

---

# **INTERTEMAS: Revista da Toledo Prudente**

---

Volume 22

2017

Presidente Prudente/SP

**ISSN 1516-8158**

# **CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado  
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi  
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

## **REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva  
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Periodicidade anual

### **EDITORES**

José Artur Teixeira Gonçalves (TOLEDO PRUDENTE)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

### **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)  
Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes (FAPI)  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)  
Gustavo René Nicolau (Universidade de Chicago)  
José Carlos Martines Belieiro Júnior (UFSM)  
Marcos Jorge Catalan (UNISINOS)  
Pablo Malheiros da Cunha Frota (ESA-DF)  
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)  
William Santos Ferreira (PUC-SP)  
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

### **EQUIPE TÉCNICA**

Ana Carolina Itami Higashibara (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

### **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" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

### **Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 21 – 2016

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2016. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

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

## SUMÁRIO/CONTENTS

### APRESENTAÇÃO/PRESENTATION

#### I - DOCTRINA ESTRANGEIRA/FOREIGN DOCTRINE

##### **AJUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA (ACCIÓN POPULAR Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA)**

*Luis-Andrés Cucarella Galiana  
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia*

##### **DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS MEDIOS PROBATORIOS**

*Juan Marcelino González Garcete  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, Universidad Intercontinental,  
Universidad del Pacífico y Universidad Politécnica y Artística del Paraguay*

##### **LA IDEOLOGIA DE GÉNERO Y EL DERECHO AL CAMBIO DE SEXO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

*ANIBAL QUIROGA LEÓN  
Pontificia Universidad Católica del Perú*

#### II - DOCTRINA NACIONAL/NATIONAL DOCTRINE

##### **MINORITY REPORT E AS 'NOVAS LEIS' PENAIS: LIMITES PARA A PREVENÇÃO DA PREVENÇÃO**

*Alexandre Rocha Almeida de Moraes  
Escola Superior do Ministério Público (ESMP)  
Guilherme Gonçalves Alcântara  
Centro Universitário FG*

##### **A PRESENÇA DO COMPLEXO AGROINDUSTRIAL TERRITORIAL EUCALIPTO-CELULOSE-PAPEL NA REGIÃO DO BOLSÃO SUL-MATOGROSSENSE SOB O CRIVO DA MATRIZ DE JUSTIÇA AMBIENTAL: O CASO DO ASSENTAMENTO SÃO JOAQUIM, EM SELVÍRIA/MS.**

*Cláudio Ribeiro Lopes  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Câmpus de Três Lagoas  
Napoleão Miranda  
Universidade Federal Fluminense (UFF)*

##### **VIOLÊNCIA CONTRA O NEGRO: PROBLEMA INVISÍVEL AOS OLHOS DA SOCIEDADE E DO ESTADO**

*Ana Laura Vieira  
Felipe Augusto Rodrigues Ambrosio  
Fernando de Brito Alves  
Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP*

**PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONDICIONANTE À INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

*Antonio Carlos Segatto  
Thiago Romagnolo Alves  
Universidade Estadual de Maringá (UEM)*

**ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA: DIREITO DO JURISDICIONADO, FUNÇÃO-DEVER DO ESTADO E ACESSO À ORDEM JURÍDICA**

*Evandro Carlos Garcia  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campus de Três Lagoas*

**ANÁLISE JURÍDICA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

*Ivanaldo SANTOS  
Rodrigo de Oliveira MARQUES  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)  
Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM)*

**O MURO DE BRASÍLIA E O FIM DO ESPAÇO IDEAL DE FALA: VILIPÊNDIO À ESSÊNCIA DA DEMOCRACIA**

*Pedro Augusto de Souza Brambilla  
João Augusto Arfeli Panucci  
CESUMAR e Toledo Prudente*

**DIREITO E CINEMA: ESTUDO SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA A PARTIR DO FILME GATTACA**

*Thaís Queiroz de Almeida  
Cleber Affonso Angeluci  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas*

**ABUSO DO DIREITO NO DIREITO DE FAMÍLIA**

*Luis Fernando Nogueira  
Carla Roberta Ferreira Destro  
Toledo Prudente  
PG-Universidade de Lisboa  
PG-UENP*

**INCLUSÃO DA DISCIPLINA DE DIREITO CONSTITUCIONAL NA EDUCAÇÃO BÁSICA COMO MECANISMO DA PLENA CONSCIÊNCIA DA PRÁTICA DA CIDADANIA**

*Jacqueline Martins da SILVA  
Renato Tinti HERBELLA  
Toledo Prudente*

**SEÇÃO I**  
**DOUTRINA ESTRANGEIRA**  
*FOREIGN DOCTRINE*

# JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA (ACCIÓN POPULAR Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA)\*

Luis-Andrés Cucarella Galiana  
Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna (Italia) y por la  
Universidad de Valencia (España)  
Profesor Titular de Universidad. Área de Derecho Procesal. Departamento  
de Derecho Administrativo y Procesal  
Facultad de Derecho. Universidad de Valencia (España)  
Luis.a.cucarella@uv.es

Sumario: I.- Introducción.- II.- Control concentrado de constitucionalidad y participación ciudadana.- 1.- En la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional.- A) Aportaciones de Kelsen.- B) Modelos existentes.- a) Designación exclusiva por el Parlamento.- b) Designación por altas instancias del Estado.- c) Modelo mixto.- a') Con predominio de la designación parlamentaria.- b') Con predominio del criterio de autoridad.- d) Elección popular de los magistrados.- C) Problemas de aplicación práctica.- a) En el sistema de designación por el parlamento o por altas instancias del Estado.- b) En la designación popular: el caso boliviano.- 2. En el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.-

## 1 INTRODUCCIÓN

Cuando se pretenden establecer los cimientos de un Estado social y democrático de Derecho, debe quedar bien perfilada cuál es la función encomendada a los diferentes poderes del Estado. La elaboración de un texto constitucional exige que el constituyente tenga claro qué es lo que va encomendar a cada uno de ellos.

En este sentido, es evidente que el poder legislativo debe tener como función la de dictar las disposiciones legales. Por su parte, el Ejecutivo y la Administración pública, deben llevar a cabo la aplicación de esas normas al servicio de los intereses generales. Y por otro lado, el poder judicial debe tener encomendada la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado .

Si bien es evidente que las funciones a encomendar son las que hemos señalado, creemos que este planteamiento inicial es insuficiente para concretar el alcance y el papel de los tres poderes del Estado. La razón es evidente.

Por un lado, es preciso que quede bien precisado en qué consiste cada una de esas funciones. Así, por ejemplo, en el caso del poder judicial, nadie discutirá que los jueces son los que están llamados constitucionalmente a juzgar. Sin embargo, los problemas pueden surgir a la hora de concretar en qué consiste juzgar, o si esa labor debe ser encomendada a la Jurisdicción en exclusiva. No podemos perder de vista, la existencia de algunas opciones legislativas tomadas en diferentes ordenamientos jurídicos, en los que se encomiendan a la Administración pública funciones que son

propriadamente judiciales. Desde nuestro punto de vista, esta atribución no es respetuosa de la distribución de funciones entre órganos del Estado .

La segunda precisión que debemos realizar es la siguiente. Cuando se elabora un texto constitucional, suele ser frecuente que a los poderes del Estado se les encomienden otras funciones adicionales a las que con carácter básico hemos fijado más arriba. La cuestión que surge inmediatamente a continuación, es la de concretar qué otras funciones pueden desempeñar esos poderes del Estado.

En definitiva, como puede apreciarse, elaborar un texto constitucional exige que se tenga muy presente cuál es la función básica o esencial de cada poder del Estado, y cuáles son las funciones adicionales o accesorias que se le pueden encomendar.

Por otro lado, en los países en los que existe un sistema concentrado de control de constitucionalidad, no es extraño que al parlamento se le implique en el nombramiento de todos o algunos de los magistrados del Tribunal Constitucional . Así ocurre en el caso español, en el que las Cortes Generales nombran a ocho de los doce magistrados que lo integran.

Como puede verse, más allá de la función de tramitar y aprobar las disposiciones legales, el parlamento juega un papel relevante en otros ámbitos del funcionamiento de una nación.

Lo mismo podemos decir del poder judicial. La intuición jurídica pone de relieve que el papel de los jueces y magistrados es el de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Así se desprende del artículo 117.3 de la Constitución española de 1978 . Como puede apreciarse, jueces y magistrados tienen como misión la de juzgar.

No obstante, más allá de la labor de juzgar, debe analizarse si a los jueces se les puede encomendar funciones distintas. En estos casos, está en juego la independencia judicial.

En definitiva, una vez que quede bien precisado cuál es el papel del poder judicial, otro aspecto al que también hay que enfrentarse en la elaboración de un texto constitucional, es el relativo a concretar en qué medida la ciudadanía participa en el juego político, democrático y judicial.

Es evidente, que en un sistema democrático, si la soberanía reside en el pueblo, éste debe elegir mediante sufragio universal a sus representantes.

Si echamos un vistazo a la regulación del poder judicial, con carácter general, el artículo 117.1 CE dispone que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Evidentemente, si la soberanía reside en el pueblo, la Justicia emana de él.

Pues bien, el objetivo que nos marcamos en esta ponencia es el de analizar los supuestos de participación ciudadana en la Justicia, más allá de la mera afirmación de que la Justicia emana del pueblo. Es decir, se trata de constatar en qué casos y con qué alcance, los ciudadanos pueden participar en la administración de Justicia. Creemos que hay una serie de supuestos en los que es conveniente tomar una posición desde un punto de vista constitucional.

El primero de ellos, es el relativo a la selección de los magistrados del TC. Evidentemente, esta cuestión nos la debemos plantear en los sistemas jurídicos en los que exista un control concentrado de constitucionalidad. En estos supuestos, el texto constitucional debe tomar la opción por concretar cómo se designa a los magistrados de dicho tribunal. Ya adelantamos al lector que no suele ser frecuente que se opte por un sistema de participación ciudadana en la selección de los mismos. De hecho, los principales mecanismos que existen son los de designación por el Parlamento de la Nación, o por altas instancia del Estado, o en su caso, ambos mecanismos conjuntamente con predominio de un sistema u otro. No obstante, no podemos pasar por alto la solución adoptada en la Constitución boliviana que creemos interesante analizar más adelante.

Además de esta cuestión, con independencia del sistema de selección de los magistrados de un TC, interesa también concretar si los ciudadanos tienen o no acceso a dicho tribunal para solicitar el control de constitucionalidad de una norma.

## **2 CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA**

### **2.1. En la designación de los magistrados del TC**

#### **A) Aportaciones de Hans Kelsen**

Si nos acercamos a la obra de Kelsen, podremos ver que de manera muy clara afronta el análisis de quién debe proceder a la designación de los magistrados de los tribunales constitucionales. No contempla una designación por la ciudadanía, sino que aboga por una designación conjunta por el parlamento y altas instancias del Estado. En este sentido, no es partidario de una designación exclusiva por el parlamento, ni tampoco por altas instancias del Estado. Su postura es claramente favorable a que se combinen ambos criterios. En este sentido, por ejemplo, ve razonable que sea el parlamento el que designe a los magistrados del TC, entre los candidatos propuestos por el gobierno o por el jefe del Estado, o a la inversa. Si atendemos a sus palabras, merece la pena destacar las que siguen :

“Entre los modos de designación particularmente típicos, no podría pregonarse sin reservar ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento

exclusivo por el jefe del Estado o por el gobierno. Posiblemente, se les podría combinar, así, por ejemplo, elegir los jueces a propuesta del gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente”.

Una de las preocupaciones de Kelsen es la de evitar la politización del tribunal constitucional. No obstante, reconoce que si es razonable que el parlamento intervenga, los partidos políticos van a participar en el proceso de selección, y esta circunstancia, obviamente, puede conducir a la politización que no ve deseable. Ésta es la razón por la que considera que no todos los miembros del tribunal deban ser designados por intervención de las fuerzas políticas .

Por otro lado, en la medida en que el TC es un órgano que ejerce jurisdicción, Kelsen entiende que lo razonable es que la mayoría de sus miembros sean juristas. Por este motivo, en cuanto a la designación de los miembros del tribunal, sostiene que podría ser razonable que las Facultades de Derecho pudieran intervenir en el proceso de fijación de los candidatos a ser miembros del tribunal. Nótese que esta propuesta se suma a la anterior. Es decir, que las Facultades podrían proponer candidatos, si bien, el gobierno, el jefe del Estado o el parlamento, serían los que, en su caso, podrían asumirlos como candidatos propios :

Expuestos estos criterios para la designación de los magistrados del TC, Kelsen todavía propone un último. En concreto, se refiere a la posibilidad de que el mismo tribunal proceda a la cooptación de sus miembros :

## **B) Modelos Existentes**

Desde nuestro punto de vista, y en un intento de sistematizar los sistemas existentes, podemos clasificarlos distinguiendo cuatro modelos.

### a) Designación exclusiva por el Parlamento

Existen países en los que todos los magistrados de su TC son designados por el parlamento. En este caso, da lo mismo que se trate de un sistema unicameral o bicameral. En todo caso, es el parlamento el que se designa a todos los magistrados del tribunal. El caso más significativo, sin lugar a dudas, es el alemán. El TC alemán está integrado por dieciséis magistrados. Pues bien, ocho de ellos son designados por una de las cámaras legislativas existentes en Alemania, y los otros ocho, por la otra cámara legislativa . Nos referimos al Bundestag y al Bundesrat, que eligen a los magistrados por una mayoría de dos tercios . Este modelo también existe en países como Liechtenstein o Hungría .

### b) Designación por altas instancias del Estado

Otro modelo al que podemos hacer referencia es aquél en que son altas instancias del Estado las que proceden a la designación de los magistrados del TC.

Desde nuestro punto de vista, el caso paradigmático es el del Consejo

constitucional francés. Este tribunal está integrado por un total de nueve miembros (a los que hay que sumar los miembros natos). Pues bien, de los nueve miembros a los que nos referimos, tres son designados por el Presidente de la República, otros tres, por el presidente del Senado y los otros tres, por el presidente de la Asamblea Nacional . La doctrina también ha criticado este sistema de designación en la medida en que también conduce a la politización .

Este sistema también podemos encontrarlo en la Constitución de la República Dominicana, de 26 de enero de 2010 (art. 186). En concreto, “el Tribunal Constitucional estará integrado por trece miembros (...)”. Pues bien, cuando se regulan las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, el artículo 179.2 dispone que le corresponda designar a los magistrados del TC .

#### c) Modelo mixto

En el punto intermedio entre los dos modelos que hemos descrito, se encuentra el mixto. Es decir, un modelo en el que se combinan la designación parlamentaria con la designación por altas instancias del Estado. En este modelo mixto, a su vez, podemos distinguir dos submodelos.

El primero, aquél en el que predomina el criterio de designación parlamentaria sobre el de autoridad; el segundo, aquél en el que ocurre a la inversa, es decir, predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la designación parlamentaria. A continuación, vamos a analizar algunos ejemplos en la clasificación realizada.

#### a') Con predominio de la designación parlamentaria

A esta categoría pertenece, sin lugar a dudas, el modelo español. El TC español está integrado por doce magistrados, tal y como se desprende del artículo 159 CE en el que se dispone que “el Tribunal constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”.

Como puede apreciarse, de un total de doce magistrados, la mayoría, en concreto ocho, son designados por el parlamento; los cuatro restantes, son designados por el Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial.

Dentro de esta categoría creemos que debemos incluir también el sistema de selección de los magistrados previstos en Portugal. En concreto, su TC está integrado por un total de trece magistrados. Pues bien, el Parlamento designa a la mayoría de esos trece, en concreto, a diez . Posteriormente, esos diez son los que cooptan a los tres que faltan para completar el número total de trece . Como puede verse, el Parlamento

designa a la mayoría, y la autoridad a la que se recurre para completar el Tribunal, es la de los mismos magistrados de dicho tribunal.

Dentro de esta misma categoría debemos incluir también el caso belga. En este país, las dos cámaras legislativas existentes elaboran una lista de veinticuatro personas, sobre la base de las cuales el Rey procede a seleccionar a doce . Hay una intervención de la autoridad del monarca, pero en todo caso, dentro de los márgenes que le ha fijado el parlamento .

Creemos que es también muy interesante el sistema de selección de los magistrados del TC en Bosnia-Herzegovina. Dicho tribunal está integrado por un total de nueve magistrados. Pues bien, seis de esos nueve, la mayoría, son designados por el Parlamento . Los tres restantes, son nombrados por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos .

Si atendemos al ámbito americano, podemos tomar como referente la Constitución política de Colombia de 1991. Su artículo 239, párr. 1 dispone que “la Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho”. Pues bien, en lo que nos interesa, el párr. 2 añade que “los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado”.

Como puede apreciarse, se combinan ambos criterios de designación, si bien, el que tiene la última palabra es el Senado de la República.

#### b) Con predominio del criterio de autoridad

El segundo gran modelo dentro del sistema mixto, es aquél en el que predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la intervención del Parlamento. Así ocurre, por ejemplo, en el caso italiano. La Corte costituzionale italiana está integrada por un total de quince magistrados. Pues bien, cinco de ellos, son designados por parte de las magistraturas supremas del Estado italiano. En concreto, tres por el Tribunal de Casación; uno por el Consejo de Estado y otro más, por el Tribunal de Cuentas .

El presidente de la República italiana tiene la competencia para designar a otros cinco de los quince magistrados . Y los cinco restantes, son designados por las dos cámaras legislativas existentes en dicho país, que deben reunirse en sesión conjunta .

#### d) Elección popular de los magistrados

El sistema de elección popular de los magistrados del TC no se encuentra muy extendido. Sin embargo, no podemos pasar por alto que éste ha sido el sistema acogido en la Constitución política del Estado de Bolivia, de octubre de 2008.

En concreto, el artículo 198 de la Constitución dispone que “las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

El apartado II del artículo 199 dispone que “las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

### **C) Problemas de Aplicación Práctica**

a) En el sistema de designación por el parlamento o por altas instancias del Estado

En los casos en que hablamos de designación de todos o algunos magistrados de los tribunales constitucionales por el parlamento, surge inmediatamente a continuación la crítica relativa a que dicho sistema puede contribuir a la politización de los tribunales constitucionales. Sin embargo, dicho problema también puede apreciarse si hablamos de la designación por altas instancias del Estado que sean cargos de representación, como el presidente de una República, o cargos en un parlamento, como el presidente del mismo. Obviamente, estas personas ocupan dicho cargo en la medida en que han concurrido en las listas de un partido político.

Ahora bien, la presencia de sensibilidades políticas en los tribunales constitucionales no es algo que en principio nos deba preocupar, ya que el TC, además de ser un órgano jurisdiccional, es un órgano llamado a defender la principal norma política de un Estado: su Constitución. Lo que debe garantizarse, desde nuestro punto de vista, son varias cosas.

Por un lado, que a los tribunales constitucionales lleguen personas que reúnan los méritos necesarios para poder actuar con la debida independencia. Por otro lado, debe evitarse que un sólo partido político pueda configurar con su decisión, la composición del Tribunal. Esto se logra estableciendo un sistema de mayorías cualificadas. Así, países como Alemania, España, Italia, Portugal o Bélgica, cuentan con este sistema de mayorías cualificadas o reforzadas .

Si bien este sistema tiene la virtud que acabamos de subrayar, genera inmediatamente a continuación un problema que no podemos desdeñar. Nos referimos al hecho de que en ocasiones, los partidos políticos utilizan esa necesidad del consenso como arma electoral, poniendo en el eje de su campaña política una de las instituciones esenciales en el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho: el TC.

Así ocurrió, por ejemplo, en Italia. La constitución de 1947 preveía la creación de la Corte costituzionale, pero hasta ocho años después, las fuerzas políticas no se pusieron de acuerdo para nombrar a los cinco magistrados de designación parlamentaria.

O lo mismo podemos decir de la situación existente en España. Por exigencia constitucional, la renovación de los miembros del TC debe hacerse por terceras partes cada tres años (art. 159.3 CE). Obviamente, para que la renovación de los magistrados del TC tenga lugar en el caso de los ocho magistrados que son designados por las Cámaras legislativas, es necesario que las fuerzas políticas logren el correspondiente acuerdo para alcanzar la mayoría de tres quintos requerida constitucionalmente .

Una vez que hemos descrito el panorama normativo, se constata que para que la renovación de las vacantes se produzca, es necesario un amplio consenso de las fuerzas políticas con representación parlamentaria. Sin embargo, en la práctica, la realidad pone de manifiesto que los partidos políticos anteponen sus intereses electorales a los generales, bloqueando y paralizando la renovación de la composición del TC.

Para que el lector constate la situación existente y los problemas que hemos descrito, queremos poner de manifiesto los aspectos que han afectado a las más recientes renovaciones de los magistrados del TC. El 17 de mayo de 2008 falleció el magistrado del TC, D. Roberto García Calvo que ostentaba la condición de magistrado del alto tribunal, desde octubre de 2001. Pues bien, hasta el 29 de junio de 2012, las dos fuerzas políticas mayoritarias no alcanzaron un acuerdo para nombrar al sustituto. Es decir, durante cincuenta y dos meses, el TC a pesar de que por exigencias constitucionales debe tener una composición de 12 magistrados, estuvo funcionando con un total de 11.

Por otro lado, también puede tenerse presente que había tres magistrados cuyo mandato expiró en noviembre de 2010, y que hasta el 29 de junio de 2012 tampoco se logró el acuerdo para su renovación. En el ínterin, para forzar esta renovación, los tres magistrados presentaron su dimisión al presidente del TC en el mes de junio de 2011. Sin embargo, el presidente no la aceptó, apelando a la responsabilidad institucional.

Esta situación descrita es la que llevó al TC a emitir el 22 de mayo de 2012, una dura nota informativa, la 22/2012, en la que instaba a los partidos políticos a cumplir con sus obligaciones y proceder a designar a los cuatro magistrados.

Si bien la situación que hemos descrito se refiere a los magistrados nombrados a propuesta del Congreso de los diputados, una situación parecida se dio en

relación con los magistrados nombrados a propuesta del Senado. En este caso, la renovación tuvo lugar en enero de 2011, con el nombramiento de cuatro nuevos magistrados, si bien la renovación tuvo lugar tras un notable retraso.

b) En la designación popular: el caso boliviano

Aunque hemos establecido el sistema de elección popular como un mecanismo distinto, debemos subrayar que no se trata de una designación popular pura. Nos explicamos. Hemos señalado que los candidatos a magistrados del TC pueden ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Sin embargo, es posteriormente la Asamblea Legislativa Plurinacional la que selecciona a los candidatos que finalmente pueden optar a la elección. Así se desprende del artículo 182 de la Constitución para la designación de los candidatos para ocupar el Tribunal Supremo de Justicia, sistema que se aplica también a los candidatos a ocupar el TC.

Las primeras elecciones tuvieron lugar el 16 de octubre de 2011 . En concreto, la Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccionó a 28 candidatos para ocupar 7 cargos de titular y otros 7 de suplentes.

En Bolivia ha sido muy criticado el sistema en la medida en que a los candidatos se les prohíbe hacer campaña o aparecer en los medios de comunicación tres meses antes de la votación . Pero sobre todo, se ha puesto de manifiesto que esta opción no ha servido para solucionar los problemas de la Justicia ni las injerencias del poder político . En el tiempo que ha estado en vigor este sistema, han sido apartados del cargo tres magistrados del TC, juzgados por responsabilidad en el Senado . Ello ha conducido a que en la práctica, se esté cuestionando este sistema de selección.

