expressão em casos concretos violem direitos fundamentais ligados a dignidade da pessoa, faz-se necessário reavaliar uma limitação para esses direitos por meio do direito da autodeterminação da informação, que é o direito do sujeito mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas, pois quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação sobre sua vida. Também ganha força na doutrina brasileira e estrangeira o direito ao esquecimento, tendo em vista as diversas violações ocorridas diariamente pelos meios de comunicação, aos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana, uma vez que ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado.

Há necessidade de estabelecer limites para o armazenamento das informações e mecanismos capazes de possibilitar que qualquer pessoa possa apagar dados relativos à sua intimidade e privacidade. A alteração legislativa sobre o tema determinando um prazo para que informações fiquem disponíveis na rede e mecanismos que os interessados pudessem utilizar para informações que violem direitos fundamentais e que não seja de interesse público sem a necessidade de socorrer ao judiciário como ocorre atualmente seria capaz de garantir um mínimo de dignidade às pessoas que tiveram seus dados ou informações disponibilizados de maneira imperecível, ou que em casos concretos poderia configurar uma pena perpétua por fatos passados, o que deve ser inadmissível.

REFERÊNCIAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Disponível em: <<http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/index-ides-idphp.php>> Acesso em 01 de março de 2013.

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

CASO STACY SNYDER. Disponível em: <<http://ciberdominiopublico.blogspot.com.br/2010/07/memoria-na-era-digital-e-o-fim-do.html>>. Acesso em 01 de março de 2013.

CINQUENTA ANOS DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. Livre Desenvolvimento da Personalidade. P. 233. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ENUNCIADO 531. VI JORNADA DE DIREITO CIVIL, PROMOVIDA PELO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL/STJ. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em 20 de julho de 2013.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. V. 1, p.118 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GÓMEZ, G. R.. O direito ao esquecimento na internet. **El Pais**. Luis Nassif Online. Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-direito-ao-esquecimento-na-internet>>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**: pág. 48. São Paulo: Saraiva, 2003. v.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Pág. 01 Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf> > Acesso em 20 de julho de 2013.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0) pág. 41 Disponível em:< <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf> > Acesso em 20 de julho de 2013.

REPUTAÇÃO DIGITAL. Disponível em:<<http://reputacaodigital.com.br/google-schmidt-dia-que-internet-precisa-de-um-botao-delete/>> Acesso em 20 de julho de 2013.

OS PROCESSOS SOCIAIS NA SOCIEDADE EM REDE: PRIMAVERA ÁRABE E CIBERDEMOCRACIA

Alexia Domene Eugenio¹

Gelson Amaro de Souza²

RESUMO: Este trabalho corresponde a um dos resultados de uma pesquisa profunda acerca de diversos aspectos da influência da internet na sociedade. Sociedade atualmente conhecida como sociedade em rede, a qual encontra na web uma forma de conectar pessoas e grupos de lugares distantes, mas com propósitos e objetivos comuns. Buscou-se analisar o impacto da rede mundial de dados com exemplos reais, dentro do país, como a pressão popular via internet durante a aprovação da Lei da Ficha Limpa e internacionalmente, a Primavera Árabe. A internet demonstrou ser uma aliada do homem na luta por mudanças sociais locais, regionais, ou de muito maior abrangência, não apenas do cenário político, mas também cultural, científico, ambiental e jurídico.

Palavras-chave: Sociedade em rede. Mudanças sociais. Grupos sociais. Ciberdemocracia. Primavera Árabe.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade em que vivemos está em constante transformação, sofrendo mudanças econômicas, ambientais, culturais, religiosas e políticas cada vez mais dinâmicas. Num momento histórico que a informação chega instantaneamente a lugares geograficamente opostos, observa-se a construção de novas identidades e grupos sociais impulsionados por esse tipo de contato, a interação virtual.

Tal estudo vem acoplado a diversas questões atuais, não é dúvida que a internet e a tecnologia incorporaram-se ao cotidiano de parte massiva da população, e tais inovações trazem novas perspectivas a todo o momento. Acerca desse tema foi buscado um aprofundamento no impacto da interação entre diferentes atores sociais nas mudanças sociais e individuais.

Inicialmente, levando em conta o contexto histórico dos processos sociais, o que levou à utilização de um método dialético de análise, pretende-se verificar que como todo tipo de transformação se deve a uma contradição, a uma incoerência, esta gera uma cadeia de consequências que afetam o esqueleto daquele grupo social.

¹ Discente das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente (FIAETPP). Integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa "Novas Perspectivas do Conhecimento – Processo Civil Moderno (Processo de Conhecimento e Acesso à Justiça)", coordenado pelo Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq / PIBIC 2013-14. E-mail: aalexia_d@hotmail.com.

² Doutor em Direito. Coordenador do Grupo de Estudo e Pesquisa "Novas Perspectivas do Conhecimento – Processo Civil Moderno (Processo de Conhecimento e Acesso à Justiça)" das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

Em seguida, através de um método indutivo, utilizou-se da observação de fenômenos reais – aqui a Primavera Árabe e a Lei da Ficha Limpa – para mensurar a relevância da internet nas mudanças estruturais em diferentes grupos sociais, em diferentes escalas.

Destaca-se a necessidade de dar-se a devida importância a uma ferramenta tão útil à sociedade como um todo, pois os benefícios são demonstrados com exemplo reais da influência da internet nos processos sociais, no Brasil e em outros lugares do mundo.

2 GRUPOS SOCIAIS E A CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADE

O ser humano é um ser social, tende a depender de outros e construir relações interpessoais ao longo de sua existência, o homem nasce, cresce e morre em sociedade. Instintivamente, os animais entendem ter maior chance de sobrevivência quando em grupo ao invés de isolados.

Assim também é com os seres humanos, como afirma Pierre Lévy sobre a cooperação vicinal, “os vizinhos *constatam* que eles são interdependentes e isso os leva a harmonizar, se possível, seus direitos e deveres” (2010, p. 115). Cada indivíduo é singular, porém, tendem a associar-se ou dissociar-se, de acordo com seus interesses.

Existe um processo social em toda a forma de união ou separação entre indivíduos ou grupos. Processos sociais são transformações decorrentes de movimentos de tais grupos, sejam afastando-se (dissociativos, p. ex. competição e conflito) ou aproximando-se (associativos, p. ex. adaptação, acomodação e assimilação) (LAKATOS, 1990, p. 77).

Esses processos sociais caracterizam-se pela interação social e pressupõem o contato entre ao menos dois indivíduos. A interação é responsável pela alteração significativa dos móveis que os unem, ou seja, seus motivos e propósitos transformam-se à medida que grupos entram em contato com diferentes atores sociais.

Grupos sociais são definidos por Joseph Fichter como “uma coletividade identificável, estruturada, contínua, de pessoas sociais que desempenham papéis recíprocos, segundo determinadas normas, interesses e valores sociais, para a consecução de objetivos comuns” (apud LAKATOS, 1990, p. 116).

Eles protagonizam diversas transformações sociais, esses fenômenos pressupõem a existências de grupos sociais guiando as mudanças durante o curso da história. Tomando o exemplo da Revolução Francesa, que teve os grupos intelectuais iluministas e burgueses como principais idealizadores e motivadores, enquanto o grupo que representava o Antigo Regime tornou-se o alvo da revolta, tendo aqueles

prevalecido. Em seguida, o grupo de burgueses que detinha o poder naquele momento subdividiu-se em girondinos e jacobinos, devido a um novo conflito de interesses, e esses grupos alteraram o rumo da história francesa novamente.

Os grupos sociais podem surgir devido a fatores religiosos, políticos (partidos políticos ou organizações), esportistas, familiares, econômicos, podem estar divididos por sexo, cor, idade, profissão, classe econômica, e ainda locais, regionais, nacionais, e através do facilitado acesso às ferramentas de interação global, os grupos sociais internacionais.

Como exemplos, podem ser citados um mutirão de limpeza, este configura um processo social associativo de cooperação, por um propósito, no caso a limpeza e organização, e a separação da Igreja em diversos ramos durante a história, que representa processo social dissociativo, por conflito de aspectos ideológicos.

A cada etapa da vida, o indivíduo encontra-se inserido em um diferente ambiente social, um diferente grupo social, ou em uma pluralidade de grupos, o que colabora para a construção contínua de sua identidade.

Identidade aqui tomada como a forma como o indivíduo se vê dentro de um meio, a autodefinição de si próprio, enquanto Craig Calhoun entende por identidade como “a fonte de significado e experiência de um povo” (apud CASTELLS, 1999, p. 22) e Manuel Castells define a identidade como um processo de “construção de significado com base em um atributo cultural, ou ainda um conjunto de atributos culturais inter-relacionados” (1999, p. 22).

As diversas definições de identidade remetem a um ponto comum, o significado, a sua formação, a sua construção – seja individual ou coletivo. O que destaca cada indivíduo e sua identidade dos outros homens é a forma como ela foi então construída, a partir da influência de quais fatores externos.

Essa construção de um autoconceito dentro do meio em que se está inserido se dá pelo conhecimento, de si mesmo e dos outros, e de como os outros o enxergam. Eva Maria Lakatos afirma que um processo social permite que “a personalidade individual se desenvolve e se relaciona com a sociedade” (1990, p. 77), e esse relacionamento tem como forma básica a transmissão de informação através da fala, sinais, ou símbolos e texto, traduzidos como diferentes tipos de comunicação.

A comunicação segundo Eva Maria Lakatos é (1990, p. 113) “aquela que tanto supõe quanto produz uma interação bilateral, isto é, em que os dois pólos – transmissor e receptor – apresentam relação de ambivalência”, e sua concretização depende dos canais pelos quais as mensagens são transmitidas, os meios de comunicação são o veículo da informação e opinião.

A evolução da imprensa, de Gutenberg, do rádio de Nikola Tesla, e da televisão, a internet surge como uma nova via de comunicação, e hoje age como ponte

para conectar pessoas e grupos cujos ideais são semelhantes, criando e fortalecendo laços sociais.

3 INTERNET E DEMOCRACIA

A sucessora das várias invenções do homem para facilitar a vida cotidiana e que funcionam também como aliados no combate à opressão e censura. O sociólogo britânico Anthony Giddens, nesse aspecto, trata com grande ênfase a importância social da comunicação (1999, p. 41):

A revolução das comunicações e a difusão da tecnologia da informação estão profundamente ligadas a processos de globalização. (...) Um mundo de comunicação eletrônica instantânea, em que até aqueles nas regiões mais pobres estão envolvidos, perturba instituições locais e padrões cotidianos de vida. A influência da televisão por si só é considerável. Muitos comentadores concordam, por exemplo, que os eventos de 1989 na Europa Oriental não teriam se desdobrado tal como o fizeram não fosse a televisão.

O cyber espaço proporciona um fluxo de informação que alcança até as áreas mais remotas do mundo, e a internet transforma-se numa luz sobre a vida de quem sempre viveu às escuras. Como é impossível impedir o acesso a tudo que se mostra “nocivo” aos sistemas fechados, é possível crer na internet como um arma de mudança, pois como Kelsen afirma (2000, p. 106), “a minoria, que não está completamente equivocada nem absolutamente privada de direitos, possa tornar-se maioria a qualquer momento”.

3.1 Primavera Árabe

“Primavera Árabe” é o nome dado ao conjunto de revoluções de nações do Oriente Médio que buscaram libertar-se de um sistema com características totalitárias de governo, e depor seu governante que estava há décadas no poder, delimitando um marco histórico na história de cada um desses países. Os levantes têm muitas semelhanças, especialmente no objeto de oposição, que é o governante ou o modelo político que rege o país e a maneira como a população vive, depois, é possível ver como se salientam as diferenças culturais de cada um deles.

Esses movimentos foram desencadeados com a libertação da Tunísia, que foi o primeiro exemplo das revoluções árabes contra o próprio governo, por tal, é dita precursora do movimento. A população tunisiana pressionou seu líder através de protestos por todo o país, após um jovem de 26 anos, Mohamed Bouazizi, atear fogo ao próprio corpo como uma forma de mostrar sua indignação com o tratamento dado

às pessoas, em 17 de dezembro de 2010, quando policiais o impediram de trabalhar na rua. Com os protestos eclodindo, o presidente tunisiano Zine al-Abidine Ben Ali após 23 anos no poder, exilou-se na Arábia Saudita e nunca mais retornou ao seu país.

Após esse evento, as forças revolucionárias nos países vizinhos cresceram com a esperança de também conseguir mudar a situação política. Mas isso não aconteceu de repente, depois dessa conquista do povo tunisiano. Os eventos relacionados à libertação dos povos árabes foram precedidos por outras tentativas de melhorar a situação para a população.

Durante a pesquisa sobre o histórico da revolução, especificamente do Egito, surgiram informações sobre a utilização da internet na organização da população três anos antes da definitiva deposição do presidente Mubarak, mesmo que as redes sociais e outras vantagens da internet permitam a rápida organização e mobilização, é inviável que num país sob forte controle e censura isso aconteça imediatamente.

Numa ditadura, qualquer movimentação era possível de ser vigiada, a carta magna de Mubarak – nome dado à constituição que vigorava na época – também considerava greves ilegais, portanto, era preciso que se encontrasse uma maneira de driblar a dificuldade de se organizar.

Manuel Castells aponta (2000, p.375-376): “O único modo de controlar a rede é não fazer parte dela, e esse é um preço alto a ser pago por qualquer instituição ou organização, já que a rede se torna abrangente e leva todos os tipos de informação para o mundo inteiro.”

Contudo, é impossível não fazer parte da rede, logo, é impossível controlá-la. Por isso o poder tem medo da internet, ela é a nova arma da sociedade moderna contra a repressão, por ser algo que não consegue ser reprimido.

Um fato importante e crítico no início da disseminação dos ideais foi após uma mobilização de trabalhadores têxteis da cidade de Ghazl El-Mahalla em fevereiro de 2008 para um aumento salarial, muitos cidadãos se juntaram à causa. Contudo, no dia 6 de abril de 2008, tropas policiais reprimiram o manifesto com grande violência, gás lacrimogêneo, balas de borracha e também munição com explosivos e agentes químicos³.