### **3. EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

En la construcción del sistema de Justicia constitucional concentrado (una vez que se ha tomado la opción por el modelo concentrado) y una vez que se ha establecido el sistema de selección de sus magistrados, el paso siguiente es concretar quiénes pueden ejercer acciones de control abstracto de constitucionalidad . En particular, nos referimos al enjuiciamiento de si una norma es constitucional o no, sin que haya sido necesaria su aplicación en un caso concreto . En este caso, interesa concretar quién tiene legitimación activa para ejercitar esta acción , o si debe sujetarse a plazo el ejercicio de la misma . En este punto, y por influencia kelseniana, en Europa no se contempla con carácter general, una regulación de la acción popular para el acceso a los tribunales constitucionales.

Al respecto, puede servir de ejemplo la situación existente en el ordenamiento jurídico español. El artículo 162.1 a) CE dispone que “están legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas”. Como puede apreciarse, el ciudadano no tiene reconocido el acceso directo al TC para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad .

Esta regulación es la que está generalizada en Europa, y sin embargo, contrasta con la existen en América latina . Al respecto, podemos tomar como referencia el artículo 241 de la Constitución política de Colombia. En concreto, en lo que nos interesa, a la Corte Constitucional le corresponde:

a) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.1)

b) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.4).

c) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.5).

También puede tomarse como referente el artículo 185.1 de la Constitución política de la República Dominicana en el que se dispone que corresponde al TC conocer de las “acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido”.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALMAGRO NOSETE, J., Acción popular. La reforma del proceso penal, Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León (2. 1989. Zamora), 1989.

BREWER-CARIÁS, A. R., La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional. Estudios constitucionales, año 9, núm. 2, 2011.

CASTILLEJO MANZANARES, R., La acción popular. Restricción en su ejercicio. Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, núm. 5, 2009.

CUCARELLA GALIANA, L. A., La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Aranzadi, España, 2003.

- "Constitución, Jurisdicción y derechos fundamentales", en El constitucionalismo de los derechos (directores académicos BARRIOS GONZÁLEZ, B.; BARRIOS CHÁVEZ, L.), Panamá, 2014.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI. Tecnos, Madrid, segunda edición 2007.

GIMENO SENDRA, V., Qué hacer con la acción penal popular. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 14, 2010.

GÓMEZ COLOMER, J. L., La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado. Revista del Ministerio Fiscal, núm. 4, 1997.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., La acusación en el proceso penal italiano: el papel del Ministerio Fiscal y de la víctima. Colex. Madrid 2006.

HUERTA OCHOA, C., La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. Boletín mexicano de Derecho Comparado, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003.

KELSEN, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001.

MORENO CATENA, V., El Ministerio Fiscal y la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón) (coords. CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGEUR, E.; CUERDA ARNAU, M. L.), Vol. 2, 2009.

NIEVA FENOLL, J., El Ministerio Fiscal en Alemania. Justicia: revista de derecho procesal, núms. 3 y 4.

ORTEGO PÉREZ, F., La acción popular en el punto de mira. Iuris: Actualidad y práctica del derecho, núm. 126, 2008.

ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 4ª edición, 2014.

PÉREZ GIL, J., La acusación popular. Comares, España, 1998.

PINON, S., El sistema constitucional de Francia. Revista de Derecho constitucional europeo, año 7, número 14, julio-diciembre 2010.

PULIDO ORTIZ, F. E., Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. Revista Prolegómenos- Derechos y valores, volumen XIV, núm. 27, julio-diciembre 2011.

REY CANTOR, E., Acción popular de inconstitucionalidad. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1, núm. 1, 2003.

SCHLAICH, K., "El Tribunal constitucional federal alemán", en Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984.

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS MEDIOS PROBATORIOS

Juan Marcelino González Garcete

Resumen: El Profesor Juan Montero Aroca publicó un pequeño libro titulado «El Derecho Procesal en el siglo XX» (2000) en el que, según sus propias palabras, intentaba una síntesis de la evolución conceptual del Derecho Procesal y una relación de los problemas que la realidad ha ido suscitando en los procesos civil y penal, con las respuestas ofrecidas para solucionarlos. Uno de los principios fundamentales como eje rector interpretativo lo constituye el principio «pro persona». En esta ponencia, quisiera exponerles algunas ideas respecto a la interpretación y aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos que guarda relación con la producción y diligenciamiento de las pruebas, para luego avocarnos a las corrientes dominantes actualmente en América Latina, que pregonan actualmente el garantismo y el activismo judicial realizando un balance sobre sus principales teorías, sus fortalezas y debilidades. De allí no podemos perder de vista que los operadores judiciales no solo conozcan los diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino fundamentalmente, que los interpreten de conjunto con las normas y disposiciones del Derecho interno, concretizando en la práctica judicial y en cada caso concreto, las aspiraciones de una sociedad democrática consignadas en lo que la doctrina identifica como los valores superiores de la Constitución, con una visión coherentemente racional— la disposición más favorable al individuo, no solo se estaría haciendo una interpretación integral del sistema jurídico vigente, sino además, se estaría actuando como un juez justo y racional, como un juez de la Constitución, respetuoso de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Palabras clave: derechos fundamentales, prueba, garantismo judicial, activismo judicial.

### 1. Introducción

El presente acápite se constituye tal vez, en el más importante de la presente propuesta. Los métodos de interpretación tradicionales no son aplicables, en buena medida, a los preceptos constitucionales. Lo que proponemos, es elevar a la argumentación jurídica a un nivel completo e integral para la aplicación de los derechos fundamentales con relación al derecho probatorio. Esto es, dotar de una suerte de herramienta que facilite y asegure un análisis y fundamentación total, completa, en procura de alcanzar una debida como esperada administración de justicia. No se necesitan mayores desarrollos para recordar que el «derecho a la prueba» es componente esencial del debido proceso y que, como derivación de ese derecho, ninguna norma puede limitar la proposición de pruebas que sean legítimas, idóneas y referidas al objeto del proceso. El único medio para obtener la tutela jurisdiccional efectiva—como derecho fundamental— es la demostración de la fundabilidad o razonabilidad de la propia pretensión, por lo que la negación de la posibilidad de realizar esa demostración equivale a impedir, de hecho, la tutela jurisdiccional.

## 2. El derecho fundamental de la «libertad probatoria»

El derecho a la prueba se manifiesta especialmente en el derecho a proponer –utilizar– cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos que componen el objeto del proceso. En la doctrina del common law este principio se denomina «free proof». Como enseña TARUFFO, «...Por free proof se entiende que, salvo en el caso que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos: esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder utilizar en el proceso cualquier medio de prueba relevante, y al juez, que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional (y, por tanto, no vinculada más que a los cánones de la racionalidad) de las pruebas adquiridas en juicio». Por cierto, que este derecho tiene ciertas limitaciones que derivan de la reglamentación jurídica de la prueba (“law of evidence”). (La prueba, 1ª ed., trad. por Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRE BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid, 2008). Lo mismo ocurre en el derecho del civil law, en el que «...existe un principio de libertad de la prueba en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general” (VÉSCOVI, Enrique, “La carga de la prueba”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-274). Principio que también – como todo principio – tiene sus límites, derivados de la regulación jurídica de las pruebas de esa libertad deriva un primer punto de vista relevante, conforme al cual la libertad significa que las partes tienen «la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba relevantes de que dispongan» (VÉSCOVI, Enrique et. al, Código General del Proceso”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, t. 4, pp. 23-325). Ergo, considero particularmente, la exigencia de la libertad de la prueba constituye uno de los que denomino principios especiales del proceso; en otras palabras, es una exigencia imprescindible a la idea de proceso, que se vincula específicamente con una de las sub—categorías del proceso: la función probatoria. En la misma línea que DEVIS ECHANDÍA, se reconocen dos aplicaciones del principio: libertad de objeto y libertad de medios. En relación a la segunda, se indica que el principio tiene algunas limitaciones, derivadas de la imposibilidad de utilizar determinados medios, de la existencia de un régimen regulado de proposición de pruebas, etc.

(DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, t. I, Zavalía Ed., Bs. As., 1988, pp. 421-494.)

El Derecho Procesal —entre sus múltiples contenidos— establece una serie de procedimientos que refieren a lo que denominó como «función o actividad probatoria», «o de confirmación» como por ejemplo la denomina ALVARADO VELLOSO. (Compendio de la prueba judicial, t. I, 1ª ed., anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 193-217)

Esa función o actividad es la que aglutina a todos los actos procesales que persiguen como fin la prueba y, en definitiva, están dirigidos a permitir al órgano jurisdiccional resolver acerca de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes. De esa función procesal, nos interesa ahora la fase final: aquella en la que el órgano jurisdiccional debe decidir si los hechos alegados existen o no existen.

### **3. La verdad y su importancia en el derecho probatorio**

La percepción del ser humano en general sobre la realidad, especialmente sobre los hechos que para sí son tomados como verdaderos y conscientes, no es fácil de ser conocida y explicada. La duda sobre la verdad y aun mismo sobre la existencia del hombre y de las situaciones fácticas vividas se constituye en una de las más difíciles e importantes preguntas sobre la humanidad. Una de las principales reflexiones sobre la verdad y su existencia—según mis investigaciones— fue presentada por René Descartes, en su libro «Discurso del Método», donde su duda sobre la existencia quedó concretizada en una cita muy difundida, cual sea, «pienso, luego existo». Descartes, considero que con dicha reflexión, puso en duda la propia existencia y la propia duda sobre los hechos de la realidad, resolviendo un conflicto existencial, incluyendo un elemento subjetivo, cual sea, el «pensamiento», que para él constituye la propia prueba de la existencia de la realidad. Esa constatación de que el pensamiento construye la realidad fue hecha de modo empírico, sin conocimiento sobre el psicoanálisis.

Es así cuando tomamos para nosotros, como verdadera, determinada premisa, esa elección muchas veces puede haber sido hecha de modo irracional, por una serie de influencias ambientales o de prejuicios de la persona, y eso hace con que nuestros enjuiciamientos, aunque en bases racionales, puedan sufrir influencia directa de elementos irracionales, a veces resueltos por una cuestión de simpatía o antipatía, por ejemplo.

Por ello, no creo que estemos muy equivocados al decir que la verdad en el proceso sufre influencia directa de «factores externos», extra autos, que dicen mucho más sobre los sujetos procesales que sobre la propia verdad en sí. Factores argumentativos, políticos, sociales y económicos, si bien empleados, son capaces de sensibilizar los sujetos procesales y pueden transformar hechos improbables en hechos

verdaderos. Estos «factores externos» pueden, verbigracia, interferir directamente en la prueba testimonial. Eso es fácilmente demostrable cuando confrontamos la declaración de dos testigos que hayan presenciado el mismo hecho. Confrontadas las declaraciones de los dos, verificamos que los mismos hechos son narrados de formas diferentes, los detalles que llamaron la atención de un testigo no son los mismos que llamaron la atención del otro testigo, quienes años estamos en la litigación adversarial percibimos que esta es una situación común en este tipo de pruebas.

Otra cuestión muy densa para tratar son las llamadas pruebas periciales, y allí concebimos que opera mucho la subjetividad. Se cree —sin embargo— que la prueba pericial es una prueba objetiva, con pequeña probabilidad de error, una vez que dicha prueba se utiliza de conocimientos científicos para elaborar sus dictámenes periciales (instrumento técnico que contiene las principales impresiones sobre el objeto de investigación). Sin embargo, los “factores externos” siempre influyen el resultado de la pericia, pues la subjetividad de los peritos no puede ser descartada, cuando haya la elaboración del dictamen. Dicho en otros términos, esto significa decir que el perito, por razones inconscientes, acaba direccionando el resultado de su pericia, sin darse cuenta, presentando resultados supuestamente racionales.

Es dable señalar que la «verdad» y «prueba» están estrictamente ligadas a nuestro pensamiento, y muchas veces lo que percibimos del mundo y de la realidad son consecuencias de innumerables «factores externos», «subjetivos», que interfieren en la interpretación de la realidad. Así, la verdad es explicada como «justificación» que permita a todos los interesados la efectiva participación en el proceso de formación de la decisión jurisdiccional. Ahondando en el análisis, diremos que la verdad es fruto de la creación humana, y la prueba es la tentativa del hombre de convencer a todos de que la mejor interpretación de la realidad es aquella percibida por él, consciente o inconscientemente. Apenas el pensamiento y su debida deducción pueden permitir la construcción de la realidad. Vivimos dentro de nuestros pensamientos.

La relación entre verdad y prueba es uno de los puntos más tormentosos del derecho procesal, tanto en Paraguay como en el mundo. Verificamos que el juez muchas veces cree que la prueba es la representación de la realidad. Tal error en creer que la prueba es una fiel representación de la realidad induce a innumerables errores judiciales y comprensiones equivocadas a la aplicación del derecho. Buscaremos informar que la prueba es un elemento interpretativo, que depende de la subjetividad humana. El análisis de la prueba es una actividad de dialógica, en medida del debate en contradictorio de las partes y de los fundamentos jurisdiccionales.

#### **4. Las pruebas de oficio**

La propuesta de este texto es discutir hasta qué punto la prueba judicial dispuesta de oficio guarda compatibilidad constitucional con el principio del due process of law y sus derivados, que debe orientar la actuación del juez en el curso del proceso, y que guarda relación con la denominada prueba de la verdad en el proceso. Es ese el punto que merece reflexión y donde está radicada la «tesis» que aquí será defendida. En los sistemas procesales que conocemos, el desenvolvimiento del proceso rumbo a la formación del pronunciamiento de mérito queda a cargo y bajo el «gobierno» de un único juez – persona física – que ejerce solo toda la magnitud del poder que la Constitución Nacional y las leyes subalternas confieren al Poder Judicial. No tengo duda de que los defensores de la prueba de oficio dispuesta por el mismo juez que deba dictar la sentencia sustentan esta posibilidad pretendiendo un juzgamiento lo más correcto posible, de acuerdo con la mejor reconstrucción histórica fáctica que se pueda realizar en el proceso.

Siempre me he preguntado: ¿es creíble suponer que el juez permanece con su imparcialidad absolutamente inamovible cuando dispone la prueba de oficio, realizando, por lo tanto, actividad que sería propia de la parte, y, en la secuencia, dicta sentencia con base en la prueba por él dispuesta? Seriamente no creo que la respuesta a esa interrogante pueda ser SI.

Por mejor que sea la intención del juez cuando utiliza sus poderes instructorios ex officio, lo cierto es que su postura activa fue fomentada por la duda en cuanto a la existencia del hecho en que se funda el derecho pretendido o resistido. Si, al contrario, el estado consciente o inconscientes del magistrado fuera de certeza, ciertamente no dispondría la producción de la prueba de oficio. Y si existe duda en cuanto a los hechos aportados por las partes es porque el juez siente la certeza derivada de la parcialidad que el debido proceso legal impide invada el juicio propio de su función. Si frente a la realidad fáctica construida en el proceso el juez no se convence del hecho constitutivo del derecho alegado, la única conclusión a que se puede llegar es que él – juez – tiene la CERTEZA de que el derecho postulado no puede ser concedido.

Debemos rescatar una idea presente en la mayoría de doctrina autoral, a saber, concebir al proceso como un método de debate para la resolución de conflictos y la tutela de bienes e intereses jurídicos y sobre todo el reconocer su dinamismo y dialecticidad. Por los momentos, reiteramos que la idea de proceso como método de debate dialéctico produce desde una perspectiva estática una relación triangular entre juez y partes (parte actora y parte demandada), donde aquel en su condición de autoridad tiene el deber de decidir el conflicto de intereses que la parte actora plantea y que el demandado resiste.

Por lo que podemos decir como conclusión parcial sobre este tema, denso en el debate doctrinario que la imparcialidad procesal es un principio y presupuesto del proceso que debe delimitarse legislativamente, no sólo desde una perspectiva netamente jurídica, sino que debe considerar también su enfoque psicológico, considero que es un derecho de las partes que el juez a cargo de substanciar y sentenciar su proceso, sea imparcial tanto objetiva como subjetivamente y ello no solamente respecto de quienes son las partes del proceso (aspecto subjetivo) sino también respecto de la materia de la litis y su resultado: la sentencia (aspecto objetivo), por ello, la prueba de oficio, sino con seguridad, al menos con una alta probabilidad, permite que la decisión jurisdiccional se vea influenciada por los llamados sesgos cognitivos (incluso sin conciencia de ello por parte del juez) y ello es más que suficiente para abolir esas facultades en los procesos dispositivos.

#### 4. La «Verdad», «Proceso» y «Decisión Jurisdiccional».

La decisión jurisdiccional siendo una «sentencia» o «enunciado» [como comúnmente le gustan denominar a los juristas iberoamericanos] de verdad está estrictamente vinculada al lenguaje. La relación entre «verdad», «proceso» y «decisión jurisdiccional», en términos técnicos, debe ser buscada —según mi modesto entender— a partir de la filosofía del lenguaje. El «discurso de aplicación» de las normas a los casos concretos se refieren siempre a los intereses de las partes inmediatamente involucradas. La «verdad» de una decisión jurisdiccional se libera del modo de la certeza de la acción y toma forma de un enunciado hipotético, cuya validez queda suspensa durante el discurso. La argumentación tiene forma de un concurso que visa a los mejores argumentos a favor de o en contra pretensiones de validez controvertidas, sirviendo a la búsqueda cooperativa de la verdad. En ese sentido, argumenta Habermas que “lo que consideramos verdadero debe poder ser defendido con razones convincentes no sólo en otro contexto, sino en todos los contextos posibles, o sea, a todo momento, y contra quienquiera que sea. La teoría discursiva de la verdad se inspira en eso; de ese modo, un enunciado es verdadero cuando, en las exigentes condiciones de un discurso racional, resiste a todas tentativas de refutación”. (GELSI BIDART, Adolfo, “Proceso laboral y carga de la prueba”, RUDP, 2/1975, pp. 33-42)

Habermas nos presentó en su momento el modelo de democracia, con una visión procesal del derecho, en donde la decisión jurisdiccional debe reflejar la voluntad y la opinión de los participantes del proceso. La verdad podría ser obtenida a medida que sean asegurados a los participantes en el proceso jurisdiccional la posibilidad de argumentación, en donde toda decisión tiene que ser constitucional y democrática. Lo que va a influir en el resultado de un enjuiciamiento y a corresponder a la «verdad» no

es su correspondencia con la realidad, sino, sobre todo, la argumentación aplicada al discurso. Eso es lo que va a posibilitar la superación del término «justicia en las decisiones» por el término «legitimidad decisoria». Solamente en las praxis es posible confiar intuitivamente en la «verdad», de modo incondicional. Pero cuando esa práctica del mundo sufre problematización, por argumentación, ahí entonces se necesita el proceso jurisdiccional para evaluar si tales pretensiones de validez merecen o no un reconocimiento racionalmente motivado.

Verdadera es la decisión jurisdiccional justificada que haya sido obtenida por intermedio del consenso entre los interesados en el proceso jurisdiccional. La verdad, en Habermas, significa consenso obtenido por el mejor argumento. Y el papel del derecho procesal no se limita a institución de procedimientos destinados a la aplicación del derecho, sino, sobre todo, a garantizar un espacio discursivo en el que los interesados por la decisión jurisdiccional también se identifiquen como autores de esa norma jurídica. El derecho procesal no regula la argumentación jurídico—normativa como tal, pero asegura, en una línea temporal, social y material, el cuadro institucional para consecuencias comunicativas no—circunscritas, que obedecen a la lógica de discursos de aplicación.

## **5. Las cargas dinámicas. Problemática que suscita**

En la ciencia del Derecho Procesal, a esta altura de su evolución, nadie duda que la carga de la prueba debe ser atribuida, por regla general, a la parte que alega el hecho en que se funda la norma jurídica que lo beneficia. Además, la doctrina también coincide en que, en ciertos casos excepcionales, corresponde la carga de la prueba a la parte que se encuentre en mejores condiciones de probar, entendiendo por tal circunstancia la disponibilidad de los medios probatorios, siempre y cuando esta reversión sea realizada por la ley y no por el juez. Si la inversión de la carga de la prueba es realizada por el Juez, nos encontramos en presencia de una carga probatoria dinámica. Este es nuestro concepto, el cual debe ser considerado como correcto según explicaremos. Aclaremos que las denominadas «cargas dinámicas de las pruebas» no se encuentran legisladas en nuestro Código Procesal Paraguayo, pero, han sido admitidas jurisprudencialmente, especialmente, en los casos de demandas por daños ocasionados por malas praxis médicas.

La carga dinámica de la prueba, como se sabe, es una doctrina que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por el profesor Jorge Peyrano, a quien debe reconocerse la autoría de la misma en su obra «Cargas

Probatorias Dinámicas», la que comparte con otros autores, elaborando toda una sistematización al respecto. Esta doctrina sustenta que «más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla.» (GARCÍA GRANDE, Maximiliano, “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley, 2005-C, 1082).

En ese sentido tenemos, que existen requisitos que deben ser tenidos en cuenta, el primer elemento, consiste en que la inversión de la carga de la prueba debe ser realizada por el juez, el segundo elemento es que la reversión probatoria debe ser efectuada una vez que ya se ha iniciado el proceso, particularmente al momento de sentenciar. La existencia de reglas legales establecidas en forma previa al inicio del proceso, sean estas normas legales o, incluso de jurisprudencia de los tribunales de apelaciones—la que actúa como fuente del derecho— en los países del Civil Law, o lo que es más habitual, en los países del Common Law a través de la existencia de precedentes, es la única forma de garantizar a las partes que conozcan cuáles son las obligaciones que deben cumplir al actuar y desarrollar el tráfico jurídico y comercial que, eventualmente puede generar responsabilidad contractual o extracontractual. Sólo el conocimiento previo de las obligaciones a que están sujetas al participar en los actos que generan dicho tráfico, otorga seguridad jurídica y, en consecuencia, garantiza la existencia posterior del debido proceso, cuando se deba resolver la controversia jurídica que pueda originarse como consecuencia del tráfico jurídico mencionado.

Si se considera que un juez puede ser más o menos proclive a acoger una demanda o a utilizar la carga probatoria dinámica, «se agudizará la incertidumbre, lo que es contrario a la idea que inspira la normativa procesal en orden a generar seguridad, certeza y previsibilidad. (ii) Se aplica una vez que las partes han planteado sus acciones y excepciones, habiéndose trabado la litis y ofrecido toda la prueba; (iii) implica que el juez adopte necesariamente una decisión respecto del conflicto, previo al estudio que precede a la sentencia, afectando su imparcialidad, y (iv) soslaya las presunciones de responsabilidad del Código Civil. Por tal motivo, debería eliminarse del proyecto, al ser suficientes las mencionadas presunciones que, en último caso, podrían establecerse en general, para todos los casos similares, en una ley» (GURRIERI, Fernando, “Cargas probatorias dinámicas”, Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 1999, pp. 113-126)

De manera general, es un debate en torno: i) a los aspectos ideológicos del proceso civil, ii) a sus sistemas de enjuiciamiento –inquisitivo o dispositivo (inquisitorial system y adversarial system)–, iii) al rol del juez y a la actitud de las partes en la relación procesal, iv) a la dimensión constitucional de la jurisdicción, v) al contenido

y significado del debido proceso legal, vi) a la garantía constitucional de la amplia defensa y el contradictorio; entre otros. (GARCÍA GRANDE, Maximiliano, “Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley, 2005-C, 1082)

Actualmente, el debate activismo versus garantismo divide a la doctrina procesal civilista americana hispanoparlante y genera disputas y/o polémicas doctrinarias –a veces incluso con “disparos cruzados”– que llegan inclusive a confinar a los procesalistas tras verdaderas «trincheras ideológicas». Aquellos que con cierta regularidad frecuentan congresos internacionales de derecho procesal en el resto de países latinoamericanos, pueden certificar in loco la intensidad del debate que, repito, no es tratado con el mismo vigor –me parece que ni siquiera es tratado– en el universo del proceso civil paraguayo.