Tal ação do exército egípcio levantou questões em vários grupos pelo país e fora dele. Aqueles responsáveis pelo levante usavam além do Facebook, email privados e também encontros pessoais para se comunicar e se organizar. O movimento teve como inspiração os principais ativistas pró-revolução, determinante na

³ HUSSEIN, Marwa. *Egypt's Mahalla workers strike, bring demands to the military*. Disponível em: <<http://english.ahram.org.eg/NewsContent/3/12/5777/Business/Economy/Egypt-Mahalla-workers-strike,-bring-demands-to-th.aspx>> Acesso em: 16.12.2012

concretização dos planos, como os blogs da tradutora Nawara Negm⁴ e de Israa Abdel Fattah – deletado quando a autora foi presa – ativista e parte da liderança do chamado “Movimento Jovem de 6 de Abril”⁵.

Porém, o governo utilizou do mesmo meio dos grupos contestadores, as redes sociais, para rastrear, encontrar e prender pessoas responsáveis pelo levante, e seus participantes.

De 2008 a 2011, quando eclodiu a revolta, continuaram a questionar o governo e atrair simpatizantes à causa. O movimento não ficaria para sempre na internet, portanto logo após a estruturação deste, empurrado pela revolução na Tunísia, a população foi às ruas em 25 de janeiro de 2011 – conhecido como “Dia da Ira” – e depôs o presidente Hosni Mubarak em 11 de fevereiro do mesmo ano, após 30 anos de poder⁶.

A sociedade muda, o Direito muda, logo, a ruptura com o regime causada pela revolução no Egito teve como consequência a suspensão da constituição vigente, conhecida como Carta Magna de Mubarak, e dissolução do parlamento, para que em setembro ocorressem eleições, culminando numa votação em novembro de 2012 para que fosse aprovada a nova constituição egípcia.

A instabilidade do país significava a necessidade do estabelecimento de um eixo que orientasse a estrutura de governo e administração, e veio após a resposta afirmativa do referendo constitucional. Assim foi concretizado o início da transição para a democracia, após três décadas de ditadura, e em meio a muita incerteza, porém, também, muita esperança, com a eleição do novo regente do país para mandato delimitado e por maioria de votos.

Existem muitas falhas na nova Constituição, o que facilitou que dois anos após a derrubada do ditador Mubarak, os populares depuseram o presidente eleitos por eles mesmos, facilitando o controle do país pelos militares, tornando muito instável a situação no Egito, que pode estar passando pelo já chamado de “Outono Árabe”, ao invés de florescer como fez há 2 anos, está perdendo suas folhas.

Ainda haverá muitas consequências da revolução, e continuaremos a ver que mesmo a mais difícil situação pode ser revertida, seja num país democrático ou não. A Líbia foi uma das revoluções mais violentas desse período, citá-la-ei brevemente. O governo teve de lidar com a inabilidade de censurar a internet, e as imagens, vídeos,

⁴ Blog de Nawara Negm. Disponível em: <<http://tahyyes.blogspot.com.br/>> Acesso em: 16.12.2012

⁵ Páginas oficiais do Movimento Jovem de 6 de Abril (tradução livre). Disponível em: <http://shabab6april.wordpress.com/about/shabab-6-april-youth-movement-about-us-in-english/> e <<http://www.facebook.com/april6mov>> Acesso em 16.12.2012

⁶ AWAD, Marwa. ZAYED. Dina. *Dia da Ira no Egito termina com 3 mortos*. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2011/01/25/dia-da-ira-no-egito-termina-com-3-mortos.jhtm>> Acesso em 17.12.2012

depoimentos e pedidos espalharam-se pelo mundo dando ainda mais força aos rebeldes.

Seja no início ou na superveniência das lutas, sempre – e cada vez mais – estarão ao alcance de todos os meios para a vitória, e nesses casos, é visível que a internet foi extremamente fundamental na organização da população e na disseminação pelos outros países que seguiram o levante.

4 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL ATRAVÉS DA INTERNET

A democracia é uma espécie de regime de governo, a qual em sua forma pura melhor permite a participação civil nas decisões mais importantes para aquele grupo, isto é, onde cada indivíduo é soberano em suas escolhas. A sua concepção básica veio como um governo do povo. Essa democracia ideal adaptou-se aos moldes sociais que foi aplicada, criando diferentes modelos de regimes democráticos.

Bobbio define um regime democrático como “um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.” (1986, p. 12), nesse mesmo sentido, Kelsen também vê a democracia como “apenas um método de criação da ordem social” (2000, p. 103). Ou seja, cada sociedade possui sua democracia, em essência, seu governo do povo, mas cada qual tem suas próprias regras de participação civil nessa democracia, por exemplo a idade mínima de 16 anos no Brasil para votar.

No Brasil, cujo sistema é uma república presidencialista, é possível identificar a participação direta e indireta, conforme o artigo 14 da Constituição Federal. As eleições periódicas correspondem à democracia indireta, por meio de voto são escolhidos representantes responsáveis por tomar decisões que interessam à coletividade durante certo tempo – o mandato.

O plebiscito, referendo e iniciativa popular – regulados pela Lei nº 9.709 de 18 de novembro de 1998 – são formas de democracia direta, e a escolha do povo em sua maioria deve ser respeitada, e não a de um que os representa, sendo, portanto, nessas modalidades, levado em conta cada indivíduo e sua opinião, seu interesse.

Ainda assim, o plebiscito e referendo e a iniciativa popular dependem dos representantes, conforme a lei citada, os primeiros são convocados apenas se for atingido o quorum de um terço dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional a questão é proposta à população, a iniciativa popular, como diz o nome, corresponde apenas à propositura de projeto de lei, e a tramitação corre nos moldes constitucionais do processo legislativo.

Desde a promulgação da Constituição cidadã, 25 anos atrás, ocorreram 2 plebiscitos – em 1993, sobre o regime de governo a ser aplicado no Brasil, monarquia ou presidencialismo, e em 2001, sendo este um plebiscito local, apenas para o Pará, quanto à divisão do estado – e 2 referendos – o primeiro em 2005, sobre a comercialização de armas de fogo e outro em 2010, também local, apenas para o Acre em relação ao seu fuso horário.

A iniciativa popular está prevista no inciso III do artigo 14, e regulada pelo artigo 61, § 2º, além do artigo 13 da Lei nº 9.709 de 1998 :

Art 61. [...]

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei 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.

Existem apenas quatro projetos de iniciativa popular convertidos em lei, sendo o último conhecido como a Lei da Ficha Limpa, aprovada em 2010. Ela teve como aliada a internet, em todas as etapas, o início da campanha de coleta de assinaturas, recebeu apoio popular pelas redes sociais também para pressionar durante a lenta tramitação⁷, continuaram durante o julgamento de sua constitucionalidade e agora apoio outro projeto de iniciativa popular, o das Eleições Limpas. A rede mundial de transmissão de dados criou caminhos para atingir o público desejado⁸, acumulando apoiadores e assinaturas, possíveis de serem feitas pela internet, atraindo ainda os interessados para colaborar.

Todas as informações foram divulgadas pela entidade que abraçou o projeto, o MCCE, Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, o balanço de assinaturas, formulários para serem impressos e distribuídos, informações sobre os candidatos com ficha suja⁹, e permanece na luta pela eficácia da Lei que conseguiram aprovar.

A democracia direta aproxima-se da ideal, daquele governo do povo para o povo, em que todos opinam quanto a um assunto de interesse da coletividade, é raríssimo de ocorrer. A democracia ideal exige que todos debatam, opinem, concordem, discordem e cheguem a uma conclusão benéfica para todos ou para a maioria, porém as dimensões atualmente não permitem que essa estrutura permaneça. É importante ressaltar que há também razões de interesse pessoal dos representantes

⁷ SARDINHA, Edson. *Ficha Limpa: mais de 2 milhões de assinaturas na internet*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/ficha-limpa-mais-de-2-milhoes-de-assinaturas-na-internet/>> Acesso em: 16 mai. 2013.

⁸ Assessoria de Comunicação SE-MCCE. *Comunidades virtuais divulgam Campanha Ficha Limpa na internet*. Disponível em: < http://www.mcce.org.br/site/vnoticias.php?acao=vinoticias&id_noticias=21> Acesso em: 16 mai. 2013.

⁹ COSTA, Sylvio. *Campanha Ficha Limpa ganha força*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/campanha-ficha-limpa-ganha-forca/>> Acesso em: 16 mai. 2013.

em manter as decisões majoritariamente para si, direcionando sua atuação conforme a vontade política e influência partidária desse pequeno grupo.

Apesar de tais dificuldades e empecilhos, atualmente as decisões tomadas pelo poder público em todos os seus âmbitos seguem o princípio da transparência e podem ser acessadas pela população, o que expõe a mais potente arma a favor da democracia participativa contra a ignorância e perpetuação do Estado controlador, em qualquer lugar do mundo, um novo espaço para a formação de opinião. O acesso ao conhecimento fundamenta as crescentes reivindicações e causas dos grupos sociais.

Destaca-se o fato de a pressão estimular a função típica do legislativo, não apenas pressão popular como mostrado acima, mas também pressão por influência, no caso da tipificação de crimes informáticos, a Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012 ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann, justamente por ter sido impulsionada pela atriz de mesmo nome, que teve fotos particulares expostas por um hacker, e devido a esse fato, buscou que houvesse regulamentação para fim de punir aquele que expôs suas fotos. Mostra também que ninguém está imune às possibilidades geradas pelo uso da internet de acesso ao conteúdo disponível privada ou publicamente.

A pressão sobre os poderes é extremamente importante para se fazer valer a representatividade do povo. Com a internet, a democracia participativa encontra uma nova via, permitindo a organização e mobilização de diversos grupos unidos por objetivos comuns.

Esses grupos são agora protagonistas do cenário mundial, líderes nominados tornaram-se escassos, dando destaque às causas e reivindicações, reacendendo a chama da luta social, há alguns anos em estagnação. Nesse sentido, Bobbio (1986, p. 11) destaca essa participação:

“os sujeitos da ação política tornaram-se cada vez mais os grupos organizados, sendo portanto muito diferente daquela prevista pela doutrina democrática, que não estava disposta a reconhecer qualquer ente intermediário entre os indivíduos singulares e a nação no seu todo”.

Em busca de mudança, as redes sociais virtuais se tornaram um novo território de informação e discussão, uma ágora virtual.

5 CONCLUSÃO

A sociedade em rede promove a aproximação de diferentes atores sociais, e atualmente estes são os grupos sociais, protagonistas das mais importantes transformações históricas que marcaram o mundo.

A interação proporciona a lapidação da identidade de cada indivíduo no meio social que está inserido, e o contato com diferentes atores provoca a mudança. A pressão popular foi atestada como fundamental nas alterações estruturais políticas do Egito, a cobrança por um diferente sistema foi traduzida em mudança felá força dos grupos organizados.

A demanda popular sobre a aprovação do projeto da Lei da Ficha Limpa atestou que os novos meios de comunicação desestabilizam os padrões sociais estáticos, promovendo a renovação do modo de vida e objetivos sociais da população.

Com os resultados do estudo foi possível demonstrar que a internet unida à força da sociedade organizada de acordo com seus objetivos próprios fortalece a participação social na vida pública de modo a permitir que novos rumos sejam tomados.

A ágora virtual corresponde a um novo espaço de disseminação de informação e cultura capaz de alcançar as áreas mais remotas do planeta, sendo uma nova fonte de matéria prima do progresso. A democracia anda junto da internet e da tecnologia.

REFERÊNCIAS

Assessoria de Comunicação SE-MCCE. **Comunidades virtuais divulgam Campanha Ficha Limpa na internet.** Disponível em: <http://www.mcce.org.br/site/vnoticias.php?acao=vnoticias&id_noticias=21> Acesso em: 16 mai. 2013.

AWAD, Marwa. ZAYED. Dina. **Dia da Ira no Egito termina com 3 mortos.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2011/01/25/dia-da-ira-no-egito-termina-com-3-mortos.jhtm>> Acesso em 17.12.2012

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade.** Trilogia “A era da informação”, v.2. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** Trilogia “A era da informação”, v.1. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet – Reflexões sobre a Internet, Negócios e a Sociedade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

COSTA, Sylvio. **Campanha Ficha Limpa ganha força.** Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/campanha-ficha-limpa-ganha-forca/>> Acesso em: 16 mai. 2013

GIDDENS, Anthony. **A terceira Via**. Coleção Pensamento Social-Democrata. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999.

HUSSEIN, Marwa. **Egypt's Mahalla workers strike, bring demands to the military**. Disponível em: <<http://english.ahram.org.eg/NewsContent/3/12/5777/Business/Economy/Egypt-Mahalla-workers-strike,-bring-demands-to-th.aspx>> Acesso em: 16.12.2012

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia geral**. São Paulo: Atlas, 1990.

LEMOS, André. LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia**. São Paulo: Paulus, 2010. – Coleção Comunicação.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Coleção TRANS. São Paulo: Editora 34, 1999.

LEMOS, André. LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia**. São Paulo: Paulus, 2010. – Coleção Comunicação

RODRÍGUEZ, Elena Real. **Reflexiones em torno a la relación periodistas-públicos: sujetos de derechos, deberes y responsabilidade**. In: *Comunicação, informação e opinião pública*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001.

SARDINHA, Edson. **Ficha Limpa: mais de 2 milhões de assinaturas na internet**. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/ficha-limpa-mais-de-2-milhoes-de-assinaturas-na-internet/>> Acesso em: 16 mai. 2013.

SOUZA, Queila. QUANDT, Carlos. **Metodologia de Análise de Redes Sociais**. In: F. Duarte; C. Quandt; Q. Souza. *O Tempo das Redes*. São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2008.

A PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA

Luiz Gustavo FABRIS FERREIRA¹

RESUMO: Este artigo busca desmistificar quando é possível ser decretada a prisão preventiva, prevista no artigo 20 da Lei 11.340/2006, ante o descumprimento das medidas protetivas de urgência, vez que o assunto gera polêmicas e opiniões divergentes, quanto aos casos em que esta é cabível. Ao estabelecer os requisitos necessários para tanto, o presente trabalho torna-se útil para consulta e formação de senso crítico a respeito do tema.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas de Urgência. Prisão Preventiva. Possibilidades.

1 A ORIGEM DA LEI Nº 11.340/2006 E O PORQUÊ DA DESIGNAÇÃO LEI MARIA DA PENHA

Provavelmente, muitas pessoas não sabem, entretanto, a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, recebeu essa denominação em razão da farmacêutica bioquímica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, a qual, assim como inúmeras outras mulheres, foi vítima de violência no interior de sua própria residência, proveniente de seu marido, o professor universitário e economista Marco Antonio Heredia Viveros.

A história de Maria é muito parecida com tantas outras que ocorreram e ainda ocorrem no interior de vários lares no Brasil, e as agressões por ela sofridas ainda ocasionaram uma circunstância irreparável, qual seja, Maria tornou-se paraplégica. Marco Antonio, simulando um assalto em sua própria casa, utilizou uma espingarda para tentar matá-la, desferindo um tiro em suas costas, e, não conseguindo seu intento, fez com que Maria da Penha se tornasse deficiente, como acima mencionado.

Não bastasse, posteriormente, pouco depois de uma semana que retornara a sua residência, sofreu nova investida por parte de Marco Antonio, o qual, desta vez, foi o responsável por ocasionar uma descarga elétrica que atingiu Maria, enquanto tomava banho.

Tais episódios se passaram em Fortaleza, Ceará, e, em 1983, as investigações tiveram início, e o investigado, mesmo negando a autoria da primeira investida, uma vez que pretendia simular um assalto à casa onde moravam, foi denunciado pelo Ministério Público, apenas em 1984 (no mês de setembro), uma vez que o inquérito policial colheu provas suficientes para o incriminar.

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail: gustavo_fabris_@hotmail.com. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em 1991, Marco Antonio foi condenado a oito anos de prisão pelo tribunal do júri. Ocorre que, um ano após tal condenação, o julgamento foi anulado, e, nesse período, o réu respondeu em liberdade. Em 1996 ocorreu novo julgamento e a pena imposta foi de dez anos e seis meses de reclusão, sendo que Marco Antonio ainda recorreu em liberdade e, finalmente, depois de dezenove anos e seis meses após os atos que cometeu, é que o réu finalmente foi preso, em 2002, cumprindo somente dois anos de prisão efetivamente.

Maria da Penha, em função dos acontecimentos, em 1994 publicou o livro “Sobrevivi...Posso Contar” que foi de suma importância e serviu de instrumento para, juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), formalizar uma denúncia contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

Inquirido quatro vezes por essa comissão para prestar informações sobre o caso, o Brasil não encaminhou resposta alguma, ocasionando a sua condenação internacional em 2001, pela omissão e tolerância estatal contra casos dessa natureza, sendo recomendado ao país adotar medidas, entre as quais, a simplificação dos procedimentos judiciais e penais com o objetivo de reduzir o tempo processual em casos como este.

Em razão das pressões sofridas principalmente as por parte da OEA (Organização dos Estados Americanos) o Brasil, em 2002, deu início a um projeto para que as exigências e as medidas impostas fossem adotadas e, por meio da participação de 15 ONGs (Organizações não Governamentais) que lidam diretamente com a violência contra a mulher, e que compuseram um Grupo de Trabalho Interministerial (Decreto 5.030/2004), contando com a coordenação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, elaboraram o projeto, que em 2004, foi enviado para o Congresso Nacional e, em 7 de agosto de 2006, a Lei elaborada para cumprir as exigências e servir como marco para a efetivação da proteção do gênero feminino foi finalmente sancionada pelo Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva.

Com o breve conhecimento da origem dessa importante Lei no cenário nacional e o porquê de sua denominação o presente artigo se propõe a analisar as medidas protetivas prevista na Lei Maria da Penha, vez que elas são de extrema para prevenir que outras mulheres não passem por situações semelhantes as que a farmacêutica bioquímica Maria da Penha passou. E com a análise destas medidas discutir-se-á quando é possível a prisão preventiva ser decretada ante o seu descumprimento.

2 ASPECTOS GERAIS DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006 elenca uma série de medidas que devem ser adotadas para conferir efetividade ao seu objetivo que é assegurar a mulher uma vida isenta de violência, para tanto, a autoridade policial tem como uma de suas atribuições, ao se deparar com uma situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, remeter, dentro de 48 horas, os autos apartados para o juiz, contendo o pedido da ofendida quanto a concessão de medidas protetivas de urgência, conforme disciplina o artigo 12, inciso III, c.c. o § 1º, I e II da respectiva lei.

Bem observa DIAS (2007, p. 78):

Deter o agressor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole esta a cargo tanto da polícia como do juiz e do próprio Ministério Público. Todos precisam agir de modo imediato e eficiente. A lei traz providências que não se limitam às medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24. Encontram-se espalhadas em toda a Lei diversas medidas também voltadas à proteção da vítima que cabem ser chamadas de protetivas.

Cumprido destacar que para que sejam concedidas tais medidas não é necessário que se pleiteie através de advogado, e essa faculdade é observada tanto na fase policial, quanto na judicial, de acordo com o artigo 27 da referida lei.

Tais medidas encontram-se principalmente nos artigos 22 a 24 da Lei Maria da Penha, e são divididas em duas seções: “Das Medidas Protetivas que Obrigam o Agressor”, elencadas no artigo 22, e “Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida”, disciplinadas nos artigos 23 e 24. Os artigos 18 a 21 apresentam as disposições gerais relativas a elas. O que é de extrema importância se observar é que essas medidas não possuem a mesma natureza, ou seja, englobam várias áreas do direito nacional, abrangendo o direito penal, o administrativo e o civil.

Depreende-se da leitura de tais artigos que essas medidas são apenas exemplificativas.

Quando o juiz receber o pedido, de acordo com o artigo 18, incisos I a III, deverá ele emitir a sua decisão, sendo observado que por se tratar de medidas cautelares, deverão estar presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumu bonis juris*, uma vez negado tal pedido, nada obsta que, conforme for o caso em questão, a vítima promova a respectiva ação no âmbito da família ou civil.

O prazo previsto no artigo 18 da Lei 11.340/2006, que é de 48 horas, tem que ser interpretado como o maior lapso temporal que pode ser concedido, já que é aconselhável que o pedido seja encaminhado e posteriormente julgado com a maior rapidez e urgência possível.

As medidas protetivas de urgência podem ser concedidas de duas maneiras: a requerimento do Ministério Público ou através de solicitação da própria vítima, independentemente da presença de advogado, como acima explanado. Pode-se conceder tais medidas imediatamente, independentemente da realização de audiência, comunicando-se, oportunamente, o Ministério Público a respeito do ocorrido (conforme disciplina o art. 19, § 1º da respectiva lei).

Elas podem ser aplicadas cumulativamente ou de forma isolada, e também podem sofrer substituições, em qualquer momento, por outra(s) mais adequada(s) ao caso em questão. Nada impede a concessão de novas medidas ou a revisão das já aplicadas, se for o caso, para que a Lei seja levada ao seu principal objetivo que é a proteção da vítima, dos familiares e inclusive do patrimônio (de acordo com o art. 19, § 2º e 3º).

A Lei não traz em seu texto o prazo que estas medidas devem durar, surgindo dessa maneira pensamentos divergentes a respeito do tema. Melhor explicando, para Dias (2007, p. 80) e Lavorenti (2009, p. 264), esse prazo não possui caráter temporário, dependendo a sua duração do critério adotado pelo juiz para estipulá-lo, ou seja, a ofendida passa a não ter a obrigação e o dever de intentar a ação principal no prazo que a lei civil determina, na visão dos citados doutrinadores essas medidas possuem caráter satisfativo.

Por outro lado, para Cunha (2007, p. 92) essas medidas cautelares devem ser intentadas observando-se o que disciplina os artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, destacando o artigo 806 deste diploma legal que ressalta que a propositura da ação principal deve ser feita dentro de 30 dias, contados da data em que a respectiva medida se efetivou.

Adota-se no presente trabalho a posição dos primeiros doutrinadores, ou seja, a de que tal prazo não possui caráter temporário, vez que isso poderia gerar situações perigosas e irreparáveis, como bem observa DIAS (2007, p 80):

Basta supor a hipótese de ter sido afastado o ofensor do lar em face das severas agressões perpetradas contra a mulher, tendo ela ficado no domicílio comum junto com a prole. Decorridos 30 dias da efetivação da medida, de todo descabido que, pelo fim da eficácia da decisão, tenha o agressor o direito de retornar ao lar. O mesmo se diga com referência aos alimentos. Descabido, simplesmente, depois de 30 dias suspender sua vigência e deixar a vítima e os filhos sem meios de subsistir.

Impende destacar que os pedidos das medidas protetivas de urgência devem ser encaminhados aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFMs), entretanto, enquanto não devidamente instalados, tais medidas, inclusive as de natureza civil, serão enviadas ao juízo criminal. Dessa maneira, o juiz criminal será o responsável por executar tais medidas, ficando ele, por conseguinte, responsável por

fazer cumprir a separação de corpos, entre outras medidas. Caso ocorra o inadimplemento das obrigações de nítido caráter civil, deverá buscar-se a sua execução na vara para onde os autos foram enviados, vez que nessa hipóteses depois que o agressor é intimado e o prazo recursal decorre, os autos são automaticamente enviados as varas responsáveis, como por exemplo a Cível ou a de Família.

Uma vez indeferida a medida protetiva pretendida através dos autos enviados pela autoridade policial ao juízo criminal, essa negativa não obstará a vítima a promover a devida ação no âmbito civil com o mesmo propósito, vez que não há que se falar em coisa julgada.

Ainda nas disposições gerais do capítulo envolvendo as medidas protetivas de urgência, mais especificadamente em seu artigo 21 e parágrafo único, observa-se que para proteger a mulher vítima, impõe-se a notificação dos atos processuais relativos ao agressor, e ressalta aqueles em que ele entra e sai da prisão. Também preconiza que a vítima não poderá ser a responsável por entregar a notificação ou intimação ao agressor, tendo como objetivo garantir sua integridade física e psíquica, além de constituir um exemplo do direito de informação.

Antes de passar a análise do artigo 20 da Lei 11.340/2006, que se encontra nas disposições gerais, importante se faz saber quais as medidas que obrigam o agressor, vez que é o descumprimento destas que poderá ensejar a decretação da prisão preventiva. São elas:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as

medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Diante da explanação geral de tais medidas, compete agora explicitar e detalhar as diferentes opiniões e correntes que surgem quando o assunto é a possibilidade da decretação da prisão preventiva, chegando-se, no final, a conclusão que parece ser a mais adequada e razoável com o propósito da criação da Lei Maria da Penha.

3 PRISÃO PREVENTIVA E AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Em relação a possibilidade de decretação de prisão preventiva, prevista no artigo 20 da referida lei, ante ao descumprimento das medidas protetivas de urgência, especial atenção merece ser destinada, vez que o tema gera polêmicas e discussões a respeito da legalidade desta prisão e inclusive de sua constitucionalidade, como será adiante explanado.

Prevê o referido dispositivo:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Interessante observar que sobre o tema diferentes posicionamentos surgem na doutrina, uns defendendo de maneira ilimitada a possibilidade da decretação da prisão preventiva com o simples descumprimento das medidas protetivas de urgência, outros sendo um pouco mais cautelosos e exigindo mais alguns requisitos para tanto, e por fim aqueles que só admitem esse tipo de prisão caso todos os requisitos necessários para a sua decretação, previstos no Código de Processo Penal, estejam presentes.

Primeiramente, é necessário entender que a Lei Maria da Penha, com seu artigo 42, acrescentou uma nova possibilidade para a decretação da prisão preventiva no Código de Processo Penal, mais especificadamente no seu artigo 313, inciso IV.

Essa inovação possibilitou ao juiz, agindo de ofício ou mediante provocação, decretar a prisão preventiva do autor das agressões contra as mulheres para, assim, assegurar que as medidas protetivas de urgência sejam executadas.

Prevê o referido artigo do Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

A previsão do parágrafo único do artigo 20 da Lei 11.340/2006 que assegura que a prisão em questão pode ser revogada, se faltar motivo para que continue existindo, e a de que ela pode ser novamente decretada, caso sobrevierem razões que as justifiquem, apenas reproduziu o que dispõe o artigo 316 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual tem natureza de cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a medida da prisão deverá prevalecer enquanto os pressuposto e requisitos autorizadores existirem. Dessa maneira, não estando mais presentes a prisão deverá ser revogada.

Quando comparado o artigo 20 da Lei Maria da Penha com os artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, observa-se que o primeiro diminuiu o rol dos legitimados para pleitear tal prisão.

Advoga a primeira corrente, qual seja, a de que a prisão preventiva pode ser decretada independentemente da presença dos requisitos autorizadores e dos motivos estabelecidos no Código de Processo Penal, dentre outros, Maria Berenice Dias (2007, p. 102/104), para qual a inovação é de grande valia, e possui como objetivo servir para que o autor do fato possa ser preso nos casos em que a prisão em flagrante não é cabível.

Tal corrente entende não ser necessário tratar-se especificadamente de crime doloso para que a prisão seja decretada e sustenta que a presença dos requisitos autorizadores presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, e a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, pode ser dispensada.

Para DIAS (2007, p 103):

...exigir a presença de todos os pressupostos legais que já se encontravam na lei afastaria qualquer justificativa para a nova hipótese de prisão preventiva, tornando despropositada a alteração levada a efeito pela Lei Maria da Penha. Basta a necessidade de assegurar a eficácia das medidas protetivas de

urgência, se estas, por si só, se revelarem ineficazes para a tutela da mulher, para que o juiz decrete a prisão preventiva do agressor.

Para esse corrente, se forem exigidos todos esses pressupostos e requisitos legais, que já vem expressamente previstos em lei, a inovação trazida pela Lei Maria da Penha seria inócua, perderia o seu sentido, vez que presentes todas as exigências, não haveria motivo para a valiosa alteração existir. Melhor explicando, os casos que preenchem todos os requisitos legais estabelecidos no Código de Processo Penal já são passíveis de prisão preventiva, assim, a Lei 11.340/2006 criando uma nova hipótese dessa prisão, dispensa que sejam estes observados.

Alega ainda ser a referida inovação de extrema importância, sustentando que caso fossem exigidos todos os requisitos previstos no artigo 312 e as hipóteses de cabimentos elencadas no artigo 313, ambos do Código de Processo Penal, a maior parte dos casos de violência doméstica ficariam órfãos do importante instrumento coercitivo que é a prisão preventiva.

Ressalta DIAS (2007, p 104), “a resistência que sempre existiu em reconhecer a violência doméstica como uma violação aos direitos humanos, obriga a aplaudir a iniciativa da Lei Maria da Penha”.

Já a segunda corrente, capitaneada por Wilson Lavorenti (2009, p 265/266) ressalta que para que a prisão preventiva seja decretada, deve-se tratar de crime doloso, não podendo ser decretada se o crime em questão for culposo ou se tratar-se de contravenção penal, em função do que disciplina o Código de Processo Penal e o artigo 42 da Lei 11.340/2006.