Para una primera –y genérica– comprensión de aquello que es defendido por ambas corrientes, es posible adelantar que el activismo judicial defiende una postura más contundente de la actividad judicial para resolver problemas que, en ocasiones, no cuentan con una adecuada solución legislativa. Es decir; se otorga al juez un poder creativo que en un último análisis valora el compromiso constitucional de la jurisdicción, y ello a pesar de que no haya previsión legal que lo autorice en la respectiva actuación. Por su parte, el garantismo procesal defiende una mayor valorización de la categoría fundamental proceso, y consecuentemente de la cláusula constitucional del due process, de modo que valora la amplia defensa, el contradictorio y la imparcialidad del juez, como los pilares de la legitimación de la decisión jurisdiccional a ser decretada. Para el activismo, el juez debe actuar de manera que resuelva problemas en el curso del proceso, y ello de manera independiente de la diligencia de la parte en postular las respectivas soluciones, haya o no autorización legislativa para la actuación del juez. Para el garantismo, el proceso es un método en el cual el resultado dependerá del debate efectivo entre las partes y de su diligencia en manejar de mejor manera la respectiva actividad. Los garantistas buscan aplicar las bases dogmáticas del garantismo de Luigi Ferrajoli –originariamente dirigido a las ciencias penales (derecho material y proceso)– al derecho procesal civil.

## **5. La prueba y la sentencia**

El tema del título tiene una denotación bastante amplia; que comprende, fundamentalmente, a dos grandes ejes conceptuales: la valoración de la prueba y la carga de la prueba. Y dentro de ellos, entre ellos y junto a ellos, una serie de cuestiones fundamentales: la diferencia entre la actividad de valorar y el resultado de esa actividad; los sistemas de valoración; la adecuada motivación de la sentencia; las relaciones,

teóricamente claras y pragmáticamente oscuras, entre valoración y carga de la prueba; el funcionamiento y ubicación conceptual de las presunciones; el concepto y la importancia de la carga de la prueba y su papel en el proceso jurisdiccional; la distribución de la carga probatoria; el debate sobre la carga probatoria dinámica; etc., etc. En el marco de ese amplio espectro espero lograr volver sobre el hilo conductor de esa relevante actividad del Juzgador que supone la determinación o fijación de los hechos en la sentencia. Para, finalmente, volver sobre uno de mis temas preferidos: el de la carga de la prueba.

Considero que ya es hora de que los operadores del proceso, tanto jueces, como abogados, y principalmente los respectivos profesores, tomen conciencia de que conceptos como «justo» o «justicia» no integran el Derecho o el proceso jurisdiccional, que le da concreción en la vida de las personas. A pesar de que el discurso procesal fundamentado en argumentos metajurídicos sea seductor (“justicia”, “verdad real”, “paz social”, “proceso justo”, etc.) este acaba por legitimar la arbitrariedad y el subjetivismo de la persona física que detenta el poder judicial, que acaba por justificar su toma de decisión en base al propio sentimiento subjetivo en relación a lo «justo». “Justicia”, o lo que es “justo”, se identifica con el subjetivismo que es propio de cada persona. Por lo tanto, con sus idiosincrasias. Lo que puede ser justo para usted, necesariamente no lo será para mí. Y de esta forma la vida continúa. Es por ello que por un imperativo de orden lógico, el Derecho y/o el proceso jurisdiccional que le da vida no operan con el valor “justicia”, ello sólo ocurre en nuestras especulaciones metajurídicas. Toda vez que ocurre ello, siempre se produce la ruptura de las garantías constitucionales negativas que impiden que el Poder sea manejado arbitrariamente y, por lo tanto, fuera de los marcos democráticos y republicanos establecidos por el orden constitucional.

El activismo judicial se estableció en la base de la retórica discursiva de la dogmática procesal y de la jurisprudencia influenciada por ella. Decantada en verso y prosa en el procesalismo iberoamericano en general, la pragmática del activismo fomenta posturas judiciales antidemocráticas y antirepublicanas, tanto en el arte del proceder, como en el arte del decidir. En esta ponencia no realizamos ninguna crítica al procesalista y/o al juez de inclinación activista. ¡Debemos aclarar este punto! Realizamos una crítica contundente a toda acometida de aquellos que suponen que el ambiente del proceso jurisdiccional es un territorio feudal cuyas reglas puedan ser arbitrariamente creadas por el respectivo señor, juez y/o tribunal.

El proceso civil de enfoque garantista se contrapone al activismo judicial exactamente para que las garantías consagradas en nuestras Constituciones sean, efectivamente, observadas por los detentores del poder jurisdiccional. Suena hasta intuitivo que el Derecho tenga dos atributos que le son fundamentales: i) vincular

subjetivamente las relaciones que regula y ii) generar seguridad jurídica a partir de su existencia. Y esto ocurre a lo largo del sentimiento de cada uno de nosotros sobre lo que viene a ser «justicia». Estos deben emitir sus decisiones en base a las reglas preexistentes, en especial las de nivel constitucional, y no en base al propio arbitrio y subjetivismo que termina por romper los valores democráticos y republicanos que elegimos vivir y que, peligrosamente, fomenta aquel activismo judicial que observamos en el día a día de la Judicatura.

Sin embargo, si para toda regla existe excepción, aquí doy mi testimonio de que tampoco son pocos –por fortuna– los jueces conscientes de sus limitaciones constitucionales y por ello saben que su papel ante la sociedad es en el sentido de juzgar y no «crear» soluciones en base al propio arbitrio.

Esta tesis no supone verdad. Es tan solo mi punto de vista. Sea bienvenido el debate.

### **Principal bibliografía utilizada**

ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba”, en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Mdeo., 2011, pp. 19-40.

—, Derecho Procesal, t. IV, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014.

ACOSTA, Aníbal Gerardo, “Jaque a la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en el IX Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, Bs. As., 2007, en <http://www.academiadederecho.org/index.cgi> (consultada 9-9-2014).

ALSINA, Hugo, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. III, 2ª ed., EDIAR, Bs. As., 1958, pp. 253-262.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El debido proceso de la garantía constitucional, Ed. Zeus SRL, Rosario, 2003, pp. 184-203.

—, La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal), Tirant lo blanch, Barcelona, 2006, pp. 39-52.

ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), “La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243.

AMAYA, N. Enrique, Carga de la prueba, Ed. La Docta, Córdoba, 1972.

AUGENTI, Giacomino Primo, L'onere della prova, Società Editrice Del Foro Italiano, Roma, 1932.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso, t. II, 7ª reed., C.E.D., Mdeo., 1971, pp. 234-239.

—. Teoría del proceso, Depalma, Bs. As., 1979, pp. 236-239.

—. El proceso civil, t. I, Idea, Mdeo., 1989, pp. 206-211.

—. “Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261.

—. “Los subsistemas de la prueba y de la oralidad”, RUDP, 2/1997, pp. 187-192.

—. “Teitelbaum y la prueba”, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Surcos, Mdeo., 1999, pp. 335-343.

—. “Las situaciones jurídicas y la prueba”, RUDP, 4/2001, pp. 403-408.

BENABENTOS, Omar, “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, 2005.

BERMEJO, Patricia, “Nueva concepción sobre la carga de la prueba”, RUDP, 4/1993, pp. 499-501.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, Derecho Procesal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1970, pp. 359-376.

CALAMANDREI, Piero, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. III, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, pp. 317-353.

CARNELUTTI, Francesco, La Prueba Civil, 2da. ed., apéndice de Giacomo P. AUGENTI, trad. Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Bs. As., 1982.

—. Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. de Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y Santiago SENTÍS MELENDO, UTEHA, Bs. As., 1944, pp. 94-100.

—. “Pruebas civiles y pruebas penales”, en Estudios de Derecho Procesal, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEHA, Bs. As., 1952, pp. 106-110.

—. Instituciones del proceso civil, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEHA, Bs. As., 1959, pp. 344-348.

CASTELLO, Alejandro, “Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia”, en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 28-37.

CASCO PAGANO, Hernan. Código Procesal Civil. Tomo I y II. Editorial La Ley Paraguaya. 9° Edición. 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe, Principii di Diritto Processuale Civile, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, pp. 782-798.

COUTURE, Eduardo, "Sobre el precepto 'nemo tenetur edere contra se'", Rev. de Derecho Procesal (argentina), Ediar, Bs. As., 1943, pp. 53-71 y en "Estudios de Derecho Procesal Civil", t. II, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 127-152.

—. "El deber de las partes de decir verdad", en Estudios de Derecho Procesal Civil, t. III, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 233-258.

—. Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. ed., Depalma, Bs. As., 1988, pp. 240-248.

DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil Español, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 429-438.

DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar", RUDP, 1/1993, pp. 29-33.

DE MIDÓN, Gladys, "A propósito del 'onus probandi': la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo", RUDP, 1/1993, pp. 35-39.

DENTI, Vittorio, Estudios sobre derecho probatorio, Valetta Ed., Colección "Clásicos del Derecho", N° 62, EJE, Bs. As., 1974.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, t. I, Zavalía Ed., Bs. As., 1988, pp. 421-494.

—. Compendio de la prueba judicial, t. I, 1ª ed., anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 193-217.

FAZZALARI, Elio, Istituzioni di Diritto Processuale, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, pp. 129 y 376-382.

GARCÍA GRANDE, Maximiliano, "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", La Ley, 2005-C, 1082.

GELSI BIDART, Adolfo, "Proceso laboral y carga de la prueba", RUDP, 2/1975, pp. 33-42.

—. "Carga de la prueba: ubicación procesal", RUDP, 1/1998, pp. 7-20.

GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, Ed. Labor SA, Barcelona, 1936, pp. 253-292.

GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, t. I, 3ra. ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 325-328.

GUERRA PÉREZ, Walter, "Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas", RUDP, 2/1996, pp. 295-304.

—. "Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica", Anales del Foro, pp. 173-181.

GURRIERI, Fernando, "Cargas probatorias dinámicas", Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 1999, pp. 113-126.

I.U.D.P., "Conclusiones aprobadas en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", RUDP, 1/1999, pp. 163-167.

KLETT, Selva y PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso", RUDP, 1/1997, pp. 49-95.

KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, "Principios de la prueba en el sistema procesal", RUDP, 1/2000, pp. 71-107.

LANDONI, Ángel, "Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba", RUDP, 1/1997, pp. 97-113.

LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A, B de f, Mdeo., 2003, pp. 364-381.

LUISO, Francesco P., Diritto Processuale Civile, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 256-262.

MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-202.

MARABOTTO, Jorge, "Prueba - Generalidades. Declaración de parte - Prueba testimonial", en Curso sobre el C.G.P., t. I., 1ª ed., reimp., FCU, Mdeo., 1991, pp. 129-159.

MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEJA, Bs. As., 1961.

—. Curso de Derecho Procesal Civil, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEJA, Bs. As., 1970, pp. 96-101.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, Derecho jurisdiccional, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 262-267.

MORELLO, Augusto M., La prueba. Tendencias modernas, Librería Ed. Platense, Bs. As.-La Plata, 1991.

MORETTI, Raúl, "Apuntes sobre la tutela convencional y especialmente sobre el pacto de inversión de la carga de la prueba", RDJA, t. 36, 1938, pp. 80-89.

MORTARA, Lodovico, Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, vol. III, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, pp. 539-559.

PALACIO, Lino, Manual de derecho procesal civil, 18ª ed. actualizada, reimp., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004, pp. 398-402.

—. Derecho Procesal Civil, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 286-297.

PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 1ª ed., Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1986.

PEREIRA CAMPOS, Santiago, "El deber de colaboración en la práctica de medidas probatorias", RUDP, 4/2000, pp. 511-523.

—. "Los sistemas de valoración de la prueba", RUDP, 1/2003, pp. 79-98.

PEYRANO, Jorge W., "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba", RUDP, 2/1992, pp. 239-241.

PICÓ I JUNOY, Joan, El derecho a la prueba en el proceso civil, Bosch Editor SA., Barcelona, 1996.

PRIETO CASTRO, Leonardo, Exposición del Derecho Procesal Civil de España, t. I, 2ª reimp., Librería General, Zaragoza, 1944, pp. 301-306.

PRÜTTING, Hans, "Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio", Revista lus et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 453-464.

QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., "El derecho a la prueba como garantía constitucional", en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Buenos Aires, 2007, [www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal](http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal).

—. "Carga de la prueba", en La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 157-171.

REYES OEHNINGER, Alberto, "La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley", RUDP, 3/2007, pp. 591-606.

RICCA BARBERIS, Mario, "La carga de la prueba", RDJA, t. 36, 1938, pp. 99-103.

ROCCO, Ugo, Corso di teoria e pratica del processo civile, vol. I, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1951, pp. 451-453.

ROSENBERG, Leo, Tratado de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1955, pp. 221-229.

—. La carga de la prueba, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1956.

ROSSI, Rosina, "Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso", en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 11-28 y 48-49.

SENTÍS MELENDO, Santiago, Estudios de Derecho Procesal, t. I, EJEA, Bs. As., 1967, pp. 173, 205, 445-453, 592-594, 612-613 y 617.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, Estudios de Derecho Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 364-365.

STIPANICIC, Emma y VALENTIN, Gabriel, "La carga de la prueba en el proceso laboral", en Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart, FCU, Mdeo, 1999, pp. 477-504.

—. Proceso laboral, 2da. ed., Del Foro S.R.L., Mdeo., 2000, esp. pp. 123-156.

TARIGO, Enrique, Lecciones de Derecho Procesal Civil, t. II, 2ª ed., Mdeo., 1998, pp. 18-19.

TARUFFO, Michele, "Note per una riforma del diritto delle prove", en Rivista de Diritto Processuale, 2ª serie, anno XLI, N° 2-3, aprile-settembre, 1986.

—. La prueba, 1ª ed., trad. por Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRE BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid, 2008.

—. La prueba de los hechos, 3ª ed., trad. por Jordi FERRER BELTRÁN, Ed. Trotta SA, Madrid, 2009.

TERRASA, Eduardo, "Cargas probatorias dinámicas", en Activismo y garantismo procesal, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 95-110.

VALENTIN, Gabriel, "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", en La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742.

—. "Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas", RUDP, 3-4/2008, pp. 351-366.

—. "El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba", Revista del Derecho del Trabajo, año II, N° 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 173-201.

VAN ROMPAEY, Leslie, "La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo", LJU, t. 111, 1995, Sec. Doctrina, pp. 447-453.

VARGAS, Abraham Luis, "Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos", en Activismo y garantismo procesal, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 79-94.

VERDE, Giovanni, L'onere della prova nel processo civile, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1974.

—. Diritto processuale civile, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.

VÉSCOVI, Enrique, "La carga de la prueba", en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-274.

—. "El estado del proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española", RUDP, 3/1999, pág. 423.

VÉSCOVI, Enrique et. al, Código General del Proceso", Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, t. 4, pp. 23-325.

VIERA, Luis A., "La prueba", en el Curso de Derecho Procesal, t. II, FCU, 1987, obra colectiva del I.U.D.P., pp. 89-96.

VV.AA., "Conclusiones del XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal", Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 1993, RUDP, 1/1993, esp. pág. 234.

VV.AA., Cargas probatorias dinámicas, bajo la dirección de Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004.

# **“LA IDEOLOGIA DE GÉNERO Y EL DERECHO AL CAMBIO DE SEXO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ”**

ANIBAL QUIROGA LEÓN (□)

Lima, Enero de 2017

## **INTRODUCCIÓN**

La democracia representativa supone como premisa esencial la primacía de la voluntad de las mayorías sobre las minorías, ya que es un proceso cuantitativo que tiene una traducción política cualitativa. Pero eso no significa en modo alguno que la mayoría esté autorizada a aplastar o desaparecer a la minoría, ya que eso, pudiendo ser legal, no resulta ni legítimo ni democrático. Es, más bien, antidemocrático. Ahí están las experiencias numéricamente mayoritarias del nazismo, del fascismo o del comunismo que, so pretexto del bien de una mayoría, intentaron desaparecer a las minorías de sus sociedades, con las consecuencias que todos conocemos.

Y es que mayoría y minoría forman parte de un todo democrático. La exclusión de cualquiera de ellos (la minoría se impone sobre la mayoría o la mayoría aplasta a la minoría) excluye al resultado de un verdadero valor democrático. Pedro de Vega enseñaba que la verdadera democracia no es aquella donde todo piensen y sientan de igual manera, monocorde; sino aquella sociedad en que el conjunto de gentes puedan pensar y sentir diferentes y sin embargo compartir un espacio y una sociedad de modo igualitario sobre la base de un común denominador y de valores e ideales mínimos de respeto por todos.

El TC del Perú (TC) acaba de sentenciar un importante caso, dejando de lado una posición doctrinaria anterior (que no era precedente vinculante) ha determinado que una persona (nacida biológicamente como hombre o mujer) tiene derecho a solicitar al Estado el reconocimiento del cambio de sexo, y que ese nuevo género sea ingresado a su ficha en el RENIEC a fin de que la sociedad, el Estado y el sistema legal le reconozca y de trato con el nuevo género voluntariamente escogido.

## **I. SENTENCIA DEL TC DEL PERÚ QUE RECONOCE EL CAMBIO DE SEXO DE LAS PERSONAS**

El TC se encuentra definido en el texto de la Constitución como el Órgano de Control de la misma ( ). Esto significa que la Constitución peruana de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V De las Garantías Constitucionales ha optado

de manera clara y meridiana por el denominado control ad-hoc de la constitucionalidad, también conocido como el modelo europeo o de justicia constitucional concentrada ( ), con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances. Su ley orgánica le adiciona, además, ser el supremo intérprete e integrador de los postulados constitucionales.

Siendo el TC el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos prerrogativas esenciales que son implícitas al poder del control: i) la interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, ii) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás Órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación

Corresponde al TC, dentro de esta misma premisa de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional erga omnes con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

La función de control directo que la Constitución ha asignado al TC se halla definida en tres facultades o potestades específicas a saber: i) La determinación en instancia única que una Ley debe ser derogada erga omnes por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo; ii) La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los órganos constitucionales, según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución; y, iii) La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al demandante en sede judicial y por la vía del Recurso de Agravio Constitucional en la llamada jurisdicción negativa de la libertad.

En el ejercicio de esta última facultad es que se expide la Sentencia que es materia de análisis, en tanto el demandante interpone Recurso de Agravio Constitucional (RAC), que es el medio impugnativo contra las sentencias expedidas en segunda instancia en el Poder Judicial, que posibilita a las personas a acudir al TC como última instancia para obtener el restablecimiento de sus derechos constitucionales vulnerados o amenazados.

El RAC es el medio de impugnación constitucional mediante el cual la Constitución establece que el TC conozca, de modo excepcional, en última y definitiva

instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en lo que se ha denominado por la doctrina nacional la jurisdicción negativa de la libertad. Lo que quiere decir –recuerda Bernales– ( ) que interpuesto el respectivo recurso impugnatorio, tomará conocimiento y ejercerá jurisdicción sobre el fondo y forma del asunto, emitiendo la última resolución que pasará, así, en calidad de cosa juzgada.

Del voto en mayoría.-

El RAC interpuesto por el demandante, quien se identifica con nombre femenino, fue contra la resolución expedida por la Sala colegiada de segunda instancia del Poder Judicial, que revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que había declarado fundada la pretensión de cambio de nombre y, reformándola, la declaró improcedente.

La demanda de amparo constitucional fue interpuesta contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y contra el Ministerio Público (MP), solicitándose el cambio de su nombre y sexo en sus documentos de identificación sosteniendo que, desde su infancia, pese a haber nacido biológicamente con el sexto masculino (tal como fue identificada desde su nacimiento) siempre se ha identificado como mujer, por lo que la imposibilidad de efectuar dichas modificaciones en los registros afecta los derechos a su libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la salud.

El demandante alegó que toda su vida se ha identificado como una mujer, lo que ha derivado una vida marcada por la discriminación y abusado por sus compañeros de clase y sus propios padres quienes lo maltrataban física y psicológicamente para forzarle el común comportamiento varón. Terminado el colegio optó por adoptar una fisonomía más femenina, se sometió a una cirugía de cambio de sexo en España, que implicaba ingesta de hormonas, implante de siliconas y vaginoplastía acompañado de un tratamiento psicológico como soporte emocional. Sin embargo, los actos discriminatorios no cesarían.

El Juez de primera instancia declaró fundada la demanda al considerar que se ha vulnerado los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, debido a que el nombre y sexo que se registran en los documentos de identificación tienen una relación directa con la identidad de las personas y, por tanto, pueden variar. Agregando que el sexo constituye una unidad biopsicosocial, por lo que es la persona quien decide libre y voluntariamente a que sexo pertenecer. Asimismo, dejó sentado que el Estado debe permitir el cambio de sexo y de nombre, como una medida amplia y razonable, la cual se sustenta en el derecho a la identidad personal y en el respecto a su dignidad.

El RENIEC apeló aduciendo, en cuanto a la forma, que el cambio de prenombre y sexo pudo haber sido reclamado en otra vía igualmente satisfactoria. En cuanto al fondo sostiene que el TC cuenta con doctrina en la que precisa que no es viable solicitar el cambio de sexo de conformidad con la legislación nacional.

Este antecedente a que hace referencia el RENIEC es la STC 0139-2013-PA/TC que estableció, como doctrina jurisprudencial, que el sexo era un elemento inmutable y que, consecuentemente, no era viable solicitar su modificación en los documentos de identidad. Esto, se asoció además con la idea que cualquier alteración de la identidad en función de este criterio debía ser entendido como un “trastorno” o una “patología”, con lo cual existía una elevada probabilidad de desestimar los pedidos vinculados al cambio de sexo

El TC ha decidido en este caso reanalizar nuevamente los alcances del derecho a la identidad personal llegando a considerar que su propio antecedente suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos en el Poder Judicial asumiendo que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica; sin embargo, las actuales evidencias científicas aclaran que ello no es así.

Por ejemplo, la American Psychological Association (APA), entidad de prestigio mundial, sostiene que este enfoque se encuentra superado la tipificación como enfermedad o trastorno, derrotero seguido por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Así el Grupo de Trabajo sobre la Clasificación de Trastornos Sexuales y Salud Sexual de la misma OMS apunta a abandonar el modelo psicopatológico del transgenerismo para clasificarlo como uno de disforia de género, excluyéndola expresamente de ser una patología ( ).

De esta manera se abandona la idea que para el Derecho el sexo viene a hacer biológico, femenino o masculino según sea cromosoma XX (femenino) y XY (masculino), por tanto, se afirma que el sexo es una realidad extrajurídica y puramente biológica que debe ser respetada por fundarse en la “naturaleza de las cosas” (Art. 103 de la Constitución), convirtiéndose en indisponible para el individuo. Considerando como “excepción” los casos en que exista un desajuste biológico, como los casos de intersexualidad o hermafroditismo. Es decir, el cambio de sexo en el registro se puede justificar si se alega error en la apreciación del sexo al momento de la inscripción y se aportan las correspondientes pruebas médicas que demuestren que ha habido en el registro un error de redacción, apreciación equivocada del sexo aparente y genital o errores biológicos que el individuo registrado no haya causado voluntariamente (fundamento 9).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencias emitidas en los casos Karen Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias Van Kuck vs. Alemania y Goodwin vs. Reino Unido); y a nivel de organismos internacionales, la Organización de Naciones Unidas (Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. A/HRC/29/23. Publicado el 4 de mayo de 2015). Estas entidades han coincidido que el género encuentra un espacio particular de protección en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha obedecido a su estrecha vinculación con el derecho a la vida privada y al principio de igualdad y no discriminación.

Entonces, el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, mas no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, el TC consideró dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial desarrollado hace algunos años.

El TC advierte que existe una fuerte tendencia de reconocer que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como “hombre” o “mujer” es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad.

El TC con esta sentencia ha dejado claro que las personas transexuales pueden realizar esta clase de pedidos en la vía judicial ordinaria, existiendo entonces una vía judicial igualmente satisfactoria en la que la parte recurrente puede hacer valer el derecho que ahora invoca.

De los fundamentos adicionales de voto de dos de los Magistrados Ledesma y Espinoza.-

Agregando al razonamiento en mayoría, dos de los Magistrados decidieron expedir sus respectivos votos de fundamento adicionales complementando la motivación del mismo según sus perspectivas.

Así, la Magistrada Ledesma, considera que en mérito a una interpretación dinámica, progresiva y evolutiva de las disposiciones constitucionales, en el momento actual, se debe permitir afrontar el problema sobre la interpretación de determinadas

cláusulas constitucionales. Así, “todo cambio de los derechos fundamentales debe ubicarse dentro de una tendencia evolutiva orientada a fortalecer, ampliar y mejorar la esfera de autodeterminación y desarrollo en sociedad del individuo. Este principio implica que los derechos fundamentales únicamente pueden reformarse para mejorar su situación preexistente” (STC 00050-2004-AI y acumulados, FJ 37).

Desarrolla su fundamento en la obligación estatal de protección de las minorías, que en el presente caso se ve representada por las personas trans. El TC ha sostenido que “la democracia implica consenso de las mayorías con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional sino se encuentra plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, “contramayoritarias”. Sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático”.

Una de las ideas que subyace tras esta afirmación se relaciona con la posibilidad de que los grupos históricamente vulnerables puedan obtener también la adecuada tutela de sus derechos, situación que ha sido siempre variando con el mismo transcurrir de las sociedades y los tiempos. El Derecho no puede ignorar que, desde la medicina, surgen propuestas como la “teoría del sexo psicosocial” según la cual la subjetividad del sexo tiene un mismo rango científico que los datos biológicos y que, en todo caso, si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y con el asignado legalmente entonces debería prevalecer el sexo psicológico.

Una concepción estática del sexo se opone además a la consideración de la persona como dotada de autonomía y dignidad, miembro de una comunidad de seres libres que es titular de facultades consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, contenido este último del derecho fundamental al libre desarrollo a la personalidad ( ).

Ahora bien, la comprensión o interpretación del programa normativo de las libertades y derechos fundamentales que la Constitución reconoce (expresa o implícitamente) debe efectuarse conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, a la luz de los instrumentos internacionales sobre la materia que el Perú haya ratificado y la jurisprudencia de los tribunales internacionales autorizados para interpretarlos (Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), es posible concluir que la orientación sexual y la identidad de género son expresiones de la diversidad de la naturaleza humana que merecen protección constitucional.

Por lo tanto concluye que el Estado debe emprender a este respecto, tanto en virtud de los principios constitucionales como en razón de las obligaciones internacionales provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución como del Art. V del Código Procesal Constitucional, deben procurar el diseño e implementación de políticas que viabilicen el reconocimiento, la redistribución (a favor de) y la participación de estos colectivos en la vida de la sociedad peruana, en el marco de la promoción del bienestar general y del desarrollo integral y equilibrado de la Nación, como dispone el Art. 44° de la Constitución.

Por su parte, el Magistrado Espinosa inicia su discurso señalando que existe consenso en señalar que el derecho a la identidad es, de un lado, el derecho a ser quien se es, a la propia biografía; y de otro, el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es: el derecho a una proyección y al reconocimiento de autoconstrucción personal, la cual, por lo mismo, no puede ser impuesta por nadie. Intentar imponer una identidad a alguien implica en los hechos negar a ese alguien y a la vida que quiere vivir y disfrutar.

Hoy para alcanzar su reconocimiento jurídico, ser considerada una persona transexual involucra ser descartado encontrarse dentro de una patología psiquiátrica, o anomalías cromosómicas u hormonales (propias más bien de estados intersexuales). La transexualidad no es una enfermedad (en rigor, nunca lo fue ni debió ser entendida así).

Si de respetar la identidad de género de alguien se trata, el reconocimiento de la identidad trans de alguien no debería implicar exigir previamente haber pasado por pruebas de adecuación (intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales de adecuación sexual), importa más bien reconocerse como se es, y que los demás puedan reconocerle tal como quiere ser, antes que una situación biológica o el resultado de una operación quirúrgica.

Resalta asimismo que, más que encontrarnos con un tema de tutela del discriminado, estamos ante un caso de afirmar los alcances del derecho a la identidad. Trae a colación el párrafo 19 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Orientación sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes". Allí se invoca el término trans para describir una manifestación de la identidad de género, la cual se da cuando no hay conformidad entre el sexo biológico que inicialmente le fue asignado a una persona y su actual identidad de género. Esta es también la postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala vs. Chile del 2012 y Duque vs. Colombia o en el reciente Flor Freire contra Ecuador, donde se considera la identidad de género y a la orientación sexual como categorías o aspectos protegidos por la Convención Americana.

Propone que en una dinámica tuitiva de derechos, bien pudieran ser entendidas en sede administrativa como sucede en Argentina y Bolivia; sin embargo, esta competencia no ha sido explícitamente habilitada a entidad administrativa alguna en el Perú, y resulta por lo menos discutible habilitar esa competencia administrativa a través de una sentencia del TC.

Sostiene de manera enfática que la doctrina jurisprudencial destinada a apuntalar una indisponibilidad del sexo (STC 139-2013-PA/TC), partiendo en este caso de la idea de que el sexo solamente es un elemento biológico del ser humano, y despojando así a las personas trans de su derecho a que modifique un dato identificatorio que viola su identidad, no es afortunadamente un dogma irrefutable. Coincide en dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la STC 139-2013-PA/TC.

De los votos singulares de los magistrados Urviola, Blume y Sardón pronunciándose en el sentido que debe declararse improcedente la demanda en todos sus extremos y mantenerse la sólida doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia 0139-2013-PA/TC.-

Los votos singulares opuestos a la mayoría en la sentencia del TC carecen de eficacia jurídica dado que no vincula jurídicamente a las partes, pero sí forman parte del mismo fallo y sí ostentan un valor jurídico de considerable relevancia en el marco del Estado Constitucional para explicar el sentido final del fallo mismo, a la par de contribuir a una actividad pedagógica. Expresan, al mismo tiempo, el sentido de la mayoría y la minoría en una actividad democrática, como el proceso de sentencia en el TC. . Funciona como un disentimiento que evalúa las razones expresadas por la posición mayoritaria. Un voto singular no está dirigido solamente a los colegas jueces, sino también a la opinión pública ( ).

En ejercicio de esta facultad tres de los siete Magistrados expresaron su claro rechazo a la posición mayoritaria considerando que la demanda de amparo que motivó debió ser declarada improcedente en todos sus extremos, por considerar que la intención del TC en la STC 139-2013-PA/TC en ningún momento fue considerar a la transexualidad sea una patología, toda vez que a la fecha la OMS es quien así lo define, independientemente de las especulaciones que formulan los votantes en mayoría sobre la actividad futura de la OMS sobre el particular.

Sostienen que la mayoría ha interpretado que el sexo psíquico debe prevalecer legalmente sobre el sexo biológico, sin tener en cuenta que no existe norma internacional ni nacional alguna de la que se desprenda tan singular conclusión, la que, en todo caso, correspondería determinar al Congreso de la República, por tratarse de una competencia del mismo, no del TC. Y el pronunciamiento del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos que respaldaría su posición se trataría de una traducción mal empleada, resultando que lo que se dice por dicho Tribunal no corresponde a lo que éste realmente ha sostenido. Enfatizando que no existe regulación a nivel internacional ni nacional que obligue al Estado peruano a que, en nombre del supuesto “derecho a la identidad de género”, se cambie el sexo en el registro civil.

De lo que se trataría pues es de apreciaciones erradas sobre las formulaciones de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia No 0139-2013-PA/TC, en tanto, los Informes médicos emitidos que obraban en el Exp. judicial, en ningún caso refieren el demandante sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico. Así el cirujano plástico reconstructivo y estético no dejó constancia que la paciente sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico.

Es a partir de estas pruebas que el TC determinó que no se trataba de un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que, por tanto, éste deba ser rectificado. Es una persona de constitución sexual masculina en la cual no existen características físicas o funcionales de los dos sexos que permitan clasificarla como intersexual y necesitaba del discernimiento del sexo predominante, sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal. Se trataba pues, de “una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico” (STC 139-2013-PA/TC, fundamento 12).

Por lo tanto, los médicos al hablar de diagnóstico hicieron referencia a una enfermedad que denominaban “transexualismo”. El TC no es un organismo especializado en tema médicos, recurre a la información científica para entender que es la sexualidad y la opinión autorizada respecto de la OMS que clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad.

Concluyen de manera categórica que el sexo como elemento de identidad es el que corresponde al biológico y que éste no puede ser modificado (salvo excepciones), por lo que la sentencia en mayoría no da ningún argumento jurídico que permita que, a pedido de parte, se cambie el sexo biológico como dato objetivo de la identidad de una persona, para reemplazarlo por el sexo al que la persona se “siente” pertenecer. Sin explicar por qué, simplemente dice que “la realidad biológica no debe ser lo único determinante para la asignación del sexo”. Y llega a afirmar: el sexo es “una construcción socio cultural”.

Un extremo interesante que plantea este voto singular es el análisis, conforme al principio de previsión de consecuencias, podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares. Asimismo, existen otros efectos que no toma en cuenta la sentencia del TC, tales como:

i) Una persona que legamente ha cambiado de sexo podría contraer matrimonio civil. De esta forma, se estaría introduciendo el matrimonio entre personas del mismo sexo (algo que corresponde al legislador), pues aun cuando legalistamente se trate de un matrimonio heterosexual, biológicamente será un matrimonio homosexual. Negar el matrimonio en estos casos podría entenderse como una discriminación.

ii) Habría que determinar la edad mínima para solicitar el cambio de sexo en el registro civil. Es decir, si es a partir de los 18 años o una mayor de edad; o si los padres podrían solicitarlo en representación de sus hijos menores.

iii) Habría que definir si para el cambio registral de sexo será necesaria la previa cirugía transexual.

iv) Habría que precisar si se requieren pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno sexual y el número de estos dictámenes.

v) Habría que indicar si se exigirá un periodo mínimo de tratamiento médico para acomodar las características físicas del transexual a las del sexo reclamado, o un tiempo mínimo de vivir según el sexo deseado antes del cambio de sexo en el registro civil.

vi) Sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa (ex nunc) o desde el nacimiento del transexual (ex tunc); es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa.

vii) Tendría que tenerse una respuesta a los casos en que el transexual estando casado requiere la intervención del cónyuge y si el cambio de sexo en el registro acarrearía la disolución del matrimonio y la relación materno- filial y paterno –filial.

La referencia en la sentencia al caso ante la Corte IDH Karen Atala vs. Chile y Duque vs. Colombia, en los cuales se precisó que la idea de la “identidad de género” encuentra cobijo en el Art. 1.1. de la Convención Americana, no obstante no existe regulación a nivel internacional que obligue al Estado peruano a que, en nombre del supuesto “derecho a la identidad de género”, se cambie el sexo en el registro civil. Además estos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no fueron personas que reclamaban el cambio de sexo en los registros civiles de sus Estados.

El recurrente en ningún momento aduce ser cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El reclamante sustenta el reclamo de cambio de sexo registral en razones exclusivamente de orden psicológico,

al señalar: “desde el punto de vista psicológico, social y cultural, me siento parte de este género (femenino)”, por lo que consideran que la demanda debió ser declarada improcedente.

De la posición de la Defensoría de Pueblo: Informe Defensorial “Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú”.-

Conforme a la Constitución peruana la Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo, constituido con la finalidad de defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos de la ciudadanía. En el ejercicio de estas facultades y en atención a la situación de muchas personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) en el Perú, que demuestra la necesidad de contar con una política pública que atienda la grave situación que impide ejercer sus derechos fundamentales en condiciones de igual y discriminación es que ha expedido el Informe Defensorial “Derechos humanos de las personas LGBTI: Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú” tratando esta problemática.

Según la Defensoría del Pueblo las personas LGBTI afrontan una serie de problemas en el ejercicio de sus derechos a causa de los prejuicios, estereotipos y estigmas sobre su orientación sexual e identidad de género. La primera, entendida como la capacidad de la persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones sexuales con estas personas y, la segunda, referida a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona lo siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento.

Esta situación lo convierte en grupo especialmente vulnerable y proclive a sufrir atentados contra su vida e integridad, discriminación, exclusión y negación de derechos no solo por las autoridades o terceras personas sino también por su propia familia y entorno más cercano. Abusos que se sustentan en prejuicios, estereotipos y estigmas en torno a su orientación sexual e identidad de género.

Respecto al caso de los trans en el ejercicio de su derecho a la identidad, sea por estar indocumentados o porque no exista correspondencia entre el sexo y nombre asignado que aparece en el DNI, y resaltan su incorporación al “Plan Nacional Perú contra la indocumentación 2011-2015”. Este plan considera a las personas transgénero como un grupo de atención prioritario, al señalar que la problemática de indocumentación en el Perú está relacionado –entre otros motivos- con la exclusión y la

discriminación que los afecta. Se reconoce que “el problema se agudiza al gestionar sus documentos de identidad, por cuanto no se les permite presentar una fotografía con la imagen que habitualmente ostenta, ni firmar con el nombre que socialmente emplean, constrañéndolas a presentar la documentación en función de su identidad legal, razón por la cual muchas de estas personas optan por no tramitar su DNI, permaneciendo en situación de indocumentadas”.

En abril de 2016 se conformó un Grupo de Trabajo para la documentación de las personas transgénero, presidido por la Gerencia de Restitución de la Identidad y Apoyo Social (GRIAS) del RENIEC. El plan de acción de este grupo contempla la elaboración de una propuesta normativa que facilite a la población trans realizar el cambio de sexo de manera administrativa, así como un protocolo de atención a las personas trans en las diferentes instancias del sistema de identificación a cargo del RENIEC.

Explica que los seres humanos pueden ir construyendo su identidad personal a partir de su sexualidad, ésta es considerada como un aspecto trascendental en la configuración de la identidad de las personas y por ello es su derecho poder ir construyendo su identidad sexual a partir de sus convicciones y sentimientos. La identidad sexual tiene tres componentes: i) la identidad de género, ii) el rol de género y iii) la orientación sexual:

i) La identidad de género.- que es la convicción íntima y profunda que tiene cada persona de pertenecer a uno u otro sexo, más allá de sus características cromosómicas y somáticas;

ii) El rol de género.- referida a la expresión de masculinidad o feminidad de un individuo, acorde con las reglas establecidas por la sociedad y;

iii) La orientación sexual, vinculada a las preferencias sexuales en la elección del vínculo sexo-erótico. ( )

Por su parte los Principios de Yogyakarta ( ) recomiendan a los Estados adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona –incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos- reflejen la identidad de género que la persona define por y para sí. ( )

Se advierte que también que los estados siguen considerando al sexo como un elemento estático de la identidad de las personas que, no puede ser cambiado. Esta concepción estática de la identidad responde a una definición clásica, la cual ha sido superada ampliamente en los últimos años, pues existe doctrina que señala que el sexo está conformado no solo por elementos biológicos o cromosómicos sino también por

elementos psicológicos, sociales, culturales, entre otros. De ahí que el propio Fernández Sessarego haya reconocido, con posterioridad, que los elementos del sexo no son estables, por lo que debería descartarse una concepción estática de la sexualidad ( )

Por eso concluye que para la tutela y el ejercicio pleno del derecho a la identidad de las personas trans no basta con la inscripción del sexo asignado al nacer en los registros civiles, pues este puede variar en función de la vivencia y sentir de cada uno. Se requiere de una protección real que tutele esta nueva concepción de la identidad, la misma que no debe estar ligada necesariamente a su genitalidad (subrayado agregado).

El impedir el cambio de nombre y sexo en el registro civil de nacimiento y en el documento nacional de identidad es una afectación a la identidad de las personas trans, en consecuencia se les excluye a una serie de servicios, además de vulnerarse su derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de identidad de género.

Estas vulneraciones afectan directamente a la dignidad humana como valor intrínseco, principio central del ordenamiento constitucional peruano y base de todo el marco normativo internacional de protección de la persona humana. Este marco genera obligaciones para el Estado peruano que debe respetar, garantizar y satisfacer el derecho a la identidad de las personas trans, dado que son un colectivo vulnerable expuesto a la violencia, al asesinato y a la negación de sus derechos.

Por ello el cambio de nombre y/o sexo de las personas trans debe ser considerado como una manifestación del derecho humano a la identidad que genera obligaciones que todo Estado debe cumplir. El cambio de nombre y/o sexo forma parte del derecho a la identidad y como tal debe ser facilitado por los registros civiles, e incorporado en los documentos que identifican a las personas.

En el ordenamiento jurídico peruano las principales garantías del derecho a la identidad son la inscripción en los registros civiles y el acceso al DNI. De ahí que las solicitudes de cambio de nombre y/o sexo de las personas LGBTI deban orientarse a que este cambio se formalice en estos registros y, como consecuencia, en los documentos de identidad (el DNI y el pasaporte).

El ordenamiento jurídico peruano protege a la identidad en sus diversas manifestaciones (nombre, inscripción de nacimientos, entre otros), tanto a nivel constitucional como legal. Pese a ello, se requiere mejorar el ámbito de protección del derecho a la identidad de género con el fin de atender la realidad de las personas trans que requieren especial protección al ser un grupo vulnerable.

El derecho a la identidad está reconocido como un derecho fundamental en virtud del Inc. 1 del Art. 2º de la Constitución Política, que establece que "toda persona tiene

derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y, a su libre desarrollo y bienestar”. Dado que este reconocimiento es indeterminado, su especificación debe ser desarrollada mediante una norma legal o través de jurisprudencia.

## **II. A MANERA DE CONCLUSIÓN.-**

Como se puede apreciar hay tres posiciones frente al llamado “derecho de género”. En la primera la determinación es absoluta: la biológica. Se nace cromosómica y genéticamente como hombre o mujer (XX o XY) y eso lo determina la biología y la naturaleza, y eso no se puede alterar. O se es hombre o se es mujer, y eso además se demuestra con la existencia de los genitales que corresponden a uno u otro género. Por lo tanto, resulta antinatural –por la razón que fuera- que a lo largo de su vida esa determinación natural no puede ser alterada por la mano humana ni por las leyes del Estado. En la segunda posición, al extremo opuesto, el derecho del género explica que la determinación del sexo ya no es una marca genética, ni biológica, sino una “adquisición cultural”. Si bien las personas nacen en principio como hombre o como mujeres, será en entorno social, cultural, familiar y el medio ambiente el que determine finalmente el género que se quiera adoptar. Por lo tanto, el sexo sería una “determinación social y cultural” perteneciente a la esfera de la intimidad de cada persona, por lo que independientemente del sello biológico con el que se nazca, una persona a lo largo de su vida puede desarrollar la conducta, forma y maneras del otro sexo, y tienen derecho a que ello se reconozca, admitido y protegido por el Estado.

En la posición intermedia es donde la Sentencia (en mayoría) del TC se asienta. En esta posición ecléctica se determina que las personas nacemos con un sexo determinado por la biología humana, y por una carga cromosómica. Y eso es definitivo. Pero, también reconoce que algunas de estas personas van a desarrollar un comportamiento correspondiente al género opuesto. Y eso que antes se consideraba como una patología, y se deja fuera del reconocimiento estatal, ahora (reproduciendo nuevos conceptos de la Organización Mundial y de la American Psychological Association (APA)), y tomando como base precedentes de la Comisión Interamericana de DDHH, de la Corte Interamericana de DDHH, del Tribunal Europeo de DDHH y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los DDHH, se descarta la concepción patológica en el cambio de sexo, adoptándose aquella que determina que es una “disforia de género”, anteriormente llamada trastorno en la identidad sexual, lo que constituye un diagnóstico psiquiátrico asignado a las personas que sienten una discordancia significativa o distrés entre el sexo asignado al nacer, con el que no se identifican ni

sienten como propio, y la identidad de género adoptada voluntariamente en su vida consciente.

Esto es lo que ha reconocido como nueva posición doctrinaria el TC, dejando de lado sentencias anteriores en que negaban esta posibilidad. Pero, el TC se ha lavado las manos y ha determinado, en posición mayoritaria, que ese no es un derecho que haya que pedir al TC, ni que la vía del amparo constitucional sea la idónea para ello, sino que ha indicado que ese derecho a la determinación de un género diferente al determinado en el nacimiento hay que solicitárselo al juez del poder judicial, como cuando se hace una rectificación de partida o cambio de nombres.

Sin duda alguna es un cambio y un avance que el TC, en mayoría, ha reconocido. También es verdad que la nueva composición del TC ha facilitado ello, donde visiblemente dos de sus actuales integrantes comulgan evidentemente con estas ideas, haciendo inclusive su defensa pública. La comunidad LGTBI constituye una minoría (y no dejará de serlo) cualitativamente significativa como para carecer de reconocimiento del Estado o como para que sus integrantes no vean satisfechos de modo pleno el respeto y disfrute de sus derechos fundamentales.

Dentro de este análisis, es fácil encontrar fundamentos y lugares comunes en la justificación a la esclavitud o para negar la igualdad de razas o para negar el sufragio a las mujeres o a los analfabetos o a los militares y policías. Todas estas discriminaciones históricamente superadas han tenido, y tienen, un común denominador: El miedo atávico del ser humano a lo desconocido. El avance social en la comunidad de ideas es imparable en el desarrollo de la humanidad y en la consolidación de un verdadero ideal de democracia y del Estado social de derecho.

**SEÇÃO II**  
**DOCTRINA NACIONAL**  
*NATIONAL DOCTRINE*

## MINORITY REPORT E AS 'NOVAS LEIS' PENAIS: LIMITES PARA A PREVENÇÃO DA PREVENÇÃO

Alexandre Rocha Almeida de Moraes  
Guilherme Gonçalves Alcântara

**RESUMO:** Em um futuro não muito distante, Washington D.C. não testemunha mais homicídios dolosos em virtude da atuação da divisão policial do pré-crime, cuja tecnologia permite a identificação dos assassinos antes dos assassinatos. No contexto de uma sociedade de risco e insegura, diante das novas formas de criminalidade resta analisar, criticamente, até que ponto a política criminal e legislativa podem atuar forma preventiva de modo avaliar se a ficção caminha para se tornar realidade.