Por se tratar de medida excepcional, a prisão preventiva não pode ser decretada em todo em qualquer caso, vez que envolve o direito a liberdade, assim, alguns pressupostos devem ser preenchidos, sendo eles: prova da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes da autoria; além das circunstâncias autorizadas acima citadas (que são dispensadas pela primeira corrente): garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, e a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal.

Entretanto, para essa corrente, os casos que envolvem violência doméstica possuem algumas particularidades específicas, ou seja, em face da prisão preventiva estar intimamente ligada a garantia da execução das medidas protetivas de urgência, é imprescindível a sua presença. Nessa linha, para que seja preservada a garantia da ordem pública é necessário que as medidas sejam observadas e cumpridas, preenchendo, assim, um dos motivos estabelecidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

Assim, para que a dignidade da mulher seja preservada é preciso que as medidas protetivas de urgência sejam executadas, e para que elas assim o sejam, em alguns casos, é necessária e autorizada a decretação da prisão preventiva, justificando a segregação.

Essa corrente defende que nos casos em que a infração penal cometida seja apenada com pena privativa de liberdade não elevada, a prisão preventiva, decretada pelo descumprimento das medidas, deve se atentar a esse fator, e, assim, não ultrapassar o limite da pena que possa ser aplicada no futuro.

Nesse sentido, NUCCI (2013, p. 627):

...a duração da prisão cautelar precisa ser cuidadosamente acompanhada pelo magistrado, visto existirem delitos cuja pena é de pouca monta. Ilustrando: a lesão corporal possuiu pena de detenção de três meses a três anos; a ameaça, de detenção de um a seis meses, ou multa. São infrações penais que não comportam preventiva, pois a pena a ser aplicada, no futuro, seria insuficiente para “cobrir” o tempo de prisão cautelar (aplicando-se naturalmente, a detração, conforme art. 42 do Código Penal). Leve-se em conta, inclusive, para essa ponderação, que vigora no Brasil, a chamada *política da pena mínima*, vale dizer, os juízes, raramente, aplicam pena acima do piso e, quando o fazem, é uma elevação ínfima, bem distante do máximo.

Para uma terceira corrente, que possui como adeptos Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p 80/83), a inovação trazida pela Lei Maria da Penha é de extrema importância e merece ser comemorada, entretanto, para eles, é preciso ter cautela para tratar e entender quando será possível decretar a prisão preventiva.

Advertem tais autores que para a decretação da preventiva é necessária a presença de algumas condições a mais do que ter sido o crime praticado no âmbito doméstico ou familiar, contra uma mulher. É imperioso que os pressupostos presentes no artigo 312 estejam presentes, ou seja, é necessário prova da existência do crime (materialidade) e indicio suficiente de autoria, devendo ambos coexistir. Também é preciso que pelo menos uma das circunstâncias autorizadoras, as quais já foram acima citadas, se faça presente, para que, assim, o *periculum in libertatis* seja demonstrado, sendo elas: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, e a necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal.

Dessa maneira, essa corrente sustenta que essa nova modalidade para a decretação da prisão cautelar não pode ser estudada e colocada em prática de maneira isolada, devendo se atentar aos pressupostos e condições autorizadoras acima expostos.

Outro ponto onde a doutrina apresenta divergências, ainda dentro da prisão preventiva, diz respeito aos casos que a medida excepcional é decretada para que seja

assegurada uma medida protetiva de urgência de nítido caráter civil, como é o caso da separação de corpos, ocorrendo uma nova cisão de pensamentos, desta vez surgindo duas correntes.

A primeira formada por aqueles que entendem que é inconstitucional essa previsão, vez que criaria uma nova modalidade de prisão civil, não prevista pela Constituição Federal, e a segunda sustentando que isso não ensejaria nenhuma inconstitucionalidade, já que possuiu um caráter penal secundário.

Melhor explicando, a primeira corrente, que possui como defensores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p 80/83) parte do pressuposto de que se a prisão for decretada para garantir a execução de uma medida protetiva de urgência de nítido caráter civil, primeiramente o disposto nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal já estaria sendo violado, vez que estes dispositivos se destinam exclusivamente a crimes.

Por outro lado, e nesse caso, uma violação ainda mais grave, essa decretação também iria contra a Constituição Federal, já que o seu artigo 5º, inciso LXVII, somente autoriza a prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (sendo esta última vedada pelos pactos internacionais que adentraram em nosso ordenamento jurídico através de Decretos e também pela Súmula 419 do STJ). Dessa maneira, o legislador infraconstitucional estaria criando uma nova modalidade de prisão civil, o que não é permitido.

Entretanto, essa corrente admite que caso seja desrespeitada a medida protetiva de nítido caráter civil, e esta violação venha acompanhada da prática de um crime, como por exemplo, no caso de um ex-marido que se aproxima da mulher, desrespeitando a medida imposta, e, além disso, também tenta matá-la, poder-se-á admitir a decretação da referida prisão.

Por outro lado, sustentam que quando ela é pura e simplesmente desrespeitada, como no caso da simples aproximação do ex-marido para, por exemplo, pedir desculpas, isto não deve ser motivo o bastante para a decretação da prisão preventiva, podendo isso representar uma grave violação a Constituição.

Assevera SANCHES (2007, p. 83):

Daí concluirmos ser cabível a prisão preventiva quando presentes os requisitos expostos nos arts. 312 e 313 do CPP, dentre eles (principalmente), quando a conduta do agente configurar, além de descumprimento de uma medida protetiva, a prática também de um crime. Afora isso, parece inconstitucional a medida.

Já a outra corrente, possui defensores como Wilson Lavorenti (2009, p 266) e Maria Berenice Dias (2007, p 103), e defende que essa prisão preventiva é aplicada em razão da violência doméstica e familiar que foi praticada contra a mulher, e é

justamente essa violência que autoriza que a prisão seja decretada motivo pelo qual, mesmo sendo embasada em uma situação de cunho civil, esta possui uma ligação subjacente com uma infração penal, ou seja, o caráter penal está implícito nela.

4 CONCLUSÃO

Ante a abordagem das correntes e das divergências surgidas quando o assunto envolve a segregação da liberdade, passar-se-á a explicação dos posicionamentos adotados e defendidos no presente artigo.

Primeiramente, em relação a de decretação da prisão preventiva e a presença ou não dos requisitos constantes no Código de Processo Penal (artigos 312 e 312), adota-se a corrente capitaneada por Wilson Lavorenti (2009, p 265/266), vez que se apresenta de maneira mais coerente e lógica, sendo um desdobramento daquela defendida por Maria Berenice Dias (2007, p. 102/104).

Por esta corrente, o fundamento previsto no artigo 312 do CPP (garantia da ordem pública) vai estar presente, sempre, ainda que de maneira indireta. Melhor explicando, é necessária a possibilidade da decretação da prisão preventiva para que as medida protetivas de urgência atendam a destinação para as quais foram criadas, e ao garantir essa execução, estar-se-á garantindo a ordem pública, motivo este que, juntamente com a condição de admissibilidade que preceitua o inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, autoriza a prisão preventiva.

Já em relação a eventual inconstitucionalidade que a prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência ensejaria, defende-se a corrente que é justamente a violência contra a mulher que autoriza a decretação desta prisão, conforme Wilson Lavorenti (2009, p 266) e Maria Berenice Dias (2007, p 103), ou seja, não se estaria criando uma nova hipótese de prisão civil já que a violação a medida de caráter civil abarca também uma violação a uma infração penal.

Rebate-se o argumento da segunda corrente, no qual é necessário também ter ocorrido um crime, além da violação da medida protetiva de caráter civil, pelo simples o fato de que caso fosse necessária a conjugação desses requisitos a vítima não estaria protegida por medida alguma, e pior, estaria a mercê do agressor, já que o crime precisaria primeiro ocorrer para depois se pensar em prisão preventiva, quando na verdade a ótica da situação é outra, ou seja, é a de prevenção, na qual a prisão é decretada para que o crime não chegue a se consumir.

Ao depois, com a existência do crime os requisitos do Código de Processo Penal, possivelmente, podem ser preenchidos, tornando inócua a inovação trazida pela Lei Maria da Penha.

Dessa maneira, através da explicação dos pensamentos e das correntes divergentes que surgem a respeito do tema, este artigo busca estabelecer o posicionamento que se mostra mais coerente e lógico para que o assunto seja enfrentado. A posição assumida não diz respeito apenas aos aspectos processuais e requisitos meramente legais, mas envolve, além disso, a razão da criação da Lei 11.340/2006, e os princípios que a nortearam, que podem ser resumidos em apenas um: a proteção integral da mulher no seu ambiente doméstico e familiar.

Acredita-se que adotando essa linha de pensamento, reduzem-se as chances de acontecimento de novos casos como o de Maria da Penha em outros lares brasileiros, vez que a prisão preventiva se faz uma forte aliada a prevenção de abusos e violências perpetrados pelos agressores.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher** / Maria Berenice Dias. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi --: posso contar** / Maria da Penha. – 2ª ed. – Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** / Guilherme de Souza Nucci. – 7. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (Coleção leis penais e processuais penais comentadas; 1)

LAVORENTI, Wilson. **Violência e discriminação contra a mulher: Tratados internacionais de proteção e o direito penal brasileiro** / Wilson Lavorenti. – Campinas, SP : Millenium Editora, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica (Lei Maria da Penha) : Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo** / Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A MULHER NO DISCURSO FEMINISTA: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DE SENTIDOS CONSTRUÍDOS NA ENTREVISTA COM MARIA DA PENHA

Nilton César FERREIRA¹
Eduardo Luis Couto²

RESUMO: O presente trabalho busca compreender como é significada uma entrevista com Maria da Penha, tratando-se a respeito da violência doméstica e familiar, a partir do referencial da Análise de Discurso francesa. Esse campo teórico trabalha com a relação entre sujeito e língua, vinculada ao inconsciente, à história e à ideologia. O sujeito, por sua vez, conduzido pelos ideais de Liberdade e Igualdade, deve assumir uma posição social caracteristicamente feminista. Procurar-se-á, então, apreender como esse discurso significa, tendo em vista a formação discursiva do sujeito e os recursos materializados na fala de Maria da Penha.

Palavras-chave: Análise do discurso. Ideologia. Violência doméstica. Mulher.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os estudos de gêneros separam aquilo que seria dado pela natureza, ou os aspectos fisiológicos, e as representações criadas pela sociedade para cada sexo (BUTLER, 2003, p. 24). Nessa perspectiva, por exemplo, o homem deve ser forte, competitivo, provedor, superior, garanhão, líder, racional e dominante sobre o sexo oposto. Já a mulher, em contrapartida, deve ser submissa, dócil, possessiva, recatada, limitada ao ambiente familiar e dedicada aos serviços domésticos. E, portanto, recebemos tais representações como se fossem naturais, pois se tratam de construções sócio-históricas.

Por sua vez, os estudos de gêneros demonstram que os papéis atribuídos a homens e mulheres são reforçados, ideologicamente, e consolidados ao longo do tempo (BOURDIEU, 1995, p. 137). Na hierarquia de classes, a ideologia machista intenta subordinar à mulher, tratando a esta como sujeito de categoria inferior. É na linguagem, entretanto, que a ideologia encontra um lugar propício para seu funcionamento. As representações sociais, que legitimam o poder do sexo masculino, veiculam-se através de discursos e práticas.

Assim, pretende-se analisar os efeitos de sentidos produzidos na entrevista de Maria da Penha, cedida à BBC Brasil. A escolha do *corpus* justifica-se em verificar

¹ Discente do 2º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Possui graduação em Letras pela União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo (2008) e graduação em Teologia pelo Seminário Teológico Querigma (2004).

² Mestre em Serviço Social e Políticas Sociais (UEL/PR). Professor do curso de Serviço Social das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, no interior de São Paulo. eduardocouto@unitedo.br

como a mulher contemporânea, concebida institucional e discursivamente em nossa sociedade, é significada no discurso feminista.

A Análise de Discurso (AD) trata-se de uma disciplina de entremeio, que se localiza entre três campos do saber: o marxismo, a psicanálise e a linguística. A escolha por esse referencial teórico justifica-se pelo fato de se investigar a ordem dos enunciados, que permite apreender como os objetos simbólicos significam as mulheres e a violência doméstica e familiar. Esse campo teórico trabalha com a relação entre sujeito e língua, vinculada ao inconsciente, à história e à ideologia. Procurar-se-á, então, compreender como o discurso significa, tendo em vista a formação discursiva do sujeito feminista, que fala de um lugar determinado, bem como refletir sobre os recursos utilizados e as formações discursivas materializadas no discurso de Maria da Penha.

2 DISPOSITIVO TEÓRICO DA ANÁLISE DE DISCURSO

A Análise de Discurso francesa (AD), construída a partir do pensamento de Michel Pêcheux, é marcada por revisões, mudanças e deslocamentos de seus conceitos iniciais (MUSSALIM, 2000, p. 117-120), sob as influências dos estudos desenvolvidos por Saussure, Bakhtin, Althusser, Foucault, J. Authier-Revuz e Lacan. A teoria do discurso, por sua vez, edifica-se a partir de “três domínios disciplinares que são ao mesmo tempo uma ruptura com o século XIX: a Linguística, o Marxismo e a Psicanálise” (ORLANDI, 2000, p. 19).

Entre os princípios que regem a corrente teórica proposta por Michel Pêcheux, a linguagem deve ser entendida como interação (BRANDÃO, 2010, p. 11), espaço de funcionamento da ideologia, efeito de sentidos entre locutores (ORLANDI, 2000, p. 16-21), um modo de produção social (MUSSALIM, 2000, p. 110). É indissociável, o discurso, de um contexto histórico (ORLANDI, 2000, p. 30), onde se incluem o social, o político e o cultural como fatores decisivos. Nessa perspectiva, a linguagem, tomada como discurso, não constitui um universo de signos que serve apenas como *instrumento de comunicação*³ (POSSENTI, 2009, p. 361).

A noção de discurso distancia-se de texto, que é apenas o espaço onde o discurso se materializa (POSSENTI, 2009, p. 366). Nem a retórica confunde-se com o discurso, pois os usuários da língua não têm acesso, ou controle, sobre o modo pelo qual os sentidos constituem-se neles (MUSSALIM, 2000, p. 134). Nessa perspectiva,

³ De acordo com o esquema elementar da comunicação, proposta pelo linguista Roman Jakobson, a mensagem devesse resultar de um processo serializado: alguém fala, refere alguma coisa, baseando-se em um código, e o receptor capta a mensagem, decodificando-a. Por sua vez, a teoria do discurso rejeita a língua como se fosse um código fechado, pois os sujeitos realizam ao mesmo tempo o processo de significação. Portanto, os atores sociais não se encontram separados de modo estanque (ORLANDI, 2000, p. 21).

as palavras fogem do plano da consciência humana (FIORIN, 1990, p. 42), pois elas significam pela língua e pela história.

A Análise de Discurso não se trata de uma teoria de exegese (ORLANDI, 2000, p. 31), como a hermenêutica, cuja intenta apreender um sentido único, através de uma chave de interpretação. O discurso não é unívoco, mas comporta uma quantidade inesgotável de significados (POSSENTI, 2009, p. 359). Por sua vez, não se trata apenas da transmissão de informações, mas efeitos de sentidos entre locutores (PÊCHEUX, 1997, p. 82). Desse modo, o discurso remete à articulação de problemas linguísticos e extralinguísticos, tomados não apenas no contexto imediato de interação (MAINGUENEAU, 1998, p. 43), mas como resultante de um *contexto sócio-histórico*⁴, ideológico.

A ideologia, para a teoria de discurso, não deve ocultar a verdade (ORLANDI, 2000, p. 46,47). O funcionamento da ideologia, então, faz-nos conceber a ilusão de evidência dos sentidos e como se fossemos sempre sujeitos. Entretanto, os sentidos constituem-se através de um processo, cujo entram em jogo o sujeito, as condições de produção e sua inscrição em diferentes formações discursivas. Por sua vez, a condição para que nos tornemos sujeitos, é que sejamos interpelados pela ideologia.

De acordo com Althusser (1998, p. 93), o termo central é a noção de sujeito, as duas teses conjuntas que sustentam sua argumentação na análise desse exemplar são: a) só existe prática através e sob uma ideologia; b) só existe ideologia através do sujeito e para sujeitos. Todavia, sob os discursos desses sujeitos assentam-se outros discursos (BRANDÃO, 2010, p. 67,68), uma *polifonia* que permite a subsunção de um dizer pelo outro, sem que se mostre o mecanismo pelo qual essa voz se representa (ORLANDI, 2003, p. 244). Têm-se, portanto, um sujeito clivado, dividido entre o consciente e o inconsciente (MUSSALIM, 2000, p. 109), sob a condição do Outro⁵. No discurso feminista, por exemplo, o sujeito encontra-se estruturado nas relações de liberdade, de ruptura, de emancipação, etc.

O sujeito não é livre para dizer, pois o seu discurso é regulado pelos dizeres de seu grupo social (FIORIN, 1990, p. 42). Entretanto, essa reprodução deverá ocorrer de modo inconscientemente, pois se apaga *quem* disse 'o quê' e *quando* disse, originalmente, certos discursos. E, ao se assumirem os dizeres alheios, como se fossem os seus, os homens tornam-se sujeitos. Assim, o discurso nunca se encontra

⁴ De acordo com Eni Orlandi (2000, p. 30), as condições de produção, ao contrário do contexto imediato, deslocam-se ao contexto sócio-histórico, considerando-se que as palavras signifiquem pela história, dentro de uma determinada conjuntura social.

⁵ Para Lacan, a linguagem é a condição do inconsciente e o consciente é o lugar do outro, assim o sujeito não é senão da ordem da linguagem na qual ele tem sido aculturado. A teoria do discurso concebe o Outro como o lugar estranho de onde emana todo discurso (BRANDÃO, 2010, p. 69), ou seja, o lugar da família, da lei, do pai, etc. Assim, a história e as posições sociais vinculam-se e, por sua vez, o Outro se trata do lugar para onde é remetida toda subjetividade.

num estado neutro (ORLANDI, 2000, p. 20), pois as simples palavras do cotidiano chegam-nos carregadas de sentidos.

Por sua vez, a condição para que as palavras façam sentido, é que elas já estejam inscritas na história (PÊCHEUX, 1997, p. 314), pois cada época tem a sua maneira de nomear e interpretar o mundo. O *interdiscurso*, portanto, define-se como a relação do discurso com uma multiplicidade de discursos (ORLANDI, 2000, p. 31). Assim, tem-se um discurso não discernível de discursos que sustentam a possibilidade mesma do dizer, sua memória. Desse modo, o homem aprende a ver o mundo através dos discursos por ele assimilados e, na maior parte das vezes, reproduz esses discursos, inconscientemente, em sua fala.

Para a AD, o *sujeito* contrapõe-se à noção de *indivíduo* (POSSENTI, 2009, p. 367), pois a história não se reduz a um único homem, devido à sua incapacidade de construí-la sozinho. É durante o processo de produção e reprodução que os *sujeitos* tornam-se *agentes*, ou seres sociais, no sentido plural (ALTHUSSER, 1998, p. 96). Em outras palavras, o homem deve ser compreendido através de um espaço coletivo, na condição de sujeito.

A categoria de sujeito surge na medida em que, o ser humano, é obrigado a se posicionar deste ou daquele modo, tendo que escolher as palavras e usando um tom adequado diante de sua posição, ocupando um lugar determinado, o lugar de onde fala. Por outro lado, os sentidos não se encontram nas palavras, como se a língua fosse transparente. As palavras, dadas conjuntamente em uma posição ideológica e sócio-histórica, mudam de sentido segundo as posições sociais (ORLANDI, 2000, p. 43) daqueles que a empregam. Nesse sentido, o conceito da palavra "*bom*" não decorre igualmente para os sexos feminino e masculino. A noção de "*justiça*", também, evocar-se-á significados distintos para um juiz, um advogado, um réu, a sociedade e a vítima. Desse modo, as palavras não comportam um sentido universal, que seja o mesmo para todas as classes sociais (POSSENTI, 2009, p. 361). As formações discursivas, portanto, representam no discurso as formações ideológicas, de modo que o sentido será determinado ideologicamente.

Nessa perspectiva, o sujeito, ao produzir sentidos, significa-se também, pois a linguagem é a mediação necessária entre o homem e a sua realidade natural e social. A linguagem permite tanto a permanência e a continuidade, quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive (ORLANDI, 2000, p. 15). Portanto, sujeito e sentidos não estão separados, pois ambos se constituem ao mesmo tempo.

3 CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO

A Teoria do Discurso considera, como parte constitutiva do sentido, o contexto sócio-histórico (MUSSALIM, 2000, p. 231). As condições de produção, portanto, não devem ser concebidas como um apêndice que pode ou não ser considerado. Deve-se ter ciência, ainda, que um código constrói-se a partir de vários substratos, entre os quais, sociais, econômicos, culturais e religiosos. Além disso, cada época compreende determinadas práticas e formas de organização social (PÉCHEUX, 1997, p. 314). Desse modo, os discursos não podem ser analisados separadamente, pois uma formação discursiva permite-nos entender a respeito do grupo que se associam aqueles.

A Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340/2006) é, comumente, referida como “Lei Maria da Penha”, embora em seu texto não exista nenhuma alusão a tal denominação (CUNHA; RONALDO, 2007, p. 11). A justificativa, que levou a lei a ser conhecida com esse nome, remonta ao dia 29 de maio de 1983. A farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, tornou-se uma das tantas vítimas da violência doméstica desse país (DIAS, 2007, p. 13). Ela foi atingida por tiro de arma de fogo desferido, cujo culpado tratava-se de seu então esposo, Marco Antônio Heredia Viveiros, um economista, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Devido às lesões sofridas – no suposto assalto, a mulher ficou tetraplégica (HERMANN, 2007, p. 18). Após alguns dias, pouco mais de uma semana, a mulher sofreu um novo atentado. Assim, tornou-se nitidamente compreensível os motivos que fizeram o marido utilizar-se do banheiro das filhas.

As investigações iniciaram-se em junho de 1983, mas a denúncia deverá ser oferecida apenas em setembro de 1984. Em 1991, o réu é condenado pelo tribunal do júri a oito anos de prisão. Além de recorrer em liberdade, um ano depois, teve seu julgamento anulado. Em 1996, levado a um novo julgamento, impuseram-lhe a pena de dez anos e seis meses. Recorreu mais uma vez em liberdade e a prisão dá-se de fato somente em 2002.

A repercussão permitiu ao Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e ao Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) que formalizassem denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (DIAS, 2007, p. 14). Esse relatório da OEA, também exigia uma indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, além de responsabilizar o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica (CUNHA; PINTO, 2007, p. 13). Entre as recomendações, havia o pedido para que tornassem mais simples os procedimentos judiciais penais, reduzindo-se o tempo processual.

Devido às pressões internacionais, sofridas por parte da Organização dos Estados Americanos, o governo brasileiro propõe-se em combater as possíveis formas de discriminação contra as mulheres (DIAS, 2007, p. 14). No dia sete de agosto de 2006, nasce, finalmente, a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher – Lei n. 11.340/06, disciplinando as relações entre os gêneros masculino e feminino. Daí, o Brasil cumpriu as convenções e tratados internacionais (CUNHA; PINTO, 2007, p. 13).

Maria da Penha Maia Fernandes, consequentemente, tornou-se um símbolo na luta contra a violência doméstica e familiar (HERMANN, 2007, p. 18). No entanto, as mudanças na história do gênero feminino deverão surgir com o agrupamento de mulheres (ALTHUSSER, 1998, p. 96), através de uma mesma realidade expressa. Desse modo, averiguar-se-á, ao longo desse trabalho, um enunciador dividido entre o consciente e o inconsciente (MUSSALIM, 2000, p. 109), exprimindo as vozes de outras mulheres, de outra(s) Maria(s), falando num âmbito coletivo, através da história.

4 ANÁLISE DE ENTREVISTA COM MARIA DA PENHA

Segue abaixo a análise de uma entrevista, cedida à BBC Brasil, no dia 25 de novembro de 2012, cuja produção discursiva dá-se pela própria Maria da Penha⁶. Desse modo, a transcrição, que se dá a partir de uma entrevista, intenta conservar algumas marcas de oralidade, importantes para a análise.

Eu sou Maria da Penha, brasileira, farmacêutica bioquímica. E em 1983, eu fui vítima de violência doméstica, quando meu marido atirou nas minhas costas, enquanto eu dormia. Esse crime foi descoberto um ano depois, através da Secretaria de Segurança, que descobriu que ele havia simulado um assalto e tinha sido ele o próprio autor dessa tentativa de homicídio. Por conta do tiro, eu já saí de casa paraplégica, eu lutei por dezenove anos e seis meses para que ele fosse punido. E essa punição aconteceu somente por causa das pressões internacionais. (sic)

O discurso acima é *inteligível* aos interlocutores brasileiros, pois ocorre em língua portuguesa. No campo da *interpretação*⁷, sabe-se que esse *eu* refere-se ao lugar de quem fala, ao *enunciador*, a vítima de um crime cruel. Sabe-se que esse *eu* trata-se de Maria da Penha, brasileira e farmacêutica bioquímica. Esse *eu* dirige-se ao *tu*, os interlocutores brasileiros e contrapõe-se ao *ele*, o marido, o agressor. Se considerarmos o *meio* em que o discurso materializa-se, temos um público-alvo com

⁶ Entrevista disponível no site:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/videos_e_fotos/2012/11/121123_maria_da_penha_as.shtml, 3 de mar. de 2013.

⁷ A interpretação é o sentido pensando-se o contexto, ou as outras frases do texto e o contexto imediato.

maior poder aquisitivo, pois, o acesso ao canal fechado de televisão, contempla apenas um número restrito de brasileiros.

A AD, por sua vez, visa à *compreensão* (ORLANDI, 2000, p. 26) de como um objeto simbólico produz sentidos, como esse se encontra investido de significância *para* e *por* sujeitos. Nessa perspectiva, embora a *enunciadora* identifique-se um indivíduo, cuja formação é *farmacêutica bioquímica*, não é com essa posição social que o *eu* surge no discurso. Esse *eu*, o *locutor*, cujo fala de um lugar instituído, tem a capacidade de assumir posições diferenciadas, deslocando-se e descentrando-se (FOUCAULT, 2002, p. 58,59). Desse modo, ao tratar sobre a violência doméstica e familiar, surge um sujeito condicionado mecanicamente (FIORIN, 1990, p. 63), tendo em vista o meio, a hereditariedade e o momento. Portanto, a *locutora*, considerando-se a sua formação ideológica, ao decorrer do discurso, assume uma posição *feminista* (HERMANN, 2007, p. 17).

A sociedade machista institui ao 'macho' como dominador, devendo exigir uma postura submissa da mulher. Entretanto, ao se integrar no mercado de trabalho, a mulher deve assumir responsabilidades dentro de casa também (DIAS, 2007, p. 17). É nesse contexto que surge a violência, na tentativa de se justificar as possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero. A violência, portanto, é um meio do sexo masculino coagir, submeter, de exercer seu poder sobre a mulher (FOUCAULT, 1995, p. 243).

O *enunciador*, por sua vez, assume uma perspectiva de *sujeito feminista*, pois deverá romper com a ideologia da sociedade patriarcal. Além disso, esse sujeito fala de um lugar determinado, pois ele goza de certo privilégio, considerando-se a capacidade de superar a violência vivida. As experiências de vida criam um elo entre *enunciador* e *enunciadários* – as outras mulheres. Essas têm muito em comum, pois se identificam como mulheres, brasileiras e, por vezes, vítimas de violência doméstica.

De acordo com a teoria do jogo de imagens, proposta por Michel Pêcheux, todo sujeito tem a capacidade de se colocar no lugar em que o seu interlocutor "ouve" suas palavras (PÊCHEUX, 1997, p. 83). Nessa perspectiva, o sujeito projeta-se no lugar das outras mulheres brasileiras, mostrando que é delas que se trata o discurso. É tão grande a afinidade entre *locutor* e *interlocutor feminino*, que em determinado momento torna-se impreciso discernir a história do sujeito feminista e a realidade de outra(s) Maria(s), espalhadas pelo país.