**Palavras-chave:** Predições. Criminalização em estágio prévio. Excessiva antecipação da tutela penal. Direito Penal do risco.

### 1 INTRODUÇÃO

O direito é um produto cultural da humanidade.

É um raio-x da ética social e, diferentemente da possibilidade limitada de disciplina da vida em sociedade com a autonomia típica da moral, a heteronomia do direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas quando as demais instâncias de disciplina da vida coletiva não se revelam suficientes.

Para proteção, através da disciplina jurídica e, em especial, do mais drástico ramo do direito – o direito penal – os principais bens da vida ganham adjetivação jurídica, com respaldo da Constituição e da norma infraconstitucional, revelando aquilo que Binding chamou de bem jurídico-penal.

É preciso, contudo, ressaltar, que antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades.

Em outras palavras, são os fatos no tecido social que consolidam valores que, necessitando da coercibilidade do direito, são alçados à categoria de bens a serem protegidos pela norma jurídica.

“Do que significaria concluir que a norma (penal) não cria valores, senão que, alinhada à metodologia de controle social – por intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos –, os absorve, por meio de sua positivação, como forma de protegê-los”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2 ed., 2005, p. 68.

Portanto, o fato social que se mostra contrário à norma de direito forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, que atenta contra os bens mais importantes da vida social.

Firmadas tais premissas, para se compreender qual o rumo da dogmática penal contemporânea é preciso compreender porque o discurso acadêmico e doutrinário de fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima do direito penal estão tão distantes da prática legislativa.

O direito penal pós-moderno, no caso brasileiro, ao contrário de ser *ultima ratio* e, representar, ao lado da Constituição a Magna Carta de limitação do direito de punir estatal, cada vez mais se mostra a *sola ratio*.

Com feição de Magna Charta da vítima<sup>2</sup>, é preciso registrar que foram formatados desde 1988 mais de 700 novos tipos penais entre figuras simples, privilegiadas ou qualificadas o que, consigne-se, não tem nada de subsidiário.

Em síntese, o aumento na moldura penal, a criminalização territorialmente extensa, a adoção de bens jurídicos “universais” (supraindividuais, vagos, genéricos) e, em especial, a adoção indiscriminada do prevenicionismo (prestigiando a segurança coletiva com a antecipação excessiva da tutela penal), representam novos paradigmas de uma política criminal e de uma sociedade que não mais se coadunam com os modelos pensados desde a revolução iluminista.

Será possível frear esse movimento ou ele representa a consequência natural do tempo que se vive? A excessiva antecipação da proteção penal poderia chegar ao ponto, com o auxílio da neurociência, da biotecnologia, dos dados estruturados e algoritmos a fornecer predições que permitam punir até mesmo o pensamento, o desejo ou a mera intenção? Será possível, nesse diapasão, o cinema encontrar a realidade tal qual filmado em *Minority Report*?<sup>3</sup>

Para enfrentar tais dilemas, é crucial avaliar os novos paradigmas da sociedade no contexto de modernidade líquida e enxergar os novos quadrantes do que se denomina “direito penal da era do risco” que vem, inexoravelmente, atuando com paradigmas bem distantes da concepção de garantismo pensada pelos iluministas e pelo que se denominou “direito penal clássico de inspiração iluminista”.

Em síntese, é preciso compreender o modelo de dogmática penal do Estado Social e Democrático de Direito.

---

2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha, 2002, p. 51.

3 **Minority Report** é um filme de ficção científica lançado em 2002 estrelado por Tom Cruise e dirigido por Steven Spielberg. O roteiro é baseado no conto com o mesmo nome de Philip K. Dick. Ele é definido principalmente em Washington, DC, e Northern Virginia no ano de 2054, onde “Pré-Crime”, um departamento de polícia especializada, apreende criminosos com base no conhecimento prévio fornecido por três videntes chamados “precogs” (disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Minority\\_Report\\_\(filme\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Minority_Report_(filme)), Acesso em 10 de ago. 2017).

## 2 DIREITO PENAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 2.1 Estado Social e Democrático

Aquilo que se denomina sociedade pós-moderna, para a presente pretensão, é fruto de um tempo social próprio: a modernidade tardia, líquida<sup>4</sup> e pós-industrial.<sup>5</sup>

Sem querer esgotar em cada um desses temas, seria possível distinguir os contornos, em termos sociológicos, da sociedade moderna e pós-moderna apresentando as seguintes características: a) modelo de Estado supostamente provedor de políticas públicas, mas ineficiente; b) aumento da sensação subjetiva de segurança por conta de uma sociedade amedrontada que vivencia riscos de forma mais intensa do que objetivamente eles são, dada a revolução os meios tecnológicos e de comunicação; c) novos gestores da moral média que demandaram e demandam uma neocriminalização; d) globalização das novas formas de criminalidade, fenômenos que não interessavam ao direito penal clássico: tutela de bens difusos, criminalidade organizada, criminalidade econômico-financeira e terrorismo.

Com efeito, o modelo de Estado Social e Democrático de Direito constitui uma união de princípios do Estado Liberal e do Estado Social.

Segundo o Mir Puig, “a imagem resultante do Estado supõe uma recuperação de seus componentes básicos isoladamente considerados, o que permite inferir uma terceira característica da fórmula constitucional denominada democracia”.<sup>6</sup>

Nesse sentido, “ao incorporar os princípios do Estado liberal do Estado social, e ao conciliá-los, as Constituições modernas renovam, de um lado, as garantias individuais, mas introduzem uma série de normas destinadas a tornar concretas, ou seja, ‘reais’, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, à saúde, à assistência social, à atividade econômica, ao meio ambiente, à educação, à cultura etc.”<sup>7</sup>

Portanto, ao lado da transição do Estado Liberal ao Estado Social, também se coloca a evolução do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito.

Para Canotilho, “o Estado de Direito, em sua configuração inicial, buscou limitar o poder, submetendo seu exercício ao ordenamento jurídico. A inserção do elemento democrático viabilizou que à limitação do poder fosse acrescentada a

---

4 v. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

5 cf. SILVA SÁNCHEZ, op. cit.

6 MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 31.

7 LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2 ed., 2003, p. 9.

necessidade de sua legitimação, que se dá por meio do reconhecimento da soberania popular”.<sup>8</sup>

No Estado Democrático de Direito não basta a concepção negativa de liberdade, eis que a efetivação do princípio democrático implica a liberdade positiva, fundada na participação política.<sup>9</sup>

Ocorre que, paradoxalmente, o constitucionalismo contemporâneo está centrado naquilo que se chamou de “totalitarismo constitucional”, ou seja, na ideia de constituição programática e que tem como bom exemplo a Constituição brasileira de 1988.

Fala-se em “totalitarismo constitucional” ou “cartas dirigentes” na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado), ressaltando a ideia de Constituição dirigente.<sup>10</sup>

Com as denominadas cartas dirigentes busca-se conformar a realidade fática – quase um “refazer o mundo” - por meio das normas constitucionais, as quais, além de terem eficácia imediata, vinculam o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário de maneira antes nunca experimentada na ciência e na prática jurídica.<sup>11</sup>

Com precisão, assinala Cavalcanti que além das transformações verificadas no âmbito dos Direitos fundamentais, importa frisar que a passagem do Estado liberal para o Estado social impulsionou mudanças nas atividades estatais, aumentando o oferecimento de prestações públicas pelo ente estatal. À medida que o Estado percebeu ser insustentável manter a separação abissal existente entre ele e a sociedade, apregoada pelo Estado abstencionista, foi sendo impelido a assumir tarefas até então exercidas por entes sociais, como a Igreja, fundações e outras instituições.<sup>12</sup>

Ao assumir a responsabilidade de proporcionar o desenvolvimento de uma justiça social, intervindo na economia e visando à igualdade entre os indivíduos, o Estado passou a atuar positivamente, incrementando o rol de prestações sociais.

Ocorre que em um modelo sociedade de classes passivas, surgem novos gestores da moral média (pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos, consumidores, etc) que se convertem em ‘cidadãos’ e que passam a exigir do Poder Político a tutela dos seus novos interesses, até então, estranhos ao sistema jurídico.

---

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 7 ed., 2003, p. 94-96.

9 *Ibid.*, p. 95.

10 *Ibid.*, p. 94-96.

11 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2005, p.72.

12 CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: LZN, 2005, p. 116.

No caso brasileiro, a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, seja por corrupção, seja por problemas estruturais típicos de um país rumo ao desenvolvimento, com enormes desigualdades sociais e de dimensões continentais, converte a proteção dos interesses dos novos gestores da moral em normas penais incriminadoras.

Esse paradoxo desencadeou, conforme se verá, um enorme processo de penalização, seja pela existência de novos mandados de criminalização<sup>13</sup>, seja pela insuficiência das tradicionais formas de controle social de cumprirem o papel que cumpriam na modernidade e permitia ao direito penal clássico o rótulo de “fragmentário”.

A Constituição limitadora deu espaço ao texto fundamentador da neocriminalização.

A Constituição, antes sentida como limite material ou, no máximo, como fonte valorativa do direito penal em termos de limitação do direito de punir, agora dá azo ao seu novo papel: a Constituição como fundamento normativo do direito penal incriminador.

Aliás, o mesmo se deu com os tratados internacionais.

Tratados internacionais garantistas e de proteção da dignidade da pessoa humana (como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que instituiu o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção sobre a Tortura), convivem no ordenamento contemporâneo com tratados que demandam, em prol da segurança coletiva e da eficiência repressiva, a criminalização de condutas. <sup>14</sup>

Com efeito, em defesa da dignidade da pessoa humana, o Brasil se tornou signatário dos seguintes Tratados Internacionais: Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Ratificada pelo Brasil em 15 de abril de 1952), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Ratificada pelo Brasil em 1º de Fevereiro 1984), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989), Convenção sobre os Direitos da Criança (Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990).

De outra parte, tanto a Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/04), quanto a Convenção de Mérida (Decreto nº 5.687/06) impõem ao país a obrigação de

---

<sup>13</sup> “Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”, cf. DA PONTE, Antonio Carlos. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

<sup>14</sup> MORAES, **Direito Penal Racional: Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação e para uma Atuação Criminal Preventiva**. Curitiba: Juruá, 1ª edição, 2016, p. 57.

criminalizar condutas, respectivamente, relativas às organizações criminosas e ao combate efetivo à corrupção.

Do mesmo modo, o Brasil participa de alguns acordos internacionais relacionados ao meio ambiente, à fauna silvestre e ao tráfico ilegal, dentre os quais a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção, chamada de CITES, em vigor desde 1975, cujo objetivo é controlar o comércio internacional de espécies silvestres ameaçadas, suas partes e derivados.

Os clássicos tratados internacionais, elaborados e assinados sob o enfoque da proteção dos Direitos humanos ou no contexto do iluminismo penal serviam para uma dogmática mais garantista com perspectiva de limitação do jus puniendi do Estado. Agora, contudo, convivem com convenções e tratados, inclusive por força do §3º do art. 5º da Constituição Federal<sup>15</sup>, que mais se afiguram Magna Carta das vítimas, consagrando uma visão de garantismo positivo, sob a ótica da proteção suficiente e da teoria dos mandados de criminalização.

Em outras palavras, a globalização dos crimes e criminosos, dos bens jurídicos (transindividuais), das vítimas (antes individualizadas, agora coletivas e difusas), a explosão carcerária, a deformalização da justiça penal (o pragmatismo efficientista<sup>16</sup> é a nota do direito criminal nesta era da globalização) e, em especial, a produção de leis penais de forma extravagante para enfrentar essa nova forma de criminalidade representam, em apertada síntese, a tônica da era pós-industrial.<sup>17</sup>

Em verdade, o ambiente propício para a existência de comandos para proteção de interesses difusos e sociais e para ordens de criminalização para proteção suficiente de bens jurídicos é justamente o Estado Democrático de Direito, pois estas cláusulas de penalização só se justificam em um sistema no qual a supremacia constitucional e a separação de poderes se apresentem de maneira efetiva e não apenas formal: "Os mandados se justificam num regime de normalidade institucional e democrática, própria dos Estados de Direito, ou Democráticos de Direito, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre os exercentes dos poderes legislativo e executivo".<sup>18</sup>

SHECAIRA e CORRÊA Jr. argumentam, no entanto, que por se tratar de um Estado Social e Democrático de Direito, é preciso se acrescentar uma terceira

---

15 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP, em dezembro de 2008, modificou o seu posicionamento acerca da hierarquia dos Tratados internacionais de Direito s humanos, entendendo, por maioria de votos, que esses Tratados, antes equiparados às normas ordinárias federais, apresentam status de norma supralegal isto é, estão acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição.

16 O pragmatismo jurídico parte de uma teoria do conhecimento que pode ser sintetizada por Duguit: "a validade de uma afirmação se julga pelo valor de suas consequências ou resultados". (apud MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20 edição, 1991, p. 5).

17 MORAES, *Direito Penal Racional*..., p. 58.

18 GONÇALVES, Luiz Carlos dos. *Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Fórum, 2008, p. 154; GONÇALVES, aliás, defende que configuram cláusulas pétreas (op. cit., p. 193).

característica, qual seja, a impossibilidade de se cogitar de sanção penal desregrada, arbitrária, sem limites.<sup>19</sup>

Repita-se: ao incorporar os princípios do Estado Liberal e do Estado Social, e ao conciliá-los, as Constituições modernas renovaram as garantias individuais, mas introduziram uma série de normas destinadas a tornar concretas a liberdade e a igualdade dos cidadãos. Desse modo, passaram a tutelar valores de interesse geral, como os pertinentes ao trabalho, à saúde, à assistência social, à atividade econômica, ao meio ambiente, à educação, à cultura etc.

Como bem acentua Luisi, se “de um lado nas Constituições contemporâneas se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais, de outro lado se inserem normas propulsoras do Direito Penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado”.<sup>20</sup>

Ainda que o modelo de 1988 seja uma fusão das concepções liberais e de providência, o Estado contemporâneo criou sérias dificuldades para o funcionamento do próprio Estado. Isso porque acentuou-se a presença do Estado e limitou-se a liberdade do cidadão, onerando-o com uma série de encargos, gerando, como era de se esperar, a edição de numerosas leis para disciplinar essa nova realidade.<sup>21</sup>

Delineando essa passagem do Estado Liberal ao Estado Social, consolidado no modelo democrático constitucional hoje em vigor, Cavalcanti também indaga como isso influiu para a exagerada corrida criminalizadora:

O Estado passou a ser visto como o próprio instrumento de mudança social, a intervir em todas as esferas consideradas essenciais à propulsão do bem comum. Em termos precisos: criar empregos e não apenas distribuir as riquezas, gerenciar a economia e não apenas corrigir distorções, fomentar a saúde, a educação, a cultura e a moradia, vale dizer, fazer com que a mão invisível do mercado seja substituída pela mão bem visível da Providência do Estado. <sup>22</sup>

Seria inconcebível imaginar que a concepção de bem-estar social não utilizasse o direito penal como instrumento garantidor da eficiência de seus programas. Parece, portanto, paradoxal propugnar pela retomada do modelo clássico de inspiração iluminista com uma dogmática meramente subsidiária quando se fomenta um modelo em que o Estado sempre será chamado para garantir mais segurança pública.

---

19 SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 8-9.

20 LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2 ed., 2003, p. 12.

21 MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal Racional: Propostas para a construção de uma teoria da legislação e para uma atuação criminal preventiva*. Curitiba: Juruá, 1 edição, 2016, p. 38.

22 CAVALCANTI, op. cit., p. 116-117.

Em suma, representaria praticamente inócuo ou anacrônico exigir um direito penal mínimo diante de uma concepção de Estado pautado pela providência máxima<sup>23</sup> ou a hipertrofia normativa também se revela inevitável em um contexto de uma sociedade insegura e de riscos?

## 2.2. Sociedade de riscos e sensação de insegurança

Não bastasse a crise das tradicionais formas de controle da vida em sociedade que permitiam, na modernidade, um direito penal mais fragmentário e garantista, o próprio modelo de Estado acentuou a hipertrofia legislativa, sob a forma de legislação penal descodificada, sem qualquer congruência, sistemática e noção de unidade, apelando, de forma exagerada, para a criminalização de estágio prévio.

Nesse último aspecto, é preciso reconhecer que o aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (paradoxo da tecnologia), fez com que o direito penal passasse a ser utilizado como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo.

Isso porque uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia tende a incrementar, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato, tipos omissivos impróprios (ingerência penal), além de criminalizar de forma mais contundente atos preparatórios<sup>24</sup>.

Essa política orientada de forma pragmática para evitar danos e lesões fundamenta-se no princípio da precaução.

O princípio da precaução (vorsorgeprinzip), surgido na Alemanha nos anos 60 do século XX, representava medida orientadora de política ambiental voltada às autoridades públicas daquele país, impondo-se-lhes a obrigação de agir diante de uma ameaça de danos ambientais irreversíveis.<sup>25</sup>

El principio de precaución busca impedir la generación de daños graves para ele medio ambiente y la salud de las personas, animales y plantas, que amenazan no de forma inmediata, sino a largo plazo y, además, no con seguridad, sino que se trata únicamente de una amenaza potencial. Quiere este principio prohibir acciones cuyo nexó causal en relación con daños futuros aún no es comprobable científicamente. (en consecuencia se ha desarrollado a partir del principio de precaución el principio in dubio pro securitate).<sup>26</sup>

---

23 MORAES, *Direito Penal Racional*..., p. 38.

24 Nesse sentido, veja art. 5º da Lei Federal nº 13.260/16 que criminaliza as formas de terrorismo.

25 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Dos Crimes de Perigo Abstrato*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p.51.

26 FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Normatización del Derecho Penal y Realidad Social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 213.

Mas o aumento da criminalidade, com o passar dos anos, criou um ambiente favorável a uma política criminal mais rígida, muito além da prevenção de danos ambientais, com o intuito de reduzir riscos de lesões a bens jurídicos e de transmitir segurança à sociedade.

Na esfera criminal, as antecipações de tutela sempre foram representadas pelos crimes de perigo, pela punição dos atos preparatórios e da tentativa, além da responsabilização do omissor garantidor, ou seja, daquele que passa a ter o dever de evitar o resultado.

Tenta-se, com isso, fazer com que o direito penal atue preventivamente com o intuito de evitar danos futuros.

Esse é justamente um dos paradoxos das Cartas Dirigentes e de uma política criminal pautada pela prevenção e que ainda busca reminiscências de um direito penal fragmentário: a necessidade de tutelar novos bens e a consequente dificuldade de se criminalizar interesses transindividuais ou proteger suficientemente bens jurídicos ameaçados de ataque por criminosos organizados, de colarinho branco ou terroristas.

Não obstante, se é certo que o terrorismo, o crime organizado transnacional e a burguesia e a aristocracia no “banco dos réus” representam novidades em termos de criminalização, investigação e persecução penal, fato é que a pós-modernidade cada vez mais nos revela uma política criminal preocupada e orientada com as consequências.

Nesse paradoxo da política criminal pós-moderna, o prevencionismo penal parece estar ganhando corpo, pautando cada vez mais um modelo de processo penal mais preocupado com a informalidade e a celeridade, máxime, porque há evidente legitimação social, ainda que inconsciente, naquilo que se denomina contexto de “sociedade de riscos”.<sup>27</sup>

Os riscos, antes sentidos individualmente, assumiram, na era moderna, uma nova dimensão, passando a atingir não mais indivíduos, mas antes coletividades. Agora, as sociedades pós-modernas e pós-industriais experimentam riscos com o potencial poder de atingir a toda a sociedade humana.

As novas demandas e os avanços tecnológicos repercutiram diretamente no bem-estar individual, e a sociedade tecnológica, cada vez mais competitiva, passou a deslocar para a marginalidade um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais, consolidando-se, pois, o conceito de sociedade de risco.<sup>28</sup>

O surgimento de um “direito penal do risco” (riskostrafrecht) que, longe de aspirar conservar o seu caráter fragmentário, como ultima ratio, tem se convertido em

---

<sup>27</sup> MORAES, *Direito Penal Racional...*, p. 146.

<sup>28</sup> cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra Modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010, Trad. Sebastião Nascimento.

sola ratio, mais precisamente um direito penal expansivo se coaduna, dessa forma, com a ideia de insegurança.

Os riscos modernos, acentuados pelas inovações trazidas à humanidade (globalização da economia e da cultura, meio ambiente, drogas, o sistema monetário, movimentos migratórios, aceleração do processamento de dados, energia nuclear etc.), invariavelmente geram uma reação irracional e irrefletida por parte dos atingidos. Disso decorre a insegurança e o medo que têm impulsionado frequentes discursos postulantes de uma tutela da segurança pública, em detrimento de interesses puramente individuais.

Como acentua Batista, enquanto antes germinaram instrumentos de proteção da intimidade e da vida privada, os novos sistemas penais, replicantes do vigilantismo eletrônico, são invasivos e cultuam a delação, alterando, por completo o estatuto ético até então vigente.<sup>29</sup>

Em suma, a revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta, sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos: a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos.<sup>30</sup>

Diante dessas alterações e circunstâncias é compreensível que o ordenamento jurídico sofresse alterações, máxime pelo aumento exponencial dos bens jurídicos a serem tutelados com fundamento na ideia de prevenção para diminuir a sensação de insegurança e evitar maiores lesões ao tecido social.

Nesse diapasão, se é certo que há diferentes políticas criminais simultâneas no contexto do Estado Democrático de Direito, eis que deve proteger de forma garantista os direitos individuais (direito penal clássico) e, simultaneamente deve enfrentar, com rigor, as novas demandas da criminalidade contemporânea (terrorismo, crimes digitais, crime de colarinho branco, crime organizado transnacional, crimes que lesam bens difusos etc), é preciso repisar: até que ponto a pauta prevencionista se coaduna com a ideia de um garantismo negativo?

Afinal, nesse contexto social seria possível defender uma única concepção de política criminal garantista?

### **3. QUE GARANTISMO?**

#### **3.1. Garantismo Negativo**

---

<sup>29</sup> BATISTA, Nilo. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 84.

<sup>30</sup> SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 34.

Conforme assinala Ferrajoli, existe uma grande confusão a respeito do que é o “garantismo”, mormente no Brasil.

Na contramão do sentido comum teórico dos juristas, é possível sustentar que a expressão remete ao pensamento de Francesco Mario Pagano, no século XVIII e Benjamin Constant no século XIX, incorporando-se ao léxico jurídico somente no século XX, com a obra *Direito e razão*.<sup>31</sup>

O garantismo contemporâneo, segundo Luigi Ferrajoli, tem três significados. Em primeiro lugar, é um modelo de (Estado de) direito, que embasa as democracias substanciais, provendo um Estado penal mínimo e um Estado Social máximo.<sup>32</sup> Assim o garantismo deixa muito claro que ao estabelecer valores, interesses e garantias fundamentais transindividuais, sociais, difusos e coletivos, as Constituições não necessariamente impõem ao Estado a regulação do comportamento dos cidadãos, mas antes o reconhecimento de limites a serem respeitados pelo poder público, não sendo possível transportá-los automaticamente à esfera penal.<sup>33</sup>

Em um segundo momento, o garantismo denota uma teoria do direito, que põe em evidência a tensão e a distância entre os modelos normativos (de tendência garantista) e as práticas jurídicas, isto é, a divergência entre validade e faticidade do Direito.<sup>34</sup>

E, por último, o garantismo - sob essa ótica negativa de limites ao Estado – também seria uma filosofia crítica do direito e da política que designa “uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça”.<sup>35</sup>

Esta última conotação de garantismo permite perceber a contraposição deste para com o que se chama de solidarismo penal-processual penal. Enquanto o garantismo se aferra à Constituição e às leis com ela consonantes – isto é, ao direito -, o solidarismo coloca a verdade e a justiça (ou a moral) acima do jurídico.<sup>36</sup>

---

31 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

32 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2002. p. 687.