O discurso contrapõe dois tipos de mulheres, se considerarmos a relação entre *locutor* e *interlocutor feminino*. Por um lado, temos um *sujeito*, atravessado pela história, língua e ideologia (ORLANDI, 2000, p. 21), no caso, feminista. Esse sujeito tem o poder de locução e encontra-se em vantagem, pois ela rompeu com a ideologia machista, cuja prega a submissão da mulher ao sexo masculino. Por outro lado,

surgem aquelas mulheres que ainda não conseguiram estancar a violência doméstica e familiar. Nesse sentido, o sujeito feminista – que detém o poder de locução – deve persuadir, ou influenciar (CITELLI, 1990, p. 5,6), às outras mulheres a romperem com o *silêncio*.

O *interdiscurso* é a relação não discernível do discurso com a multiplicidade de discursos (BRANDÃO, 2010, p. 89). A noção de *silêncio* remete aos dizeres, popularmente conhecidos, “quem cala, consente”. Desse modo, o *silêncio* [de algumas mulheres] torna-se sinônimo de *consentimento*⁸ [em relação à violência vivida]. A condição da liberdade, no tocante às vítimas, trata-se da ruptura com o domínio machista: exige-se que elas denunciem seus agressores.

A existência da *locutora*, segundo o discurso, dá-se por meio de lutas. Assim, esse sujeito deverá continuar a sua existência, mesmo após vivenciar duas tentativas de homicídio. Além disso, essa mulher brasileira, numa conjuntura social, empenhou-se na luta por justiça contra o(s) seu(s) agressor(es). Por sua vez, Lei de combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, também resulta de lutas das mulheres (HERMANN, 2007, p. 68-78), que surgem através da história. Na relação lei/mulher(es), as histórias confundem-se, em dado momento. A Legislação ganha informalmente uma personificação e identidade feminina, Lei Maria da Penha, em oposição a um nome masculino, assegurando direitos às mulheres brasileiras, unidas em torno de ideais muito parecidos.

Nesse sentido, para que tais sujeitos – as mulheres de modo geral – existam, é preciso estar sob condição da existência de um Outro Sujeito (MUSSALIM, 2000, p. 109), que deve ser Único e Absoluto. Esse ocupa uma situação de domínio com relação ao sujeito, pois é uma ordem anterior e exterior a ele, em relação à qual o sujeito se define, ganha identidade. Surge, então, um sujeito que, ao falar em nome da Liberdade, conclama às demais mulheres, no intuito de que elas rompam com o silêncio e, assim, com a violência consentida.

Tais reflexões, em Althusser (1998, p. 103), evidenciam a ambiguidade proveniente da palavra “sujeito” e sua verdadeira acepção que “deveria” ser: a. um indivíduo livre e responsável pelos seus atos; b. um ser submetido a uma autoridade superior e, então, sem liberdade, a não ser a de aceitar sua própria submissão. Todavia, não se trata de força ou coerção física, pois a ideologia determina o espaço de sua racionalidade pelo discurso: o funcionamento da ideologia transforma a força em direito e a obediência em dever (ORLANDI, 2003, p. 242).

No discurso, ao rememorar a violência sofrida, o sujeito remonta o início de sua trajetória ao ano de 1983 (DIAS, 2007, p. 13). Essa enunciadora é marcada pelo

⁸ Como se diz, popularmente, “quem cala, consente”.

pronome reto, em primeira pessoa do singular. O discurso desse *eu* ativa a memória das interlocutoras, cujas reconhecem as experiências comuns entre elas: são mulheres e já sofreram algum tipo de violência de cunho machista. Nessa perspectiva, o interlocutor feminino concebe a história do *eu* como sendo uma só, a *delas*. Em outras palavras, o *eu* assume uma conjuntura social, pois não é mais a história da Maria da Penha, mas de muitas brasileiras. (HERMANN, 2007, p. 16,17). A memória, portanto, faz parte da produção de discurso, porque ela faz valer as condições de produção do discurso (ORLANDI, 2000, p. 30).

As palavras não se constituem como propriedade particular, mas significam pela história e pela língua. Antes de nascermos, a língua já se encontrava em processo, significando através da história e abrindo possibilidade para a multiplicidade inesgotável de discursos (BRANDÃO, 2010, p. 82). Nesse caso, o sujeito não tem controle absoluto do seu discurso, as palavras são exteriores a ele. O sujeito diz, pensa que sabe o que diz, mas não tem acesso ou controle sobre o modo pelo qual os sentidos se constituem nele (ORLANDI, 2000, p. 31). Aquilo que o sujeito sabe não é suficiente para se compreender quais efeitos de sentidos se encontram em determinado discurso.

A *mulher feminista*, no discurso, constitui-se como “vítima de violência doméstica”. Por outro lado, esse *eu* institui um homem como *algoz, agressor, carrasco*, alguém desumano. O interdiscurso (ORLANDI, 2000, p. 31) permite reconhecer o enunciado “meu marido atirou nas minhas costas” como o ato de se “apunhalar pelas costas”, sinônimo de traição, ou golpe baixo. Se não bastasse, o criminoso aproveitou-se do momento de repouso da mulher, reafirmando a sua condição de vulnerabilidade. Esse crime trouxe consequências irreversíveis à vítima, tornando-a paraplégica (HERMANN, 2007, p. 18).

O conceito de formação discursiva (FD), já apresentado, é utilizado para designar o lugar onde se articulam o discurso e ideologia (MUSSALIM, 2000, p. 125). Assim, uma formação discursiva é governada por mais de uma formação ideológica (FI). Por sua vez, uma FI coloca em relação necessariamente mais de uma força ideológica, uma formação discursiva sempre colocará em jogo mais de um discurso.

No caso da entrevista analisada, temos interligados uma relação de forças contraditórias. Embora o discurso assuma uma perspectiva feminista, o enunciadore remete ao *agressor* como “marido”, ao invés de “ex-marido”. Esse sujeito feminista, portanto, surge de algum modo na condição do marido, a própria condição de *vítima* se produz a partir do *agressor*. Tem-se, então, um discurso decorrente de um embate entre duas formações discursivas (MUSSALIM, 2000, p. 126), a FD feminista e a FD de

uma mulher como produto de uma sociedade tradicional⁹, enunciada a partir de um lugar ideológico que valoriza a efetividade dos direitos de igualdade à mulher.

Segundo Authier-Revuz (apud MAINGUENEAU, 1998, p. 78-79), a heterogeneidade se manifesta em dois planos distintos, mas complementares: a) heterogeneidade constitutiva, isto é, aquela “que não é marcada na superfície, mas que a Análise de Discurso pode definir, formulando hipóteses, através do interdiscurso, a propósito da constituição de uma formulação discursiva”; b) a heterogeneidade mostrada, que “incide sobre as manifestações explícitas, recuperáveis a partir de uma diversidade de fontes de enunciação”.

A heterogeneidade mostrada, de acordo com Maingueneau (1998, p. 78-79), pode ser *marcada* ou *não marcada*. As formas *não marcadas* da *heterogeneidade mostrada* são identificáveis sobre a face de índices textuais diversos ou graças à cultura do coenunciador [como o discurso indireto livre, alusões, ironia]. Já as formas marcadas são assinaladas de maneira unívoca [como o discurso direto ou indireto, aspas, glosas]. Entre as marcas de heterogeneidade mostrada, encontram-se os, já mencionados, marcadores de pressuposição.

Já o enunciado “meu marido atirou nas minhas costas”, como já foi dito anteriormente, também remete à FD de uma mulher subordinada ao modelo tradicional de sociedade, mas pela presença da heterogeneidade mostrada não marcada na superfície discursiva. É no espaço do sugerido que percebemos esta heterogeneidade, é em função da relação que estabelecemos entre “meu marido atirou nas minhas costas” e os demais enunciados do discurso de Maria da Penha que se percebe a dupla alusão deste enunciado. É, então, formulando hipóteses desse tipo que podemos perceber a presença do outro na constituição de uma formação discursiva, que se pode perceber a realidade da heterogeneidade constitutiva do discurso. Assim, uma formação discursiva não pode ser compreendida como um bloco compacto e fechado, mas que ela é definida a partir de uma incessante relação com o Outro, afirma-se, portanto, o primado do interdiscurso sobre o discurso (MUSSALIM, 2000, p. 129).

A enunciativa do discurso diz: “eu lutei por dezenove anos e seis meses para que ele fosse punido”. Assim, o ela denuncia o longo percurso até que a justiça finalmente se efetivasse. As lutas das mulheres (HERMANN, 2007, p. 68-78), somadas às ‘pressões internacionais’ (CUNHA; PINTO, 2007, p. 14), deverá ser a causa de mobilização do Judiciário, em favor do sujeito feminista.

O *e/e* surge em oposição ao *eu* (enunciadora), pois é dele que se fala, portanto, não participa da enunciação (FIORIN, 2003, p. 163). O *eu* é o lugar da *vítima*,

⁹ Na sociedade tradicional, exigiam-se da mulher, desde o seu nascimento, certas posturas, além de geralmente ser preparada para assumir uma perspectiva de boa esposa e mãe. Não se deve desconsiderar que mesmo uma feminista, embora marcada por uma ruptura, seja produto de uma outra época também, conservando resíduos e, conseqüentemente, o embate entre duas Formações discursivas conflitantes.

a mulher que sofre a agressão. Por outro lado, o *ele* é referido como *marido*, sinônimo de *agressor*, *criminoso*, *criado para se achar superior à mulher*, etc. Já o *tu* é o lugar do *enunciatório*, as outras mulheres, também vítimas. Desse modo, o *eu* e o *tu* juntam-se pelas qualidades, pois são mulheres e vítimas de violência doméstica e familiar. Elas, portanto, reconhecem-se como *nós*, em oposição ao *eles*, os agressores e, talvez, o ordenamento jurídico falho.

Por fim, o discurso contra a violência doméstica e familiar é veiculado originalmente num canal fechado de televisão, tratando-se de um público-alvo mais restrito. Esse discurso materializa-se em língua portuguesa, portanto, é inteligível aos brasileiros. A linguagem empregada pela *enunciadora* é simples, ou de fácil entendimento, como se fosse uma conversa direta, sem muitos rodeios. A memória discursiva (ORLANDI, 2000, p. 30) permite que locutora e interlocutoras se reconheçam como amigas, numa conversa “de mulher para mulher”. Se considerarmos ainda o *meio* e o *código*, é possível inferir que o discurso pretenda alcançar as mulheres brasileiras, em especial, àquelas que gozam de condições socioeconômicas mais elevadas. Desse modo, a violência doméstica não se restringe a determinadas classes sociais, mas as camadas socialmente mais elevadas tendem a camuflar mais esse tipo de violência (SOIHET, 1989, p. 255).

A língua, portanto, é o suporte de dinâmica social (PRETI, 2003, p. 12), que compreende não apenas as relações diárias entre os membros da sociedade, como também uma atividade intelectual, que vai desde o fluxo informativo dos meios de comunicação de massa até a vida cultural, científica e literária. Por sua vez, os discursos feministas estão repletos de intenções implícitas, tendo por finalidade influenciar a opinião e o comportamento a ser adotado pelo interlocutor. Assim, o discurso torna possível a permanência e a continuidade, o deslocamento e a transformação, do homem e da realidade em que ele vive (ORLANDI, 2000, p. 15).

Dentre as recomendações da OEA [Organização dos Estados Americanos], nesse sentido, também foi recomendado às mudanças das Leis desse país. Eu nunca imaginei que, no início, essa minha luta, que começou por justiça, justiça no meu caso particular, chegasse ao que chegou, a criação de uma Lei, protegendo todas as mulheres brasileiras da violência doméstica. (sic)

Para a AD, o sujeito não se trata de alguém livre para dizer aquilo o que quer, a própria opção do que dizer já é em si determinada pelo lugar que ocupa no interior da formação ideológica à qual se encontra submetido (MUSSALIM, 2000, p. 137). No entanto, as imagens que se constrói o sujeito ao enunciar, constituem-se no próprio processo discursivo. Desse modo, todo sujeito tem a capacidade de se colocar no lugar em que seu locutor “ouve” suas palavras (PÊCHEUX, 1997, p. 83), antecipando quanto aos sentidos que suas palavras produzem. Esse mecanismo regula a argumentação de

tal forma que o sujeito dirá de um modo ou de outro, segundo o efeito que penas produzir em seu enunciatário. Nessa perspectiva, o sujeito feminista rememora toda a dor vivida no passado, persuadindo o interlocutor de que suas experiências sejam praticamente as mesmas. É a partir das experiências comuns que se cria um elo entre locutora e interlocutoras, pois são vítimas de violência doméstica e familiar.

A enunciadora, ao se referir à Organização dos Estados Americanos, utiliza-se apenas da sigla OEA. É possível que a mulheres mais leigas, provenientes de uma classe socioeconômica mais baixa, não distingam a quê se remete tal sigla. Se considerarmos a produção do discurso em canal fechado de televisão, teremos um público-alvo formado por mulheres com um nível de conhecimento mais elevado. Embora o discurso efetive-se através de uma linguagem mais simples, parece ser bem específico ao público que se destina: mulheres que têm acesso ao canal fechado de televisão.

As “*recomendações da Organização dos Estados Americanos*” retomam, no discurso, as “*pressões internacionais*” (CUNHA; PINTO, 2007, p. 14). Primeiro, o *enunciador* denuncia um Estado coagido a se posicionar a favor da mulher. Por outro lado, o discurso mobiliza um *eu* dotado de força, devido à capacidade do sujeito de transformar certa realidade. A linguagem, então, permite tanto a permanência e a continuidade, quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive (ORLANDI, 2000, p. 15).

A preposição “*dentre*” permite-nos conceber uma série de *recomendações* feitas pela Organização dos Estados Americanos. Por sua vez, é possível inferir que para cada uma das *recomendações* há uma irregularidade de ordem jurídico-legislativa, ferindo os direitos das mulheres. É possível perceber um conflito ideológico (MUSSALIM, 2000, p. 124) entre o Estado, omissivo e negligente, e a causa feminista, representada por mulheres vítimas de uma sociedade historicamente machista.

A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos: a igreja, a família e o próprio Estado, a esses aparelhos ideológicos, encontram sedimentados inúmeros conflitos históricos (ALTHUSSER, 1998, p. 80). Além disso, as práticas e formas de organizações sociais configuram o pensamento de acordo com a época. Daí, o Brasil guarda cicatrizes históricas da desigualdade, refletindo-se no plano jurídico. É nesse sentido que a Organização dos Estados Americanos recomendou também uma Reforma no Judiciário, já que as leis nacionais remanesciam uma história fundamentada no paternalismo, conflitando com a noção de isometria.