33 BECHARA, Ana Elisa Liberatore. **Direitos humanos e dirito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACHELLI, Eugénio (Coords.). **Direito penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 161; no mesmo sentido: (MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal em el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 163.

34 Ferrajoli, **Direito e razão**... p. 684.

35 Norberto Bobbio (1989, p. VII-VIII) observa que a pretensão de seu discípulo é a elaboração daquilo que denomina teoria geral do garantismo, cujo objeto de análise é a antítese entre liberdade e poder que atravessa a história da civilização. Trata-se, com efeito, de uma teoria voltada às bases do estado de direito, isto é, à tutela das liberdades do cidadão frente às várias formas de exercício arbitrário do poder. Não é à toa que, para Ferrajoli, o garantismo é a outra face do constitucionalismo (STRECK, BONNATO e TRINDADE, op. cit., p. 2143).

36 VELLOSO, Adolfo Alvarado. **El garantismo procesal**. In: **Activismo e garantismo procesal**. 1 a ed. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, pp. 145-167, p. 145.

Ocorre que tal qual já afirmado, no contexto de um Estado Social e Democrático, as garantias individuais são defendidas de forma simétrica aos direitos sociais.

Não à toa, a concepção alemã de proporcionalidade deixou de ter a acepção exclusiva de proibição da proteção excessiva do Estado em prol do indivíduo (Übermassverbot), evidenciando também outro significado que se coaduna com o contexto pós-industrial até aqui traçado: a proibição da proteção deficiente do bem jurídico, também conhecida como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).<sup>37</sup>

### 3.2. Garantismo Social

A nova acepção consagra o denominado “garantismo positivo ou social”, timidamente utilizado como fundamento para decidir pela jurisprudência pátria, mas cada vez mais recorrente em casos envolvendo a prática da corrupção:

Pioneiramente, a Suprema Corte brasileira, no Recurso Extraordinário nº 418.376-5, através do relator, o Ministro Gilmar Mendes se pronunciou a respeito do tema: (...) quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.<sup>38</sup>

Feldens, em consonância com o princípio da proporcionalidade, sob a vertente de proteção suficiente dos bens da vida e, em conformidade à teoria do garantismo integral, apresenta três condicionantes da relação entre a Constituição e o direito penal: a) a Constituição como limite material do direito Penal; b) a Constituição como fonte valorativa do direito Penal; e, c) a Constituição como fundamento normativo do direito penal incriminador.<sup>39</sup>

Na ótica do garantismo social, os princípios da legalidade e da proporcionalidade implicam o dever do Estado em legislar para proteger suficientemente bens jurídicos: daí surge a teoria dos mandados constitucionais de criminalização que

---

37 STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>. Acesso em 07 ago. 2017.

38 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 688. In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006. DJ 23-03-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%20proibicao%20de%20protecao%20deficiente&base=baseAcordaos>> Acesso em 11 dez. 2013.

39 FELDENS, op. cit., 76.

impõe uma relação entre a Constituição e o direito penal visando à proteção de determinados bens jurídicos, considerada como tutela de fins.<sup>40</sup>

Na década de 60 do século passado, na obra de Peter Lerche denominada *Habilitationschrift – Übermass und Verfassungsrecht*, a doutrina constitucionalista se deparou com um novo e complexo paradigma, que rompia com uma estrutura sólida da relação entre poderes constituídos e, da mesma forma, entre esses e a Constituição: questionava-se se o Poder Legislativo continuava, afinal, a ser um poder livre nos fins, ou se, pelo contrário, diante do estágio do Estado Social e Democrático de Direito, seria possível – e adequado – o desenvolvimento de uma doutrina “dos limites da liberdade de conformação ou, até, de uma doutrina da discricionariedade legislativa”.<sup>41</sup>

Buscava-se, como já mencionado, conformar a realidade fática – quase um “refazer o mundo” - por meio das normas constitucionais, as quais, além de terem eficácia imediata, na busca efetiva de uma sociedade mais igualitária, justa e humana.<sup>42</sup>

Na Alemanha, a decisão paradigmática foi a “*Schwangerschaftsabbruch I*”, do Tribunal Constitucional Alemão, em 25-02-1975: nela julgou-se inconstitucional o § 218a, introduzido ao Código Penal Alemão pela 5ª Lei de Reforma do Direito Penal de 1974 (5. StrRG), o qual criava uma dirimente especial no aborto, sempre que realizado por um médico, com a concordância da grávida e desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, pela primeira vez, acerca do tema, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS16: discutia-se, em síntese, se a negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento, para fins de incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais componentes dos “crimes contra os costumes”, consubstanciada no art. 107, VII do CP, ocasionava uma violação ao art. 226, §3º, da Constituição.

Como o dispositivo constitucional determinava que o Estado brasileiro deveria proteger, de modo especial, a família, e que, para efeitos de tal proteção, a união estável era reconhecida como entidade familiar da mesma forma que o casamento, o acórdão, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário, afastando o reconhecimento da união estável, bem como ressaltando que, inclusive, tal hipótese de extinção de punibilidade já havia sido revogada pela Lei nº 11.106/05.

Simultaneamente, o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista cujo argumento principal estruturava-se, de forma até então inédita, na proibição da proteção deficiente em matéria penal dos direitos fundamentais.

---

40 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 47

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra Editora, 2ª Ed, 2001, p. 12.

42 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Canotilho e a Constituição Dirigente**, 2ª Edição, Renovar, 2005, p.72.

Assim, sustentou inicialmente que era preciso indagar, afinal, qual seria o bem jurídico tutelado pela norma constitucional em tela, tendo defendido tratar-se da instituição da família, ressaltando, nesse sentido, que a incidência de hipótese de extinção da punibilidade do agente permitiria blindar, através de norma penal benéfica, uma situação de fato repugnada pela sociedade, “caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico”.<sup>43</sup>

Com isso, o Ministro Gilmar Mendes fez expressa alusão ao garantismo positivo, como outra face da proporcionalidade, de forma que a proibição de proteção deficiente seria deveras relevante na aplicação dos direitos fundamentais, especificamente naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.<sup>44</sup>

A partir, portanto, da dupla acepção de proporcionalidade e da significação do garantismo em sua totalidade ou integralidade<sup>45</sup>, resta avaliar como as escolas funcionalistas e as políticas criminais cada vez mais orientadas pelas consequências têm, por vezes, se apropriado para fundamentar, inclusive, uma intervenção excessiva em estágio prévio.

Para Jakobs, o funcionalismo jurídico-penal é concebido como “teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa”, noutros termos, “a constituição da sociedade”.<sup>46</sup>

A sociedade confirma sua identidade por meio da contradição que o direito penal faz à conduta do delinquente – conduta esta que por sua vez lesionou a identidade normativa da sociedade. Ao contradizer a contradição, o direito penal confirma, assim, a identidade social.<sup>47</sup>

Por isso, no âmbito de uma perspectiva funcional-social, o direito penal só garante uma coisa: que se contradiga toda expressão de sentido que manifeste que a norma carece de validade.<sup>48</sup>

Neste sentido, existe uma aproximação entre o solidarismo processual do professor Afrânio Silva Jardim com o funcionalismo-social de Gunther Jakobs,

---

43 Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 688. In: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 418.376-5/MS. José Adélio Franco de Moraes e Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. 09 de fevereiro de 2006, DJ 23-03-2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=""proibiçãõ%20de%20proteçãõ%20deficiente&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=)>. Acesso em 11.12.2013.

44 Id.

45 JARDIM, Afrânio Silva. **Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. ISSN 1982-7636. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index> p. 10.

46 JAKOBS, Gunther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Ed. Manote, 2003, p. 01.

47 *Ibid.*, p. 04.

48 *Ibid.*, p. 41.

aproximação que concomitantemente os afastam do garantismo de Ferrajoli. Este distanciamento entre garantismo e funcionalismo ocorre também no plano epistemológico, na medida em que enquanto o garantismo pressupõe uma tensão perene entre validade e facticidade, o funcionalismo-social tem em foco tão somente o plano fático, relegando a discussão da validade ou não das normas à política criminal, não à ciência jurídica<sup>49</sup>

É inegável, por exemplo, que ao lado do direito penal clássico de 'primeira velocidade' e do direito penal de 'segunda velocidade' (política de barganha e consensual), tenha surgido nos últimos anos um direito penal de 'terceira velocidade', caracterizado pela flexibilização de direitos e garantias processuais penais e pela antecipação da tutela penal, com a adoção de diversos tipos de perigo abstrato, normas penais em branco e criminalização de atos preparatórios. Resta, no entanto, fundamental entender se essa política não representa verdadeiro combate de 'inimigos':<sup>50</sup>

É evidente que após a promulgação da Constituição de 1988 se revela uma expansão do Direito Penal, seja pela criação de novos tipos penais (Lei do preconceito racial – Lei nº 7.716/89, Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90, Crimes contra a ordem tributária – Lei nº 8.137/90, econômica – Lei nº 8.176/91, Lei do crime organizado – Lei nº 9.034/05, Lei de crimes ambientais – Lei nº 9.605/98 e de lavagem de dinheiro – Lei nº 9.613/98, alterações no Código Brasileiro de Trânsito – Lei nº 11.705/08 – Lei nº 11.923/09, regulamenta a punição do sequestro relâmpago), seja pela ampliação das medidas processuais constritivas (Regulamentação da prisão temporária – Lei nº 7.960/89), ou pela intensificação das penas e do modo de sua execução (Lei dos crimes hediondos – Lei nº 8.072/90, dentre outras [como a Lei de Tóxicos – Lei nº 11.343/2006])<sup>51</sup>.

Parece, nesse sentido, que as premissas fundamentais do garantismo, que advém do direito penal clássico burguês individualista, não mais se coadunam com a natureza dos bens jurídicos transindividuais e transnacionais, como o terrorismo, as organizações criminosas, a lavagem de capitais, os crimes de informática e essas novas formas de criminalidade da pós-modernidade.<sup>52</sup>

---

49 "Se realmente a sociedade está imersa numa tendência para a diminuição dos direitos de liberdade, essa tendência não se dará exclusivamente no Direito Penal, e de fato cabe imaginar certas crises nas quais só uma tendência desse tipo pode oferecer uma última ratio. A decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa do nuclear, é puramente política, e não jurídico-penal" (Ibid, p. 23).

50 MORAES, Alexandre de Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Ed. Juruá, 2011, p. 71.

51 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Dos Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 118.

52 "Diante do 'dilema da sociedade moderna, complexa e globalizada, a irracionalidade e a hipertrofia legislativa evidenciam-se em fatos, como a criação de infrações meramente administrativas, utilização indiscriminada de conceitos amplos e vagos, abuso das leis penais em branco, antecipação exagerada da tutela penal, perda da certeza da configuração típica e adoção de tipos de mera desobediência. Tal irracionalidade viola, em tese, postulados político-criminais típicos do Direito Penal iluminista (intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade) e os princípios fundamentais de um Direito Penal cidadão, típico do Estado Constitucional de Direito (legalidade, certeza, ofensividade etc.)" (MORAES, **Direito Penal do Inimigo**..., p. 66).

Não obstante, daí à ideia de prevenção orientar sem limites uma dogmática orientada pela insegurança coletiva, passar a punir o pensamento e se encontrar com a ficção, parece ser um deliberado exagero.

#### 4. MINORITY REPORT: A NOVA LEI

Seria possível refletir a respeito do direito assistindo ao filme *Minority Report*, obra cinematográfica baseada no conto homônimo de Phillip Dick, com tanta autenticidade quanto ao ler um manual jurídico?

A filosofia ocidental historicamente refuta a possibilidade da verdade se encontrar na arte. De Platão aos analíticos contemporâneos, sustenta-se o princípio segundo o qual a arte é o lugar da ilusão.

Não seria, pois, possível levar a sério o intento da reflexão aqui proposta.

A partir da hermenêutica filosófica, seria preferível encarar a arte como reveladora e, logo, verdadeira. Neste sentido, rompe-se também com o paradigma positivista de fazer teoria do direito, promovendo o intercâmbio da ciência com outras áreas do conhecimento.

Neste sentido, acredita-se que *Minority Report: A nova lei* nos mostra um futuro plausível e verossímil para as próximas gerações.<sup>53</sup>

Mas o próprio conceito de verdade aqui precisa evoluir para além da noção de correspondência ou adequação e se aproximar do conceito de *aletheia*<sup>54</sup> reinventado por Heidegger: “A arte é verdadeira porque ela, assim como outras formas de diálogo, ‘diz algo para alguém’”.<sup>55</sup>

E se assim o faz, é preciso que se compreenda o que quer dizer a obra. Por isso, a hermenêutica subordina e engloba a experiência estética, na medida em que a obra de arte transmite um significado.<sup>56</sup> Nesse sentido, o cinema possibilita, tanto quanto a literatura, ao operador do direito refletir e problematizar seu cotidiano de maneira inédita.<sup>57</sup>

Estudar o direito a partir do cinema permite, nos dizeres de Warat, a carnavalização da epistemologia, produzindo um discurso que não toma posse da realidade como faz a tradição positivista da ciência jurídica, mas antes instala um diálogo

---

53 HUDSON, Barbara. *Minority report: prevendo o futuro na vida real e na ficção*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia - UNIBRASIL, vol. 5, 2009, p. 05-06, disponível em: [http://revistaeletronica.dfd.unibrasil.com.br/index.php/dfd/article/view/222\\_p\\_13\\_Acesso em 10 ago 2017](http://revistaeletronica.dfd.unibrasil.com.br/index.php/dfd/article/view/222_p_13_Acesso%20em%2010%20ago%202017).

54 Em grego antigo: ἀλήθεια, «verdade», no sentido de desvelamento: de a-, negação, e lethe, «esquecimento»), para os antigos gregos, designava a verdade e a realidade, simultaneamente.

55 GADAMER, Hans-Georg. *Gadamer in conversation: reflections and commentary*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2001, p. 70.

56 LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*. Tradução de Hélio Magni Filho. 3 ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2011, p. 128.

57 STRECK, Lenio Luiz; BONNATO, Tatiana. *‘O Senhor das Moscas’ e o fim da inocência*. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). *Direito & literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, pp. 113-124, 2008, p. 113.

entre homem e vida, cujo médium deixa de ser o manual e passa a ser a cultura marginal, a literatura, e a ficção científica 58.

Na medida em que se propõe aqui uma reflexão hermenêutica e filosófica do filme – cuja consciência transcende a estética e a exegese tradicional<sup>59</sup>, a obra cinematográfica em questão permite levar ao extremo as consequências das medidas que estão sendo propostas na política criminal nacional e internacional.

É 2054. Há seis anos o Estado de Columbia não presencia um assassinato graças ao departamento do “Pré-Crime”, que é capaz de prender os homicidas antes que eles cometam o ato. O sistema funciona baseado nas visões dos pré-cogs Agatha, Arthur e Dashiell: trigêmeos com dons especiais que sonham com assassinatos futuros.

Graças ao sistema infalível dos pré-cogs, almeja-se estender para toda a América a iniciativa do departamento “Pré-Crime”.

Este é o pano de fundo de *Minority Report*: A nova lei, dirigido por Steven Spielberg, no qual a personagem John Anderton é um dos principais agentes do departamento pré-Crime de Columbia, e um ícone público a favor da iniciativa. A personagem de Anderton vive assombrada pelo sequestro do filho há seis anos.

O filme é uma adaptação da primeira crônica do livro homônimo de Philip K. Dick, a qual apresenta uma estória alternativa mais concisa. A reflexão aqui proposta enfoca na obra cinematográfica.

Ambas as obras, porém, constituem um romance policial tipicamente conjecturado entre duas histórias: a do crime, que é misteriosa; e a da investigação do crime, esta revelada ao espectador e que existe em função da primeira história, formando uma espécie de jogo com o objetivo de reconstituir a verdade.<sup>60</sup>

No início da trama, percebe-se que Anderton é um agente exemplar da pré-crime. Seus atos são sempre chancelados por um juiz e uma testemunha, que assistem a visão dos pré-cogs a respeito de um futuro assassinato.

Tudo isso é acobertado pelos responsáveis pelo projeto da expansão da pré-crime, a fim de que a imagem do agente continue positiva.

A guinada do filme se dá quando uma visão de um assassinato surge e é John Anderton o nome do autor do crime. Daí em diante, toda a história gira em torno da luta da personagem para provar sua inocência enquanto foge das forças policiais.

O desenrolar da trama desemboca na descoberta de um plano que faria Anderton encontrar quem acreditaria ser o sequestrador de seu filho e matá-lo – como

---

58 WARAT, Luís Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985., p. 147.

59 GADAMER. *Verdade e método*, vol. I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 1997, p. 262-269.

60 DUNKER, Christian Ingo Lenz; et. Al. *Romance policial e pesquisa em psicanálise*. Revista *Interações*, jan-jun., ano/vol. VII, número 013, Universidade São Marcos. São Paulo/SP, pp. 113-126, p. 115.

os pré-Cogs anteviram. Isto porque Anderton, pouco antes de ser (pré)acusado e perseguido, estava investigando o assassinato de Anne Lively, arquitetado por seu mentor (e chefe da divisão pré-crime), Lamar Burgess.

A estória termina com o desmascaramento das fraudes ocorridas no departamento pré-crime, o cancelamento do programa e a reconciliação de Anderton com a esposa.

Conforme mencionado, a sinopese de *Minority Report* busca provocar, mediante a imaginação, a ampliação e fusão dos nossos horizontes com um futuro bastante possível, mormente tendo em conta o crescimento do controle do pré-crime como nova forma de reação à criminalidade das sociedades tecnológicas e que vivem sob o signo do medo e pânico.<sup>61</sup>

Em *Minority Report*, a sociedade do futuro (re)negou quase todas as garantias processuais penais (reduzindo a jurisdicionalidade a um cancelamento cego e acrítico) em favor do valor segurança pública completamente eficiente.

Embora o mundo de *Minority Report* esteja muito mais desenvolvido em tecnociência, ainda é uma sociedade extremamente desigual, forrada de excluídos, guetos e mercados negros – ambiente em que Anderton entra em contato quando assistimos sua vida “fora” da divisão pré-Crime.

O que *Minority Report* retrata poderia ser o futuro das sociedades modernas que escolhem passar do sistema acusatório próprio das democracias constitucionais – fundado na presunção de inocência, culpabilidade e nas possibilidades efetivas de comprovação e refutação das narrativas – a um novo modelo inquisitorial de julgamento da personalidade do réu, cuja substância é o homem criminoso pré-concebido no senso comum teórico.<sup>62</sup>

Daí que não é exagero afirmar que *Minority Report* nos mostra um futuro plausível para nossas próprias sociedades, cuja nova “matriz” para lidar com os crimes e as penas Stanley Cohen identifica pelo total desrespeito ao Estado de Direito.<sup>63</sup>

Atualmente, parece ser evidente que o direito penal vem sofrendo um giro paradigmático em direção à superpenalização e ao abandono dos objetivos clássicos de reabilitação do condenado em prol de uma política criminal da gestão do risco, de matriz securitária e orientada para os resultados.<sup>64</sup>

Em contrapartida, a criminologia já se deu conta de que as medidas repressivas tradicionais (respeitadoras – em tese – das garantias penais conquistadas

---

61 ZEDNER, Lucia. *Security*. London: Routledge, 2009; ZEDNER, Lucia. *Pre-crime and post-criminology*. *Theoretical Criminology*. Vol. 11 (2). Mar 2007, p. 261-281.

62 CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris ed. 2008, p. 60.

63 HUDSON, Barbara. *Minority report: prevendo o futuro na vida real e na ficção*. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia* - UNIBRASIL, vol. 5, 2009, p. 05-06, disponível em: <http://revistaeletronica.rfdj.unibrasil.com.br/index.php/rfdj/article/view/222>, p. 13; COHEN, Stanley. *Visions of social control: crime, punishment and clarification*. Cambridge, Reino Unido: Polity Press, 1985..

64 Nesse sentido: OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Elcio Fernandes. Bauru/SP: Ed. EDUSC, 2005, p. 355-357.

desde o liberalismo no séc. XIX) estão perdendo espaço para a lógica de segurança pré-crime<sup>65</sup>, antitética do devido processo legal e originada da política criminal contra-terrorista que vem ganhando adeptos há alguns anos.

Diante desse paradoxo, seria possível encontrar um equilíbrio para que ficção e realidade não se identifiquem?

## 5. ANÁLISE CRÍTICA: ATÉ QUE PONTO O DIREITO PENAL PODE COINCIDIR COM O CINEMA?

O Brasil tem absorvido essa política criminal orientada para resultados – cujo propósito é provocar sérios danos ao criminalizar àqueles suspeitos de crimes imaginários, e ao mesmo tempo velar fatores e problemas sociais e contextuais relevantes<sup>66</sup> – direcionando-a ao problema da corrupção sistêmica, focando, prioritariamente, nos potenciais futuros corruptos que nas causas da corrupção.

Aqui, é possível dizer, pode se encontrar uma intersecção com a realidade: campanhas que, sob o manto de uma nova política criminal para combate à corrupção e de combate à impunidade, advogam questões como o teste de integridade e a limitação do habeas corpus.

O objetivo desta “nova” política criminal é, nas palavras de seus defensores, “restituir” a confiança das pessoas nas instituições democráticas. Neste sentido, busca-se a esvaziar “ameaças latentes”<sup>67</sup>.

Questões como o teste de integridade, a relativização do conceito de prova ilícita e supressão da garantia constitucional do Habeas Corpus, ainda que demandem longo debate popular e institucional, não poderiam ser propostas, no contexto democrático, por instituições democráticas ou que velam pela democracia.

Os termos pré-crime e pré-cog capturam bem a problemática do teste de integridade objeto de discussão no Congresso Nacional brasileiro<sup>68</sup>. Segundo a ideia proposta, os órgãos policiais deverão submeter os agentes públicos a testes de integridade aleatórios ou dirigidos, cujos resultados poderão ser usados para fins

---

65 ZEDNER, op. cit., p. 261-281.

66 PICKERING, Sharon; MCCULLOCH, Jude. *Pre-crime and counter-terrorism: imagining future crime in the 'war on terror'*. Brit. J. Criminology. Advance Access publication, 11 May 2009, pp. 628-645. Downloaded from <http://bjic.oxfordjournals.org>, p. 628.

67 PICKERING, Sharon; MCCULLOCH, Jude. *Pre-crime and counter-terrorism: imagining future crime in the 'war on terror'*. Brit. J. Criminology. Advance Access publication, 11 May 2009, pp. 628-645. Downloaded from <http://bjic.oxfordjournals.org>, p. 639-640.