O discurso também é apontado como um “aparelho ideológico” através do qual se dão os embater entre posições diferenciadas (MUSSALIM, 2000, p. 124). Na entrevista, é denunciado um conflito entre os discursos feminista e jurídico. O sujeito

feminista coloca-se contrário às *leis desse país*, num dado momento, na medida em que essas se encontravam desatualizadas, vinculadas ainda ao pensamento de uma sociedade patriarcal, ou machista. Portanto, os sentidos das palavras, presentes no discurso, encontram-se determinadas pela posição do sujeito, no caso, feminista, dada em uma posição ideológica e sócio-histórica (ORLANDI, 2000, p. 43).

Para a Análise de Discurso, o sentido de uma formação discursiva depende da relação que se estabelece com as formações discursivas no interior de um espaço discursivo (MUSSALIM, 2000, p. 131). A heterogeneidade constitutiva, conforme já apresentado, impede que o discurso seja um espaço “estável”, “fechado”, “homogêneo”, mas não o redime de se inserir num espaço controlado, demarcado pelas possibilidades de um sentido governado por uma formação ideológica. Ainda que seja heterogênea, a formação discursiva deve sofrer coerções de uma formação ideológica. Assim, as possíveis seqüências linguísticas, enunciadas por um sujeito, circulam entre certas formações discursivas que compõem o interdiscurso.

O discurso de Maria da Penha é bastante esclarecedor nesse sentido. Ora fala-se a partir de um lugar ideológico, ora de outro. Ora é mulher como produto de uma sociedade tradicional – esposa –, ora é uma feminista atormentada pela violência contra a mulher.

A imagem do sujeito feminista vai sendo construída à medida que a entrevista vai sendo construída. E, por sua vez, vai se construindo o sentido do texto à medida que se dá a sua própria constituição. Os sentidos possíveis, na entrevista, deslocam-se entre a formação discursiva feminista e a formação discursiva de uma mulher como produto de uma sociedade tradicional. No espaço de circulação entre essas duas formações discursivas é que se reside o sentido. Entretanto, os sentidos, construídos a partir de uma formação discursiva, não são aleatórios, senão previstos pela formação ideológica que rege determinado discurso (MUSSALIM, 2000, p. 132). Assim, no contexto atual, dificilmente ouviremos de uma feminista algo como “mulheres submetam aos seus maridos pacientemente” ou “todo Poder (político) é constituído por Deus”.

Se considerarmos a palavra ‘Judiciário’, teremos, em português, um *substantivo masculino*. Igualmente, o ‘Legislativo’ e o ‘Executivo’, tratam-se de nomes masculinos, assim como o ‘Estado’. Assim como Deus, conforme a noção religiosa, não poderia evocar a ideia de um ser feminino, e Estado, de modo geral, não poderia evocar a imagem de um organismo devidamente forte e racional. Então, surge o ‘Poder Legislativo’, o ‘Poder Executivo’ e o ‘Poder Judiciário’, que são organismos investidos de força Estatal. Portanto, o próprio gênero dos termos permite-nos apreender resquícios da concepção machista de sociedade, que confere poder ao homem, considerado o ‘ser dotado de força’. As leis (nome plural feminino) submetem aos

Poderes (nome plural no masculino), pois são votadas ou não pelo Legislativo (nome singular masculino), sancionadas ou vetadas pelo Executivo (nome singular masculino) e aprovadas como legítimas ou não pelo Judiciário (nome singular masculino). Nessa perspectiva, o sujeito ativo é caracterizado pela figura masculina e o sujeito passivo, aquele que existe em função do agente ativo, é feminino. As palavras, assim, devem ser compreendidas a partir das condições de produção, em sentido amplo, vinculadas a um contexto sócio-histórico, ideológico (ORLANDI, 2000, p. 30).

É possível perceber, por sua vez, as críticas da *voz feminina*, no discurso, em relação às “*leis desse país*”. Essas leis são produzidas por um Estado ideologicamente, conforme a perspectiva histórica, em posição contrária às mulheres. Surgem, então, as *recomendações* da OEA (a Organização das Nações Unidas, concordando com o gênero feminino), exigindo do Estado brasileiro que mudasse as leis nacionais, em favor da mulher. Na relação de forças, é um órgão externo (o gênero feminino) que exerce coerção sobre o plano interno do Poder (o gênero masculino). A Reforma do Judiciário resulta dessas coerções externas (DIAS, 2007, p. 30). É possível perceber que a palavra “reforma” (gênero feminino), um nome feminino, tira substitui o “poder” (gênero masculino), deve anteceder ao Judiciário (gênero masculino). Portanto, torna-se possível a ideia de *equilíbrio*, de *igualdade*, como se recomendasse ao Estado desprover-se da força, passando a enxergar finalmente o sexo feminino.

Para a AD, o homem deve ser compreendido através de um espaço coletivo, considerando-se a incapacidade do indivíduo em construir a história. Os sujeitos, assim, devem ser entendidos no sentido plural, como seres sociais (ALTHUSSER, 1998, p. 96). É nesse sentido que a enunciadora reconhece a sua prepotência ao dizer “eu nunca imaginei que, no início (...) essa minha luta chegasse ao que chegou”. O verbo *chegasse*, no *pretérito imperfeito do subjuntivo*, denuncia que o *eu* não imaginou, no passado, a hipótese de que a sua luta alcançasse tamanha eficácia. Esse enunciatador encontrava-se, inicialmente, sozinha, numa sociedade caracterizada como machista e injusta, frente aos problemas vividos pela mulher. Por sua vez, o verbo “*chegou*”, no *pretérito perfeito do indicativo*, revela um *sujeito* capaz de concretizar os seus objetivos (o dela e de outras mulheres). Assim, a condição para que esse sujeito atingisse seu alvo é que esse ganhasse um caráter mais coletivo, contemplando – através de uma legislação, como resultado de uma luta feminina – “todas as mulheres brasileiras”. Surge, então, um sujeito interpelado pela ideologia feminista, plenamente capaz de mudar não apenas a sua própria história, mas também a história de outras mulheres. O discurso, assim, torna possível tanto a permanência e a continuidade quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive (ORLANDI, 2000, p. 15).

O gênero entrevista constitui-se como protótipos, ou seja, tanto o meio de produção quanto a concepção discursiva são sonoras (MARCUSCHI, 2010, p. 40). Por sua vez, a produção oral corresponde a uma atividade social que requer coordenação de esforços de pelo menos dois indivíduos que têm algum objetivo em comum (FÁVERO; ANDRADE; AQUINO, 1999, p. 20), ou estancar a violência doméstica e familiar. É comum, na língua falada, particularidades como o emprego de onomatopeias, abundância em repetições de palavras, rupturas de suas construções, frases inacabadas, contrações, poucos tempos verbais e supressões.

Nesse sentido, a repetição da palavra *justiça* poderia ser concebida, por um interlocutor mais leigo, apenas como marca da oralidade. Entretanto, a AD considera que o sujeito não tenha acesso ou controle sobre o modo pelo qual os sentidos constituem nele (ORLANDI, 2000, p. 32). Nesse caso, é possível a hipótese de que o sujeito feminista reafirme, inconscientemente, através de tal repetição, a *justiça* frente à injustiça vivida não apenas por ela, mas pelas mulheres brasileiras. Desse modo, a imagem que se vai construindo da Maria da Penha é a de uma mulher inicialmente incapaz e sozinha – frente ao Estado –, adquirindo, ao longo do discurso um espaço coletivo, até chegar à condição de ativista feminista e, portanto, plenamente capaz. O interdiscurso, a relação entre já dito e o que se diz (BRANDÃO, 2010, p. 96), faz valer a memória das mulheres, de modo que elas reconheçam “a união faz a força”.

No discurso feminista, a enunciadora, ao dizer “essa minha luta”, refere-se à “*luta por justiça*”, frente à injustiça vivida. Em *essa*, o *pronome demonstrativo* revela a relação de proximidade, ou o empenho, da enunciadora com a luta. Em *minha*, o *pronome possessivo* indica que a luta, até dado momento, pertencia a uma só pessoa. No entanto, os sentidos no discurso vão sendo construídos à medida que o discurso se constrói (MUSSALIM, 2000, p. 132). A enunciadora, sozinha no passado, ganha força, quando o “*seu caso particular*”, a sua luta, estende-se às demais mulheres brasileiras. Assim, os resultados tornam-se, conseqüentemente, mais coletivos também, possibilitando “*proteção para todas as mulheres brasileiras*”, às vítimas de “*violência doméstica*”, sem exceção.

A partir do momento em que as mulheres juntam-se, em torno de um propósito de âmbito mais coletivo, é que elas passam a conquistar seus direitos. Nesse sentido, com base em Althusser (1998, p. 102-103), tem-se o seguinte: a. uma mulher ainda submetida ao domínio da ideologia patriarcal é impelida a reconhecer a sua incapacidade em mudar sozinha a história; b. essa mulher submete-se a uma causa coletiva, unindo-se a outras mulheres, em torno dos mesmos fins; c. o reconhecimento mútuo da mesma realidade vivida por elas e o mesmo ideal de Liberdade e, finalmente, o reconhecimento dessas mulheres, umas em relação às outras, como fortes para mudar a história – de violência doméstica e familiar – juntas; d. a garantia absoluta de

que as mulheres juntas têm o “poder” e, sob a condição de que se os sujeitos feministas reconhecerem capazes e se conduzirem de acordo com os seus ideais, tudo deverá ir bem. A estrutura de toda ideologia, portanto, ao interpelar os indivíduos enquanto sujeitos em nome de um Sujeito¹⁰ é duplamente especular, pois submete os sujeitos ao Sujeito e proporciona no Sujeito garantia de que é efetivamente deles e Dele que se trata (ALTHUSSER, 1998, p. 102).

A violência está em todas as classes sociais, o meu agressor era um professor universitário. O “femicídio” acontece exatamente por falta... é uma questão cultural, primeiro de tudo. A gente sabe que o homem sempre foi criado como um ser superior à mulher. E se não houver uma mudança através da educação, este homem sempre vai se achar superior. Eu gostaria de ser lembrada como uma mulher de perseverança, de dezenove anos e seis meses por justiça, conseguiu mudar as Leis de um país.

As manifestações que surgem no nível da superfície discursiva constituem-se, de acordo com a teoria pêchetiana, como uma evidência das relações imaginárias que o sujeito tem com o seu próprio discurso. Esse sujeito, por não ter acesso às reais condições de produção se deu discurso devido à inconsciência de que é atravessado, representa essas condições de maneira imaginária (MUSSALIM, 2000, p. 136). Assim, o dizer não tem o mesmo estatuto segundo o lugar que os interlocutores ocupam. Esse locutor, que fala de um lugar determinado, tem a habilidade de se projetar no lugar de seu interlocutor.

Se considerarmos o meio de produção discursiva, teremos um público-alvo mais restrito, ou seja, telespectadores do sexo feminino, advindas de famílias com certo prestígio socioeconômico e possíveis vítimas de violência doméstica e familiar. O imaginário faz necessariamente parte do funcionamento da linguagem. A imagem constitui-se do confronto simbólico com o político, em processos que ligam os discursos às instituições (ORLANDI, 2000, p. 42). Assim, a sociedade tradicional exige da mulher, advinda de uma posição social mais elevada, certas qualidades, entre elas: ser distinta, casta, boa esposa, fiel ao marido, submissa, dedicada à família, etc. Essas imagens são construções sócio-históricas, que se fazem das mulheres dentro das sociedades caracterizadas como mais conservadoras.

As famílias com maior poder aquisitivo, considerando-se a memória discursiva, contrapõe-se, socialmente e ideologicamente, em relação às classes menos favorecidas. A essas se delegam os fracassos, as frustrações, a violência, a ausência de idoneidade, os possíveis escândalos, etc. É nesse sentido que o sujeito feminista, ao falar de um lugar determinado – em lugar de ex-vítima da violência doméstica –,

¹⁰ Esse Sujeito deve ser Único e Absoluto, segundo Althusser. No caso do discurso religioso, esse Sujeito seria Deus. Já no caso do discurso feminista seriam os ideais de Liberdade, aspirados pelas mulheres, vítimas da sociedade de cunho machista.

deverá persuadir às suas interlocutoras de que “a violência está em todas as classes sociais”. Assim, tais dizeres devem confortar às outras mulheres, retirando de sobre essas o sentimento – no que se refere às relações familiares – de culpa, fracasso e humilhação. Portanto, atribuir a violência – doméstica e familiar – às famílias com menos prestígio social consiste em uma explicação unívoca e unilateral, pois esse tipo de violência é uma realidade presente em todas as classes sociais (SOIHET, 1989, p. 255).

A enunciadora procura convencer, no caso, às vítimas, de que a violência independe da posição social do agressor, senão da própria família. Nesse sentido, seu agressor trata-se de um docente acadêmico, possuindo certo grau mais elevado de estudos e, possivelmente, condições socioeconômicas. Se o sujeito feminista dirige-se as mulheres com o intento de encorajá-las, o discurso também se constitui em ameaça aos agressores (do sexo masculino).

O sujeito (feminista) projeta-se no lugar de suas enunciatárias (as vítimas de uma sociedade machista, no tempo presente), esperando-as com as palavras que elas querem (gostariam de, deveriam, etc.) ouvir. O sujeito (feminista) A e o destinatário (as outras mulheres *vitimizadas*) B, encontram-se situados em lugares determinados na estrutura de uma formação social (PÊCHEUX, 1997, p. 82). A enunciadora encontra-se numa situação de prestígio, pois, embora tenha sido vítima de violência doméstica e familiar, mudou a sua própria realidade e a de outras mulheres. Já as interlocutoras encontram-se ainda submetidas à violência de cunho machista, em situação de desprestígio, se comparadas com a interlocutora. Os “efeitos de sentidos” são produzidos através de um imaginário, caracteristicamente social, resultante das relações entre poder e sentido. A ideologia (feminista) produz o desconhecimento dos sentidos em meio aos processos discursivos, podendo ser analisáveis na materialidade linguística. A prática discursiva deverá produzir determinados efeitos de sentidos (conduzindo as interlocutoras à ruptura em relação à violência consentida) e, conseqüentemente, a ilusão de um sentido único (toda a violência deverá ser combatida e denunciada). E, assim, tem-se a ilusão (ORLANDI, 2000, p. 35) de que os sujeitos sejam a fonte do sentido (ilusão n. 1) e de que têm domínio do que estão dizendo (ilusão n. 2). O sujeito feminista é, portanto, interpelado (pela ideologia) através de sua relação com o imaginário (a partir da representação que o enunciator faz de si e de seus interlocutores), assim como a estruturação desse sujeito em relação com o simbólico (a língua).

Por sua vez, a violência é um meio de coagir, submeter, de exercer o poder sobre outrem (FOUCAULT, 1995, p. 243). De certo modo, todo discurso é violento, pois o enunciator deverá exercer poder sobre o enunciatário. O sujeito feminista, por exemplo, detém o poder no discurso, já que não se encontra mais em condição de

vítima, mas surge em posição de prestígio frente às demais mulheres (vítimas), inclusive em relação ao(s) agressor(es).

A sociedade machista submete o sexo feminino, exercendo poder sobre esse. Mesmo antes de nascer, a mulher já é submetida por vezes à violência, passando a consentir como natural o uso da força. A vítima, quando não consegue ver o seu agressor punido, concebe nos filhos a violência como uma prática comum. Além disso, a violência tende a se deslocar do nível ideológico ao pragmático, no caso, a agressão física. Entretanto, na medida em que a violência atinge o campo da saturação, a vítima tende a encontrar resistência, encerrando-se o jogo da relação de poder (FOUCAULT, 1995, p. 243).

O sujeito feminista conclama, após séculos de opressão, a mulher moderna, com o intuito de que ela assuma uma posição contrária em relação à ideologia patriarcal. O discurso ativa a memória das mulheres, ao tratar da violência doméstica e familiar, impelindo-as a romper com o silêncio, pois – considerando-se o interdiscurso (ORLANDI, 2000, p. 31) – “quem cala, consente”.

A palavra “Lei” (substantivo feminino) mobiliza uma identificação com as locutoras (mulheres). Não é a toa que a legislação é referida comumente como “Lei Maria da Penha”, pois evoca – nos sujeitos – as lutas das mulheres que surgem através da história, além de se contrapor em relação ao agressor, que pertence ao sexo masculino. Portanto, o feminismo e o machismo constituem-se como formações ideológicas (FI) contrárias.

O *femicídio* [fêmea + homicídio = a morte de mulheres, vítimas da violência doméstica], que se forma através da aglutinação de palavras, é mobilizado como sendo uma questão cultural, ou machista. A cultura, segundo Muniz Sodré (1978, p. 14), define-se como uma estrutura que possibilita a dialética entre a língua e a experiência existencial, em que um avança com ajuda do outro. Assim, a cultura da violência trata-se de um fenômeno sócio-histórico, vigente na sociedade tradicionalmente patriarcal. Desse modo, esse modelo social também, através de seus aparelhamentos ideológicos (ALTHUSSER, 1998, p. 80), irá cultivar valores que incentivam à violência. Nesse sentido, “o homem” (no singular, como “um ser único e absoluto”) é mobilizado – pelo sujeito feminista – como aquele que “sempre foi criado para ser superior à mulher”.

Encontra-se, no discurso em análise, uma digressão, quando o enunciador diz “o ‘femicídio’ acontece exatamente por falta... é uma questão cultural”. Surge, então, um sujeito feminista clivado, dividido entre o consciente e o subconsciente, cuja definição dá-se através de relações binárias entre seus elementos, como uma descontinuidade (MUSSALIM, 2000, p. 109). O sujeito assume no discurso uma posição feminista, permitindo supor uma formação discursiva também feminista. A descontinuidade poderia se completar de várias formas, a exemplo, “o femicídio

acontece exatamente por falta” (de conscientização, de caráter do homem, de amor, etc.).

O sujeito – definido como o suporte de determinada ideologia (feminista), ao reproduzir inconscientemente o discurso de seu grupo social (FIORIN, 1990, p. 42) – mobiliza, nos sujeitos (as outras mulheres), a reconhecerem que é efetivamente delas e Dela (a Liberdade) que se trata o discurso (ALTHUSSER, 1998, p. 102). Assim, “a gente” trata-se de nós (as mulheres vitimizadas), o *eu + vocês*, no processo de enunciação. Entretanto, o analista pergunta-se, “por que a interlocutora usa o ‘nós’ em lugar de ‘a gente’?”. A escolha de uma palavra, ao invés de outra, cria um efeito de informalidade entre locutora e interlocutora(s), permitindo que essa se identifique com aquela. Desse modo, locutor e interlocutor tornam-se cúmplices, pois elas se reconhecem e se identificam como semelhantes – são mulheres e vítimas de uma sociedade machista.

A enunciadora (o ‘eu’ da enunciação) define-se como a mulher que “gostaria de ser lembrada como uma mulher de perseverança”. A memória mobiliza o interdiscurso, um discurso não discernível de discursos que sustentam a possibilidade mesma do dizer (ORLANDI, 2000, p. 31), “quem não é visto, não é lembrado”. Assim, a mulher que não toma parte da luta contra a violência, deverá cair no esquecimento. A mulher sozinha não é capaz de mudar a história, exige-se, então, que elas se compreendam através de um espaço coletivo, no sentido plural, na condição de sujeito feminista (ALTHUSSER, 1998, p. 96). Por outro lado, as interlocutoras são questionadas a respeito de *como elas querem ser lembradas*.

O sujeito feminista reivindica, no discurso, a responsabilidade pela mudança das leis nacionais. Entretanto, esse sujeito, ao assumir tal responsabilidade, denuncia (de algum modo) um Estado coagido a conferir direitos às mulheres. Assim, esses direitos não decorrem da livre vontade Estatal, já que as leis resultam de um país que – embora tenha relutado em reconhecer a mulher, na legislação vigente – se dobra frente às “pressões internacionais”. Surge, então, um sujeito feminista, no discurso, plenamente forte, capaz de mudar a sua realidade e a realidade de outras mulheres. O discurso, portanto, torna possível tanto a permanência e a continuidade quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive (ORLANDI, 2000, p. 15).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A entrevista, cedida à BBC Brasil, trata-se do espaço onde o discurso se materializa (POSSENTI, 2009, p. 366). As palavras, no discurso, fogem do plano da consciência humana (FIORIN, 1990, p. 42), pois elas significam pela língua e pela

história. Nesse sentido, no discurso analisado, averiguou-se um sujeito, dividido entre o consciente e o inconsciente (MUSSALIM, 2000, p. 109), que se insere como feminista. Esse sujeito encontra-se estruturado nas relações de liberdade, de ruptura, de emancipação, de autonomia, etc.

Por sua vez, o sujeito contrapõe-se ao indivíduo, já que uma mulher apenas não teria forças para mudar a história (POSSENTI, 2009, p. 367). Nesse sentido, a análise consistiu na perspectiva de um sujeito que se inscreve sob a condição de um espaço coletivo (ALTHUSSER, 1998, p. 367), ou seja, feminista. Além disso, a enunciadora se reconhece em situação de prestígio em relação às interlocutoras, no caso, as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

O sujeito feminista pode falar, pois se encontra devidamente instituído, colocando-se como porta-voz das mulheres brasileiras. Assim, a enunciadora identifica-se com as demais brasileiras, fazendo-as acreditar que é delas de Dela – a Liberdade – que se trata o discurso (ALTHUSSER, 1998, p. 102). As palavras não se encontram no plano da consciência humana (FIORIN, 1990, p. 42), mas se vinculam à produção de uma identidade ideológica, ou seja, a luta contra a sociedade fundamentada no machismo. Desse modo, todo discurso de ordem feminista, ao se interpelar indivíduos concretos (ALTHUSSER, 1998, p. 96), produz sujeitos feministas.

O discurso, portanto, conclama as brasileiras para que tomem parte da luta pelos direitos das mulheres e contra a violência doméstica e familiar. Além disso, verificou-se que o discurso feminista impele às mulheres a se libertarem da violência doméstica e familiar. Por outro lado, a liberdade das mulheres vincula à denúncia de seus agressores, de modo que o discurso consiste em ameaça a esses. Portanto, a linguagem tem influência também sobre o comportamento humano, visto que o discurso transmitido contém um sistema de valores, que determinam o que convém ou não à prática social (FIORIN, 1990, p. 55).

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: nota sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**: Educação e Realidade. Jul/dez. Porto Alegre, 1995.

BRANDÃO, Helena Hathsue Nagamine. **Introdução à Análise do Discurso**. 2ª ed. Campinas: Unicamp, 2010.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CITELLI, Adilson. **Linguagem e persuasão**. 5.^a ed. São Paulo: Ática, 1990.

CUNHA, Rogério Sanches; RONALDO, Batista Pinto. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FÁVERO, Leonor L.; ANDRADE, M.L.C.V.O; AQUINO, Zilda G. De O. **Oralidade e escrita: perspectivas para o ensino de língua materna**. São Paulo: Cortez, 1999.

FIORIN, José Luiz. **Linguagem e Ideologia**. 7.^a ed. São Paulo: Editora Ática, 1990.

_____. Pragmática. In.: FIORIN, José Luiz (Org.). **Introdução à linguística II: princípios de análise**. 2.^a ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2003, p. 161-185.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, Hubert L. e RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 231-249.

_____. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei n. 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentário artigo por artigo**. Campinas: Servanda Editora, 2007.

MAINGUENEAU, Dominique. **Temas-chave da análise do discurso**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Da fala para a escrita: atividades de retextualização**. 10.^a ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MUSSALIM, Fernanda. Análise de Discurso. In.: MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (Org.). **Introdução à linguística II: domínios e fronteiras**. 3.^a ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 101-142.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. Campinas: Pontes, 2000.

_____. **A linguagem e seu funcionamento**. 2.^a ed. Campinas: Pontes, 2003.

PÊCHEUX, Michel. Por uma análise automática do discurso. In: GADET, Françoise; HAK, Tony (Orgs.). **Por uma análise automática do discurso: uma introdução à obra de Michel Pêcheux**. Trad. Bethania S. Mariani et al. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.

POSSENTI, Sírio. Teoria do Discurso: um caso de múltiplas rupturas. In.: MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (Org.). **Introdução à linguística III: domínios e fronteiras**. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 353-392.

PRETI, Dino. **Sociolinguística: os níveis de fala**. 9 ed. São Paulo: EDUSP, 2003.

SODRÉ, Muniz. Cultura e Cultura de Massa. In.: _____. **A comunicação do grotesco**. Petrópolis: Vozes, 1978, p. 11-39.

SOIHET, Rachel. **Condição feminina e formas de violência: mulheres pobres e ordem urbana, 1890-1920**. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1989.

INSTRUÇÕES PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

A revista jurídica INTERTEMAS tem por objetivo publicar artigos científicos de natureza teórica, metodológica e técnica, tanto de Doutrina Nacional como de Doutrina Estrangeira.

APRESENTAÇÃO DO MANUSCRITO

Os artigos deverão ser apresentados em conformidade com o seguinte padrão:

- Folha de rosto contendo Título do artigo, nome do(s) autor(es) e rodapé biográfico com titulação, vinculação institucional, correio eletrônico e endereço para correspondência. É vedada qualquer forma de identificação da autoria no corpo do artigo, garantindo-se a sistemática de revisão anônima (blind review).
O corpo do artigo deverá conter:

- Título do trabalho: grafado em caixa alta, negrito, Times New Roman, tamanho 14 e centralizado;

- Resumo: após o título, separado por um espaço 1,5, dar início ao texto do resumo, grafando o título em negrito e caixa alta na mesma linha onde se dará o início do resumo. O resumo deve ser feito em espaço simples e justificado. O resumo, em português, deverá conter no máximo 200 palavras e deve apresentar o problema, a metodologia e fundamentação teórica do artigo.

- Palavras-chave: no máximo 5 (cinco) palavras, separadas entre si por ponto.

- Abstract e Keywords. Recomenda-se uma revisão criteriosa no abstract e nas keywords, que devem seguir o resumo em português.

- O artigo deverá conter: introdução, desenvolvimento, considerações finais e referências bibliográficas. Todos os itens do artigo deverão ser numerados, em ordem crescente (ex: 1; 2; 2.1; 2.1.1.); a contar da Introdução até as Considerações finais.

- As referências bibliográficas devem ser organizadas em ordem alfabética pelos sobrenomes dos autores, obedecendo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e incluir apenas obras que foram citadas no artigo.

- As citações devem ser feitas no sistema autor-data, pelo sobrenome do autor, seguido do ano a que a obra se refere e da página em que se encontra a citação (ex: KUPFER, 1998, p. 38);

- Notas de rodapé devem ser utilizadas apenas para explicações subsidiárias ao texto.

- Para o texto do artigo: Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento 1 ½, parágrafo com recuo de 2,5 cm. Margens: esquerda e superior de 3,0 cm; margens: direita e inferior de 2,0cm.

- O artigo deverá conter no mínimo 15 e no máximo 25 páginas, incluindo referências bibliográficas, tabelas, figuras e quadros; a folha de rosto não deve ser contada.

- Os artigos enviados para publicação, serão analisados pela Comissão Editorial, por sistema de pares, assessorada por especialistas. Os autores são responsáveis pela adequação dos artigos às normas apresentadas e terão prazo de 15 dias para efetuarem as possíveis correções/alterações sugeridas pela Comissão Editorial.

ANEXOS OBRIGATÓRIOS

Os artigos devem vir acompanhados de duas declarações anexas (indicação de responsabilidade e conflito de interesse e transferência de direitos autorais), datadas e assinadas, conforme os modelos abaixo:

1) RESPONSABILIDADE E CONFLITO DE INTERESSE

À Revista INTERTEMAS

Declaramos, por meio desta, que o artigo (INSERIR TÍTULO COMPLETO) é de nossa autoria e inteira responsabilidade; que o conteúdo do trabalho é original, não foi publicado em outra revista, nem está sendo analisado por outra Comissão Editorial para publicação, e não fere qualquer direito autoral ou de propriedade intelectual; que os dados publicados foram obtidos de maneira ética.

Declaramos também que os autores não possuem conflito de interesse em relação ao artigo submetido a esta revista.

Colocamo-nos à disposição da Comissão Editorial para dirimir qualquer dúvida que possa surgir sobre a responsabilidade do trabalho.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

2) TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS

Os autores abaixo-assinados transferem, sem qualquer ônus, os direitos autorais do artigo (INFORMAR O TÍTULO COMPLETO) para a REVISTA INTERTEMAS (ISSN 1516-8158) e sua versão eletrônica INTERTEMAS (ISSN 2176-848X). A reprodução total ou parcial, em qualquer meio, é proibida, exceto com a devida autorização do Editor.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail nepe@unitoledo.br ou pelo telefone (18) 3901-4004.