68 Ex vi PL n° 3.928, DE 2015, da Câmara dos Deputados que apresenta a seguinte justificativa: “Além disso, os PL 3.928/15 e 3.969/15 trazem uma inovação na ordem jurídica nacional, inspirada em experiências levada a cabo em países como EUA, Austrália e Reino Unido. Tais testes tiveram como primeiro exemplo registrado o integrity testing aplicado no âmbito do Departamento de Polícia de Nova Iorque, em 1995, a partir das recomendações apresentadas pelo 1994 pela Mollen Commission of Inquiry, criada pelo Prefeito Rudolph Giuliani, responsável pela política de “tolerância zero” naquela cidade para monitorar e avaliar políticas e práticas anticorrupção naquele departamento. Na Austrália, desde 2012, a partir das recomendações do Parliamentary Joint Committee on the Australian Commission for Law Enforcement Integrity, foi introduzido o teste de integridade dos policiais, em nível nacional, com base em experiências já executadas no plano das províncias. No Reino Unido, desde 1998, passou-se a adotar o mecanismo, sob o nome de quality assurance check, para fiscalização das atividades desempenhadas por policiais metropolitanos em Londres. Hong Kong também é exemplo da adoção de testes de integridade, não restrita às autoridades policiais.”

disciplinares, bem como para a instrução de ações cíveis, de improbidade administrativa, e criminais (art. 2º do projeto de lei).

O teste consistiria na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública (art. 3º). Os testes seriam totalmente sigilosos (art. 8º), e a gravação deles sujeita à conveniência da Administração Pública (art. 5º), isto é: à uma cláusula aberta disposta à discricionariedade da autoridade administrativa.

Mutatis mutandis, funcionam como os pré-cogs: a função de ambos é antecipar um delito futuro por meio de um critério objetivo e indubitável – científico – criando um paradoxo: enquanto sugere que nenhum crime foi cometido, invoca simultaneamente a ocorrência deste crime que não ocorreu. Em A nova lei, não existe a suspeita da existência de divergências entre as visões dos pré-cogs e, logo, da possibilidade de futuros alternativos. É aqui que a Crítica Hermenêutica do filme ganha significado: não se pode confiar cegamente nos pré-cogs – que vem de pré-conhecer, preconceito. Existe sempre a possibilidade de um relatório minoritário. Da possibilidade de um futuro alternativo.

O erro da divisão Pré-Crime foi desconsiderar ou questionar as estruturas fáticas da qual dependem todas as percepções pessoais - afinal, todo compreender pressupõe um pré-compreender (Gadamer) -, assumindo-as como óbvias, certas, objetivas, não tratando a origem dos fenômenos criminais, crítica que Heidegger faz à metafísica, e que urge pela suspensão dos Pré-Cogs, isto é, das estruturas hermenêuticas prévias como solução para o problema da assunção irreflexiva de pontos de vista.<sup>69</sup>

Neste sentido, não há cientificidade e objetividade do teste de integridade que o desvincule de uma séria e permanente suspeita de atentado à proporcionalidade sob a ótica da vedação do excesso.

Neste sentido, Minority Report ensina que a promessa de uma sociedade livre de homicídios ou de crimes, por si só, é também ameaçadora.<sup>70</sup>

Mas em verdade, todas essas propostas possuem um princípio em comum: a relativização de garantias processuais em termos de parâmetros do que se denominava “direito penal clássico de inspiração iluminista”, diante da ideia de insegurança, medo, incerteza e repressão máxima em um contexto de sociedade de riscos.

Por outro lado, esse sentido comum teórico olvida o contexto líquido das relações e condutas que busca reprimir. Faz crer que a impunidade assola a nação, mas

---

69 CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. 5 ed. Petrópolis/RJ: Ed Vozes, 2015, p. 47-48

70 PICKERING, MCCULLOCH, op. cit., p. 641.

seus remédios apenas retroalimentam os mesmos problemas, pois o medo e a insegurança também representam um mercado lucrativo e, portanto, desejável.<sup>71</sup>

Assim, toda tentativa de moralizar ou ordenar a política por meio do aparato penal carece de razoabilidade.

Este fenômeno, obviamente, não se restringe ao Brasil, mas é testemunhado no mundo todo.

Neste sentido, Faria aponta que enquanto nos demais ramos do direito positivo vive-se uma fase de minimização, o direito penal, instrumentalizado à exaustão para fins políticos, relativizando o princípio da tipicidade e da imputação da responsabilidade individual, bem como as garantias processuais penais, mostra-se paradoxalmente onipresente na sociedade pós-moderna de todo ocidente.<sup>72</sup>

Vale lembrar que a culpabilidade, como garantia processual penal no Estado Democrático de Direito, é concebida um elemento normativo não do autor, mas do delito, designando uma concepção deontica e alética (antes de psicológica): é a alternativa que constitui o pressuposto de todas as decisões humanas, entre a possibilidade de cometer e a possibilidade de omitir a ação proibida.<sup>73</sup>

Não à toa, quando Anderton está frente a frente com quem acredita ser o assassino do seu filho, Agatha exclama que ele tem uma escolha. Foi exatamente isso que a sociedade de Minority Report parece ter esquecido. E é isso que não pode ser esquecido, ainda que sejam necessários novos instrumentos de persecução penal para combate da criminalidade contemporânea.

Com François Ost, sobretudo, é preciso lembrar que o futuro só é fecundo sob a forma de promessa, e não de ameaça.<sup>74</sup>

De um lado, percebe-se o (re)aparecimento da flexibilização das garantias processuais penais – existente desde o início dos movimentos de Defesa Social – se dá atualmente como uma reação aos tímidos avanços do garantismo no processo penal brasileiro, que só se deu, por seu turno, em virtude do alcance de setores da sociedade antes nunca atingidos pelo aparato penal – a aristocracia e burguesia brasileiras.

De outro lado, no entanto, é certo que os paradigmas do direito penal e do processo penal clássico de inspiração iluminista não se prestam a prevenir e coibir essas novas formas de criminalidade.

Em sendo assim, como buscar um equilíbrio e uma mínima eficiência repressiva no contexto democrático, sem que isso represente a adoção de uma política

---

71 BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. tradução Eliana Aguiar. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010, p. 74.

72 FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: Direito e conjuntura**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-112.

73 FERRAJOLI, **Direito e razão**..., p. 399.

74 OST, op. cit., p. 357.

criminal exclusivamente de autores, com a renúncia, para todos, de garantias fundamentais?

## 6. CONCLUSÃO: RACIONALIDADE E BUSCA DO EQUILÍBRIO

O pós-moderno está intrinsecamente ligado ao novo panorama da política criminal.

Essa dialética pauta três particularidades preponderantes: a proteção de bens jurídicos como critério de criminalização, a prevenção como paradigma penal dominante e a consolidação de um direito penal prospectivo e claramente voltado para as consequências, com evidente caráter pedagógico e de busca de transformação social.<sup>75</sup>

Segundo Feldens, antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito, Os interesses jurídicos se fazem constituídos como tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades. Do que significaria concluir que a norma (penal) não cria valores, senão que, alinhada à metodologia de controle social – por intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos –, os absorve, por meio de sua positivação, como forma de protegê-los.<sup>76</sup>

Ocorre que de pacificador social e tutor de interesses individuais, cada vez mais o direito se transforma, no contexto contemporâneo, em instrumento de defesa e conservação da sociedade. Atualmente, além de interesses meramente individuais, protege também interesses difusos e transindividuais. Aliás, já se discute, inclusive, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais de quarta geração, “cujo escopo abarca o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, na tentativa de englobar todos os direitos fundamentais desenvolvidos anteriormente para a sedimentação de uma verdadeira globalização política, ao lado das globalizações econômica e cultural.”<sup>77</sup>

O funcionalismo penal e a construção de uma dogmática orientada para as consequências<sup>78</sup> nada mais simbolizam que um dos sintomas da busca pela racionalidade perdida com a pós-modernidade: a funcionalização penal representa um dos aspectos da busca incessante pela efetividade da proteção das inseguranças

---

75 GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. *Los Discursos de Emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo*. Disponível em <[www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)>. Acesso em 22 jul 2017.

76 FELDENS, op. cit., p.88.

77 CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e Sociedade Complexa*. Campinas: LZN, 2005, p. 115.

78 Vale ressaltar que na década de setenta do século passado, na monografia *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, ROXIN propõe a ideia de funcionalização da dogmática, orientada pela política criminal (ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000)

coletivas, a eficiência na prestação do serviço de proteção suficiente e a eficácia almejada na dogmática penal.<sup>79</sup>

Segundo precisa observação de Oliveira, na pós-modernidade consolida-se um novo padrão de avaliação de indicadores: “os padrões de avaliação, as categorias da ação e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de se pautar por valores como o bem, o justo, a validade (axiológica material), para serem as do útil, da oportunidade, da eficiência, da eficácia.”<sup>80</sup>

Mas a funcionalização ou instrumentalização do direito penal representaria, em síntese, a desformalização do sistema e, pois, flexibilização das garantias criando-se, ao mesmo tempo, uma dogmática meramente simbólica, seja com excessos do Estado, seja com proteção jurídica deficiente.<sup>81</sup>

Com efeito, como conciliar a proibição do excesso (Übermassverbot), com a vedação da proteção insuficiente (Untermassverbot)?

A partir de uma ideia de política criminal pautada pela observância de um direito penal do fato, retrospectivo e pautado na responsabilidade penal, como aceitar a ideia da excessiva antecipação da tutela penal sem que isso implique trazeremos a ficção de Minority Report para a realidade?

Essa antecipação excessiva da tutela para situações de risco em abstrato, sem a necessária comprovação de que algum bem jurídico relevante tenha sofrido ao menos o perigo concreto de lesão, deve ser tida como excepcional, e restrita ao tipo de criminalidade que o direito penal clássico não estava acostumado a tutelar: direitos difusos, criminalidade organizada e terrorista, nas quais o dano ou lesão, por atingirem todo o tecido social, são incomensuráveis.

Minority Report: a Nova Lei, neste sentido, constitui um relevante alerta para os novos tempos, em que o garantismo, ante suas diferentes concepções, está em xeque.

A busca por um “equilíbrio” perpassa, necessariamente, pelos questionamentos expostos na distopia de Dick, exigindo uma clara delimitação dos diferentes modelos de política criminal, para que novos medicamentos e vacinas sejam proporcionais às novas doenças. É preciso uma doutrina de legislação penal e processual penal que não sejam orientadas pela emergência, pelo medo e pela insegurança, eis que o direito, como produto cultural da sociedade só se legitima quando a sucessão de fatos consolidam valores na coletividade de forma a exigir, efetivamente, a proteção jurídico-penal.

---

79 MORAES, *Direito Penal Racional*... p. 161.

80 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf), Acesso em 15 mar 2017.

81 MORAES, *Direito Penal Racional*... p. 161.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Novas Tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro/RJ: Jorge Zahar Ed. 1999.

\_\_\_\_\_. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. tradução Eliana Aguiar. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito*. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coords.) *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra Modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010, Trad. Sebastião Nascimento.

BOBBIO, Norberto. Prefazione. In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 8. ed. Roma-Bari: Laterza, 1989;

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Dos Crimes de Perigo Abstrato*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra Editora, 2ª Ed, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Lisboa: Almedina, 7 ed., 2003.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris ed. 2008.

CASANOVA, Marco Antonio. *Compreender Heidegger*. 5 ed. Petrópolis/RJ: Ed Vozes, 2015.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e Sociedade Complexa*. Campinas: LZN, 2005.

COHEN, Stanley. *Visions of social control: crime, punishment and clarification*. Cambridge, Reino Unido: Polity Press, 1985.

DA PONTE, Antonio Carlos. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUNKER, Christian Ingo Lenz; et. Al. *Romance policial e pesquisa em psicanálise*. Revista Interações, jan-jun., ano/vol. VII, número 013, Universidade São Marcos. São Paulo/SP..

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes Ed. 2005.

FARIA, José Eduardo. Sociologia jurídica: Direito e conjuntura. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Normatización del Derecho Penal y Realidad Social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2 ed., 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais. 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Alselm R. von. Tratado de derecho penal: común vigente em Alemanha. Tradución al castellano de la 14ª edición Eugênio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ed. Hammurabi. 1989.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. Gadamer in conversation: reflections and commentary. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. Estética y Hermenéutica. Madrid: Tecnos, 1996.

\_\_\_\_\_. Verdade e método, vol. I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 1997, p. 262-269.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Fórum, 2008.

GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo/RS: UNISINOS, 1999.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl. Los Discursos de Emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del Enemigo. Disponível em <[www.carlosparma.com.ar](http://www.carlosparma.com.ar)>, Acesso em 22 jul 2017.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo, pt. I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15 ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes. 2005.

HUDSON, Barbara. Minority report: prevendo o futuro na vida real e na ficção. Revista Direitos Fundamentais e Democracia - UNIBRASIL. vol. 5. 2009, p. 05-06, disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/222>, p. 13., Acesso em 10 ago. 2017.

JAKOBS, Gunther. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Ed. Manole, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. ISSN 1982-7636. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>.

LAWN, Chris. Compreender Gadamer. Tradução de Hélio Magri Filho. 3 ed. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2011.

LOPES JR. Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2 ed., 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Canotilho e a Constituição Dirigente, Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed., 2005.

MIR PUIG, Santiago. El derecho penal em el estado social y democrático de derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20 edição, 1991.

MORAES, Alexandre de Almeida de. Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Ed. Juruá. 2011.

\_\_\_\_\_. Direito Penal Racional: Propostas para a Construção de uma Teoria da Legislação e para uma Atuação Criminal Preventiva. Curitiba: Juruá, 1 edição, 2016.

MULLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento, Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf), Acesso em 15 mar 2017.

OST, François. O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru/SP: Ed. EDUSC, 2005

PICKERING, Sharon; MCCULLOCH, Jude. Pre-crime and counter-terrorism: imagining future crime in the 'war on terror'. Brit. J. Criminology. Advance Access publication, 11 May 2009, pp. 628-645, Downloaded from <http://bjc.oxfordjournals.org>. Acesso em 20.11.2016.

PLATÃO, A República, vol. I. Introdução e notas: Robert Baccou. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo/SP: Difusão Europeia do Livro ed. 1965.

ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. Pena e Constituição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Teoria da pena: Finalidades, Direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série as Ciências Criminais no Século XXI – v. 11, Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha, 2002.

SPIELBERG, Steven (diretor). Minority report. USA: Twentieth Century Fox e Dreamworks Pictures, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico, disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/1.pdf>, Acesso em 07 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo novo CPC. Revista Estudos Institucionais. Vol 2, 1, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BONNATO, Tatiana. 'O Senhor das Moscas' e o fim da inocência. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). Direito & literatura: ensaios críticos. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, pp. 113-124, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O que é isto – as garantias processuais penais? Porto Alegre/RS: Ed. Livraria do Advogado. 2012.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El garantismo procesal. in: Activismo e garantismo procesal. 1 a ed. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

WARAT. Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

ZEDNER, Lucia. Security. London: Routledge, 2009; ZEDNER, Lucia. Pre-crime and post-criminology. Theoretical Criminology. Vol. 11 (2). Mat 2007.

# A PRESENÇA DO COMPLEXO AGROINDUSTRIAL TERRITORIAL EUCALIPTO-CELULOSE-PAPEL NA REGIÃO DO BOLSÃO SUL-MATOGROSSENSE SOB O CRIVO DA MATRIZ DE JUSTIÇA AMBIENTAL: O CASO DO ASSENTAMENTO SÃO JOAQUIM, EM SELVÍRIA/MS.

Cláudio Ribeiro Lopes<sup>1</sup>  
Napoleão Miranda<sup>2</sup>

**RESUMO:** A ocupação de extensas áreas de terra pelo complexo agroindustrializante eucalipto-celulose-papel, por todo o Brasil, mas, fundamentalmente, por grande parte do Mato Grosso do Sul na virada do século XX para o XXI, com incremento da produção de pasta de celulose e papel em março de 2009, na cidade de Três Lagoas e mais do que duplicação dessa produção a partir de dezembro de 2012, na mesma cidade e região trouxe consigo conflitos socioambientais que se estabelecem no entorno e mesmo dentro do espectro de incidência do maciço florestal das empresas FIBRIA e ELDORADO BRASIL. Nessa perspectiva, os conflitos não se restringem, apenas, ao problema da possibilidade de escassez de água, ou, utilização maciça de glifosato, mas, suplantam essas consequências para atingir a agricultura familiar e o atrelar da economia local quase que exclusivamente ao setor de celulose-papel.

**Palavras-chave:** Brasil delivery. Desertos verdes. Conflito socioambiental.

**ABSTRACT:** The occupation of large areas of land by agribusiness izante complex eucalyptus-pulp-paper, throughout Brazil, but fundamentally for much of the Mato Grosso do Sul at the turn of the twentieth century to the twenty-first, with pulp production of increment pulp and paper in March 2009 in the city of Três Lagoas and more than doubling this production from December 2012 in the same city and region has brought environmental conflicts that are established in the vicinity and even within the massive incidence of spectrum forest of FIBRIA and ELDORADO BRAZIL companies. From this perspective, conflicts are not restricted only to the problem of the possibility of water shortages, or massive use of glyphosate, but surpass those consequences to achieve family farming and the pegging of the local economy almost exclusively to the pulp industry -paper.

**Key-words:** Brazil delivery. Green deserts. Environmental conflict.

## 1 INTRODUÇÃO

O uso e ocupação do solo tem se revelado como um fator de acesso e manutenção do poder. No universo capitalista terceiro-mundista, como o caso brasileiro, sabe-se que há determinadas especificidades que envolvem a seletividade no âmbito econômico, seletividade esta que tende a gerar níveis de tensão em decorrência da própria administração de conflitos que suscita.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, mestre em Direito – Tutela de Direitos Supraindividuais pela Universidade Estadual de Maringá, graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo, de Presidente Prudente e professor adjunto na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Câmpus de Três Lagoas.

<sup>2</sup> Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, Professor Associado da Universidade Federal Fluminense e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, da mesma IFES.

Nesse sentido, a ocupação e uso do solo, isto é, do território enquanto arena de conquista e manutenção do poder, além dos meios e mecanismos de produção (incluindo-se o capital e o *know-how* tecnológico) representa o diferencial que tende a provocar, como consequência necessária, a mudança de paradigmas da construção da sociedade contemporânea.

Nessa linha, o processo desenvolvimentista-industrializante submetido ao Brasil nas últimas décadas e, em especial, ao Mato Grosso do Sul, é revelador de uma tomada de sentido com relação à reprodução do espaço territorial e dos meios inerentes à produção, com graves consequências socioambientais, como um todo. Não por outro motivo é possível se estabelecer relações entre terra-território e poder. Desde muito se conhece que a distribuição histórica das terras no Brasil se deu tendo por pano de fundo o capital mercantil.

E mais: os instrumentos jurídicos de controle social tendem a se tornar aliados dos detentores do poder, logo, dos mecanismos de produção e reprodução do Direito criando como que uma zona de intocabilidade frente ao próprio Direito, ampliando a segregação social, pois, os que se beneficiam desse desenvolvimento e lucram com as mazelas socioambientais se postam à margem do sistema normativo, elevados a uma condição de imunidade, proporcionando que não respondam por suas ações e/ou omissões, ainda que forjadoras de gravíssimos problemas sociais e danos ambientais incalculáveis.

É a lógica do ecologismo dos ricos, ou, da delinquência do colarinho verde, que se furta, dentro do próprio Direito, a responder pelas consequências diretas de seu modo de gestão e produção expansionista. Trata-se do modelo racional de expansão agroindustrial submetido ao país desde o século passado e que carece de apontar salvaguardas úteis e duradouras aos investidores, nacionais e internacionais, de modo a permitir como que uma zona-paraíso fiscal, social, ambiental e, até mesmo, criminal.

## **2. A RACIONALIDADE DA OCUPAÇÃO: “PROGRESSO”, “DESENVOLVIMENTO” VERSUS PASSIVO SOCIOAMBIENTAL**

A ocupação, incorporação e privatização do solo brasileiro tem obedecido à lógica territorial empresarial, isto é, ao modelo mercantil-capitalista. Terra é poder e quem a possui, só a possui porque precede em recursos, sejam eles econômicos, políticos, tecnológicos, enfim. Nesse sentido, pode-se afirmar que há espaços de comando e espaços de subserviência (SANTOS; SILVEIRA, 2002, p. 264-265).

As intrincadas relações de poder que se estabelecem em decorrência do modelo de funcionamento econômico-social e que encontram na concentração fundiária e na detenção tecnológica dos meios de produção, aliadas à manipulação política pelo

mercantilismo capitalista formam o caldo de cultura que estabelece o rito de passagem para a perspectiva de uma sociedade que pouco enxerga a dominação e, mesmo visualizando-a, tende a acatar o mecanismo como inerente à própria condição existencial, naturalizando-a, em detrimento de sua própria condição e qualidade de vida.

Diante da perspectiva posta é possível inferir as relações dialéticas que suportam o objeto deste artigo, a saber, o problema espacial e dos mecanismos de controle espaço/economia (isto é, a raiz do problema como sendo a concentração da ocupação e o uso do solo e as variadas formas de manifestação e controle social-normativo, incluindo a mais grave ferramenta de controle político-social representada pelo Direito Penal - por trazer a pena de prisão como a principal e mais utilizada consequência da incidência de seu sistema de normas – podem servir como fatores exponenciais de geração de conflitos socioambientais) e as tensões que daí decorrem.

Nesse sentido, emerge a questão do campo dos conflitos sociais decorrentes “do uso e apropriação do território e dos elementos sociais, bióticos e abióticos do espaço” (COSTA; BRAGA, 2004, 195-196) como arena de situação da justiça ambiental como mais um elemento caracterizador das discussões em torno da legitimação ou não de determinadas práticas.

Por óbvio, identifica-se nessas relações a dialética do conflito (OGBURN; NIMKOFF, 1984, p. 259). Em razão do conflito, inerente à sociedade, emerge a busca fetichista por uma determinada harmonia social, isto é, a ideia de que toda sociedade, para lograr o bem comum, necessitaria de normatização/regramento e encontraria uma possibilidade relativa de sua realização na expressão do conceito de que o Direito Penal é uma ordem de paz, sendo o delito a negação dessa ordem, a gerar, como consequência, a pena, cuja característica primeira é a retribuição jurídica, contemplada atualmente no atual Código Penal brasileiro (SHECAIRA; CORRÊA JR, 2002, 130). Essa ótica positivista de harmonização social esconde a ideia motriz de invisibilização das tensões e dos conflitos sob o manto da segurança jurídica, o qual tem se prestado a servir, muito mais, como caução aos investidores do que como primado da preservação das condições de vida e dignidade humana no país.

Todavia, não se olvide que as relações sociais são conflitivas, em essência. Isso se exacerba num regime de produção capitalista, onde poucos efetivamente encontram acesso aos benefícios do sistema social, com ênfase à produção e distribuição de riqueza, à custa, inclusive de interferências nocivas à sociedade e, principalmente, ao ambiente cujas consequências sempre são difusas.

O processo de acumulação de riquezas, de concentração de renda e recursos (principalmente a concentração fundiária sob o modelo monocultural) tende a produzir menoscabo significativo dos meios de vida, realização social e cultural,

produtiva e convívio com o ambiente nas áreas em que se instala, sujeitando a população às mazelas ambientais e sociais do perverso lado da exploração capitalista que, no Século XXI, ganha contornos mais vorazes em razão da Globalização e os compromissos, públicos e privados, com o mercado internacional de commodities que ela suscita, sujeitando os Estados nacionais ao direcionamento exigido para a manutenção do modelo pelos grandes agentes do sistema de produção – empresas multi e transnacionais, bancos, órgãos gestores etc. (FURTADO, 1974, 33). Os conflitos socioambientais, portanto, surgem em meio a essa dinâmica da sociedade, que pode, até, apresentar mesmo uma pequena parcela de pessoas ciente dos processos e prejuízos com os quais se vê obrigada a conviver, como parece ser o caso da cidade e região de Três Lagoas, Mato Grosso do Sul (SCOTTO; VIANNA, 1997, 25-28).

Nessa perspectiva a expressão “conflitos distributivos e dívida ecológica” (MARTÍNEZ ALIER, 2014, 78-79) pode ser apropriada pelo discurso de enfrentamento do modelo imposto para marcar e acentuar que determinados investimentos promovem prejuízos ao meio ambiente e são, sim, fatores inexoráveis de degradação das condições de vida e relacionamentos sociais no planeta, ainda que isso tudo venha sendo feito tendo como pano-de-fundo a utilização de um complexo sistema de propaganda que apregoa o desenvolvimento e a noção de sustentabilidade, com o apelo, principalmente, às mídias nacional e local (Globo Rural n. 357, julho/2015, capa e pp. 30-37; Expressão MS – Edição 007, ano 02, junho/julho/2015, pp. 44-60).

Nesse sentido, o conceito de passivo ambiental se apresenta recolocado no cenário social como mais um elemento caracterizador da exposição de um interesse que não se restringe, apenas, à questão do controle sobre a produção, mas, que perpassa essa ideia para abarcar as possibilidades de alusões às externalidades negativas como mensuráveis e dignas de reparação a partir da ambientalização de determinados conflitos sociais (LOPES, 2004, 216; 222).

Nessa linha, pode-se identificar um campo de disputas pela pregação da legitimidade da detenção, manipulação, exploração e manutenção do território e dos modos sociais de apropriação do mundo material com vistas gerar acordos simbióticos que visem a naturalizar as externalidades negativas decorrentes da práxis dessa relação (ACSELRAD, 2004, 16-17).

A própria construção da noção de “sustentabilidade” engendra uma série de conflitos para a sua situação, que vão desde a lógica malthusiana de racionalização dos recursos, passando pela lógica da gestão burocrático-estatal do patrimônio natural, até os modelos de inclusão das noções culturais e de (in)justiça ambiental como fundamentadores/legitimadores dos discursos propostos.

Nessa perspectiva é relevante a necessidade de construção de uma racionalidade ambiental como um meio de resgate, ou, reapropriação de uma forma de a sociedade e se relacionar com o ambiente, isto é, de construir uma outra noção de sustentabilidade que vá além do economicismo, ou seja, que seja capaz de superar a racionalidade do capital (LEFF, 2006, 248-249), que transformou o Brasil em uma mera plataforma de valorização financeira internacional (PAULANI, 2008, 41), principalmente, se se pretende fazer frente, com algum nível de tensão, ao modelo exploratório que foi imposto à cidade e região de Três Lagoas/MS e que obedece ao regime de flutuação das commodities internacional no segmento papel-celulose.

### **3. O DIREITO COMO NÃO-DIREITO, OU, PROMOTOR E LEGITIMADOR DAS NOÇÕES DE “DESENVOLVIMENTO”, “PROGRESSO” E “SUSTENTABILIDADE”**

Angustia perceber se e como o Direito e, em especial, o Direito Penal, mais grave dos instrumentos de controle social, teria condições de realizar essa árdua tarefa de calibração social e mitigação das consequências oriundas do processo agroindustrializante pela monocultura de eucalipto e o complexo celulose-papel na borda leste do Mato Grosso do Sul se há todo um arcabouço de políticas e legislações, principalmente do setor público, a amparar os processos de degradação ambiental mediante a concentração fundiária, uso indiscriminado de agrotóxicos, dispensa de estudos de impactos ambientais pelos governos estadual e municipal, contrariando a norma federal?

Evidencia-se um quadro social que escapa ao controle normativo do Direito, uma vez que as normas que poderiam, em tese, ser aplicadas no caso em questão existem, mas, os agentes escapam ao seu campo de incidência usando o próprio Direito, criando, assim, como que uma “terra de ninguém”, em que a impunidade se revela como a regra maior.

Trata-se não de uma impunidade que se situa à margem do sistema, mas, que se insere no sistema, usando o próprio Direito para criar situações de implícitas imunidades, esvaziando, assim, a capacidade de a norma e o Direito realizar um controle social com vistas a preservar os valores mais elevados e custosos à dignidade humana, como a proteção do ambiente, por exemplo.

A identificação dos fenômenos de concentração fundiária compreendidos na aquisição ou arrendamento de extensas áreas no bolsão sul-matogrossense e econômica (duas indústrias instaladas no Município de Três Lagoas que entraram em funcionamento em 2009 e 2012, respectivamente, para a produção de pasta de celulose atingiram a marca de 3,5 milhões de tonelada/ano) dá o tom do ritmo capitalista ali desenvolvido.

Trata-se de um modelo empresarial-político-negocial que nasceu para não encontrar limites. Nem mesmo a Resolução CONAMA n. 237/97, normativa federal, tem sido observada, uma vez que governos estaduais tem utilizado uma técnica interessante para burlar a legislação administrativa de tutela ambiental: expedem-se atos normativos autorizando o plantio indiscriminado de florestas de eucalipto (silvicultura) sem exigência de estudos de impactos ambientais e seus respectivos relatórios (art. 1º da Resolução SEMAC/MS n. 17/2007), muito embora o art. 2º, § 1º da referida Resolução do CONAMA (nacionalmente válido) apresente previsão expressa em sentido contrário.

#### **4. INJUSTIÇA AMBIENTAL: O CASO DO CONFLITO SOCIOAMBIENTAL QUE ENVOLVE OS ASSENTADOS DO ASSENTAMENTO SÃO JOAQUIM, EM SELVÍRIA, REGIÃO DO BOLSÃO SUL-MATOGROSSENSE**

Quando da primeira e mais longa estada no campo, em julho de 2015, fui orientado a que não “falasse mal” das indústrias papeleiras quando visitasse assentamentos. O motivo era evidente: com o abandono por parte do setor público (INCRA, AGRAER etc.), os assentados estavam nas mãos das indústrias, as quais se tornaram não somente as principais fomentadoras de projetos agrícolas e de geração de renda, como, a única fonte para os assentados.

Após ouvir por mais de duas horas à Srª Coracy Lima de Souza, presidenta da Associação de Produtores do Assentamento São Joaquim, percebi que suas principais inquietações versavam sobre as hercúleas dificuldades para acesso à água e sobre problemas com o INCRA que dificultava o acesso aos certificados de cessão de uso – CCU’s para vários assentados.

Seja para a lida doméstica, para o consumo humano e, principalmente, para manter as hortas e animais (gado, galinhas etc.), a água é fator absolutamente determinante para a fixação dos produtores no campo, principalmente, na agricultura familiar.

O problema no Assentamento São Joaquim é dos mais graves. São 181 (cento e oitenta e um) lotes que carecem do abastecimento d’água. Atualmente, isto é, em julho/2015, isso era feito por meio de um sistema de distribuição por gravidade. Um reservatório adquirido com recursos do INCRA (talvez, a única coisa nesse sentido que vi e ouvi ali), com 20 mil litros de capacidade, é o que serve a toda a comunidade do assentamento (incluindo a Escola Rural que se localiza ali), situação que persiste até esta data, em 2016.

Obviamente – e isso ficou muito claro para mim, na fala da entrevistada, Srª Coracy – não atende às necessidades do assentamento. A solução, segundo ela, estava por vir, sem data definida, ainda, com o financiamento de um projeto pela indústria

FIBRIA que, nos últimos dois anos estudava a compra de mais dois reservatórios com 30 mil litros de capacidade cada. Todavia, esse projeto não havia saído do papel, ainda... Aparentemente, interessa manter aos assentados nessa relação de subserviência e dependência.

Outro detalhe que me deixou muito curioso foi que as reclamações eram feitas não apenas pela entrevistada, como, por pessoas que passaram por sua casa enquanto transcorria a entrevista e que davam conta de rompimentos na tubulação de distribuição da água no assentamento.

Conforme me explicou a entrevistada, a forma como se deu a “licitação” dessa obra, no passado, a cargo de outras pessoas que estavam à frente da Associação, foi muito nebulosa, tendo sido encontradas muitas irregularidades, as quais reportavam, desde a baixa profundidade com que se “passou” o encanamento, até à péssima qualidade dos materiais empregados (a entrevistada usou a expressão “casca de ovo” para se referir aos materiais empregados pela empresa que executou os serviços), o que levava a rompimentos constantes, causando perda d’água, interrupção no fornecimento e prejuízos aos assentados. Segundo informou-me a Sr<sup>a</sup> Coracy, haviam feito uma “reclamação” no MPF sobre isso e tinha um “processo” correndo ali.

Na mesma data, isto é, em 28/07/2015, dirigi-me ao MPF para saber sobre essa representação feita pelos assentados e colhi informações de que havia sido instaurado um inquérito civil público – ICP e figuravam os próprios assentados como investigados, uma vez que a verba utilizada, aparentemente, deveria ter outra destinação que não o abastecimento d’água. Solicitei, então, verbalmente, ao órgão do MPF, que fizesse uma vistoria no Assentamento São Joaquim, para conhecer melhor, de fato e concretamente, o caso e as reais necessidades, antes que o ICP fosse concluído e se culpabilizasse àqueles que foram e continuam sendo prejudicados ali, os assentados, injustamente. Justifico meu pedido: Três Lagoas, assim como muitos outros locais periféricos sofre com as alterações constantes de servidores públicos. Assim, é bastante trivial que um servidor inicie um procedimento com uma visão do caso, mas, ele não acompanhará o procedimento e muito menos o concluirá. Há situações em que um mesmo procedimento teve dois ou três procuradores à frente, em menos de quatro anos.

Outra reclamação muito evidente que colhi na entrevista foi no sentido de que a AGRAER, agência que deveria prover aos assentados assistência técnica em extensão rural, na verdade, não cumpria essa função, atuando, muito mais, como censor/fiscalizador do INCRA, tendo sido noticiado que muitos assentados estavam sendo pressionados por nada produzirem, quando, em verdade, não o poderiam, tanto por escassez de água, como, por não terem conseguido, ainda, “limpar” a área, isto é, realizar o “desmate” exigido por ausência de plano de manejo prévio (que poderia e

deveria ser fornecido pela AGRAER). Assim, o INCRA não conferia o certificado de cessão de uso – CCU, porque vários assentados não davam conta de cumprir a obrigação inicial – limpar o lote, realizando o desmate mínimo, mediante plano de manejo prévio – e a AGRAER não prestava a assistência devida porque esses mesmos assentados não tinham o tal CCU.

Sem o CCU, nada é possível, em termos legais, aos assentados. Nenhum financiamento, nenhuma assistência. Evidenciei, aqui, o ponto nevrálgico do conflito socioambiental ali: a ausência, proposital, ou, não, de regularidade da área rural cedida pelo INCRA imobilizava muitos assentados, impedindo-os de produzir e, assim, cumprir sua função social por meio da agricultura familiar e sobreviver.

Veja-se o “samba-de-uma-nota-só”: o INCRA não fornece o CCU porque assentados não cumpriram as obrigações iniciais exigidas no ato de imissão na posse dos lotes, ou seja, realizar a limpeza da área mediante desmate; a AGRAER, que deveria oferecer a assistência técnica em forma de plano de manejo para o desmate não atende aos assentados porque esses não dispõem de regularidade fundiária, o tal CCU.

É um círculo vicioso, o mais perverso por atingir, justamente, assentados pelo próprio INCRA, gente despossuída, sem recursos, sem condições de contratar uma consultoria que supra a omissão da AGRAER, para dar conta de regularizar-se mediante o plano de manejo e o efetivo desmate legal.

Retrato, aqui, neste momento, na região de Três Lagoas/MS, um caso clássico de injustiça ambiental (HERCULANO, 2013, 388-389). Se, por injustiça ambiental, entende-se “o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais [...] mais vulneráveis” (HERCULANO, 2013, 388), tenho para mim que o caso de agricultores familiares impedidos de produzir pela perversa lógica burocrática acima descrita, ilhados no jogo-de-empurra entre INCRA e AGRAER se enquadra, exatamente, nisso, tratando-se, evidentemente, de um conflito socioambiental.

Enquanto o complexo territorial eucalipto-celulose-papel, na expressão de ALMEIDA (2012b, 4) é isento pelo Estado de MS de licenciar suas operações em campo, diga-se “florestais”, beneficiando-se à larga com créditos e financiamentos, especialmente subsidiados e com carência para início do pagamento, pelo FCO ou pelo BNDES, principalmente, além de receber isenções fiscais de tributos estaduais e municipais, apenas no Assentamento de Reforma Agrária São Joaquim, vários agricultores familiares são impedidos de produzir e correm risco, até, de reversão das posses pelo INCRA, por não cumprirem sua função social pela absoluta ausência do CCU, documento preliminar de regularização fundiária e de acesso a qualquer

financiamento, público ou privado. A matriz de Justiça Ambiental se encaixa como uma luva, nesse conflito.

Em entrevista a mim concedida na tarde do dia 28/07/2015, na ante-sala do INCRA, uma pessoa que se encontrava presente (que não respondeu ao questionário, por entendê-lo inaplicável às suas funções) alegou que era um absurdo aquele órgão contar com apenas dois funcionários para assistir a toda a região do Bolsão e nem mesmo contar com uma secretária que pudesse atender a telefonemas, anotar recados etc.. A pessoa pareceu-me esclarecida, pois, tinha plena consciência do sensível esvaziamento das funções/atribuições/potencialidades do instituto. Segundo ela, que solicitou sigilo absoluto de seu nome ao pesquisador, o INCRA, ao menos no Escritório Regional de Três Lagoas, havia sido reduzido a um mero órgão chancelador de títulos fundiários. Talvez, esse esvaziamento, ao lado da carência de servidores e notório acúmulo de trabalho esteja entre os motivos para a deflagração da greve pelos servidores do instituto, em agosto de 2015<sup>3</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O incremento do processo de reentrada do complexo agroindustrial territorial eucalipto-celulose-papel no Mato Grosso do Sul, via região Leste, ou, Bolsão, como se o denominou, apresenta uma série de situações que configuram, no mínimo, motivo de preocupação por parte de segmentos da sociedade treslagoense, alguns docentes-pesquisadores da UFMS (LOPES, 2015; ALMEIDA, 2011), mestres e mestrandos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Geografia dessa mesma e de outras instituições (KUDLAVICZ, 2011; ASEVEDO, 2013; MARINI PERPETUA, 2013), membros do Ministério Público Federal etc.).

O Direito e, em especial, o Direito Penal acaba sendo utilizado como um instrumento de manutenção do *status quo* das elites reacionárias dominantes: o latifúndio, aliado ao capital industrial que, por sua vez, tem em sua agenda de financiamento eleitoral políticos que se elegem e reelegem, sistematicamente. Volta-se o Direito contra os expropriados e ampara o capital.

Nessa perspectiva, no Mato Grosso do Sul criou-se uma política pública em simbiose com a apropriação capitalista nacional e transnacional que permite a edição de atos normativos que excluem ao Direito e, fundamentalmente, ao Direito Penal, o complexo eucalipto-celulose-papel de sua ingerência. Criou-se uma zona de impunidade dentro do próprio Direito.

---

<sup>3</sup>Fonte:<http://www.perfilnews.com.br/noticias/estado/incra-do-ms-entra-em-grevo-por-tempo-indeterminado-nesta-sexta-feira>.

Enquanto isso, a agricultura familiar originária de um dos raríssimos programas de assentamento para a reforma agrária ali se vê impedida de produzir, pois, envolta no jogo-de-empurra da burocracia estatal que os lança, quando muito, nas mãos das indústrias papeleras (as mesmas que se robustecem com a concentração fundiária, créditos financeiros a rodo, isenções fiscais a perder-se de vista, política ambiental que as isenta de licenciar a parte florestal da sua produção etc.), as quais se tornam a única fonte, precaríssima, de financiamento de projetos de renda para os assentados. Em vários casos, assentados nem a isso obtêm acesso, uma vez que não conseguem obter o certificado de cessão de uso. A injustiça ambiental resta patente na região do Bolsão, que se foi, literalmente, para grande parte da sociedade, o que resulta numa crítica ao modelo de “progresso” que ali se propaga.

## 6. REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. In: ACSELRAD, Henri (Org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004, p. 13-35.

ALMEIDA, Rosemeire Aparecida de. Impactos socioambientales de la expansión del complejo territorial eucalipto-celulosa-papel em el cerrado brasileño. **Revista Estudios Sociales Contemporáneos**. Mendoza/Argentina: Intituto Multidisciplinario de Estudios Contemporáneos. V. 5-6, 2012b, p. 15-26 (ISSN 1850-6447).

\_\_\_\_\_. **I Simpósio sobre a Formação do Complexo Celulose-Papel em Mato Grosso do Sul: limites e perspectivas...**, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2011.

ASEVEDO, Tayrone Roger Antunes de. **Territorialização e reestruturação produtiva dos agronegócios nas microrregiões geográficas de Tangará da Serra/ME e Três Lagoas/MS**. 2013, 252p. Dissertação (Mestre) – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, 2013.

BRASIL, CONAMA, **Resolução n. 237**, de 19 de dezembro de 1997.

BRASIL, Estado de Mato Grosso do Sul, SEMAC, **Resolução n. 17**, de 20 de setembro de 2007.

CIRILLO, Bruno. Lucro na floresta. **Globo Rural**. São Paulo: Editora Globo, n. 357, julho/2015, pp. 30-37.

COSTA, Heloisa Soares de Moura; BRAGA, Tânia Moreira. Entre a conciliação e o conflito: dilemas para o planejamento e a gestão urbana e ambiental. In: ACSELRAD, Henri (Org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004, p. 195-216.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Círculo do Livro – Ed. Paz e Terra, 1974.

HERCULANO, Selene. **Políticas ambientais: o ambiente é você... e você... somos nós**. Niterói/RJ: Editora da UFF, 2013.

KUDLAVICZ, Mieceslau. **Dinâmica agrária e a territorialização do complexo celulose/papel na microrregião de Três Lagoas/MS**. 2011, 177p. Dissertação (Mestre) – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, 2011.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução: Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LOPES, Cláudio Ribeiro. Direito ambiental e criminalidade verde. In: Marçal Rogério Rizzo (Org.). **Versões & Ponderações**: reflexões acadêmicas atuais. Volume II. Birigui/SP: Ed. Boreal, 2015, pp. 23-25.

\_\_\_\_\_. Limites do desenvolvimento. In: Marçal Rogério Rizzo (Org.). **Versões & Ponderações**: reflexões acadêmicas atuais. Volume I. Birigui/SP: Ed. Boreal, 2015, pp. 251-252.

LOPES, José Sergio leite. A ambientalização dos conflitos em Volta Redonda. In: ACSELRAD, Henri (Org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004, p. 217-244.

MARINI PERPETUA, Guilherme. **A miragem verde: um olhar sobre a mobilidade espacial do capital e da força de trabalho a partir de Três Lagoas (MS/Brasil)**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2013.

MARTÍNEZ ALIER, Joan. **O ecologismo dos pobres**: conflitos ambientais e linguagens e valoração. Tradução Maurício Waldman. 2. ed. 1. reimpr. São Paulo: Ed. Contexto, 2014.

MININI, Sarah. Indústria florestal: superação de crises desde a primeira semente. **Revista Expressão MS**. Três Lagoas: Expressão MS Ed. E Impr. de Jornais, n. 007, ano 02, junho/julho/2015, pp. 44-60.

OGBURN, William F.; NIMKOFF, Meyer F.. **Cooperação, competição e conflito**. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (organização e introdução). 14. ed. São Paulo: Nacional, 1984.

PAULANI, Leda Maria. **Brasil delivery**: servidão financeira e estado de emergência econômico. São Paulo: Boitempo, 2008.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil**: território e sociedade no início do século XXI. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SCOTTO, Gabriela; VIANNA, Angela Ramalho. **Conflitos ambientais no Brasil**: natureza para todos ou somente para alguns? Rio de Janeiro: IBASE, 1997.

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

# **VIOLÊNCIA CONTRA O NEGRO: PROBLEMA INVISÍVEL AOS OLHOS DA SOCIEDADE E DO ESTADO**

Ana Laura Vieira  
Felipe Augusto Rodrigues Ambrosio  
Fernando de Brito Alves

**RESUMO:** O trabalho trata da questão do racismo contra o negro no Brasil e das consequências provindas de tal prática, dando enfoque à violência contra o jovem negro, o qual se caracteriza, segundo as pesquisas, como o perfil da maioria das vítimas de homicídio no país. Assim foram analisados os aspectos sociais decorrentes do racismo e as prejudicialidades na estrutura da sociedade em relação a minoria caracterizada negra. Para tanto o objetivo do trabalho é o de abordar soluções a fim de combater a prática do racismo e diminuir a violência contra o jovem negro no Brasil, exemplificativamente relatando campanhas de órgãos internacionais e do governo bem como ações voltadas para a educação como meio de conscientizar e formar uma nova população, isenta de discriminação racial, sendo importante para tanto identificar as causas a fim de resolver o problema pouco visto pela sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Racismo; violência; negro.

**ABSTRACT:** This paper leads with the racism against the afro-descendant people in Brazil and the consequences of its practice, focusing on the violence against the afro-descendant young people which is characterized, according to the research, as the profile of the majority of the homicide victims in the country. The violence is also characterized by the practice of racism crimes and racial injury, addressed by the legislation in the Federal Constitution of 1988 and the Law 7.716/89, with its subsequent amendments. Its constitutional provision and the recognition of racism as a crime means a step forward in the fight against racism after its rooting in the Brazilian society in years of slavery, as well as after the transition between empire and republic, with the exclusion of afro-descendant people and with the indifference that they were treated. This way, different racism aspects were studied, approaching its formation with the perception of the afro-descendant people's inferiority since slavery and through ages during the society's transformation; the evolution of the legislation applied in the slavery time until the recognition of the racism crime in the Constitution, analyzing specifically the conducts of racial crimes and racial injury at the same

**KEYWORDS:** Racism, violence, afro-descendant.

## **1 INTRODUÇÃO**

O racismo contra o negro no Brasil transpõe-se como uma prática enraizada devido a mais de três séculos de escravidão e a falta de inclusão do negro após a abolição em uma sociedade integradora e justa.

Aliados a essas causas de formação da prática discriminatória racial existem fatores sociais prejudiciais que se desenvolveram ao longo do tempo, como a crescente violência contra os negros no país, a qual atinge números alarmantes e identificadores de um "genocídio" da população negra brasileira.

Nesse sentido, o trabalho utiliza-se de pesquisas bibliográficas para delinear as causas do racismo e as suas decorrências na criminalidade, evidenciando o crescente número de mortes de jovens negros no Brasil em decorrência dos problemas provindos desta prática discriminatória.

Em relação a estas perspectivas constata-se a necessidade de proteção à população negra em geral, já que pesquisas mostram que na última década, o maior número de vítimas decorrentes de homicídios no país foi de jovens negros, entre 15 e 29 anos. Em longo prazo caminha-se para uma situação de extermínio da população negra sendo que sob este viés, inegavelmente a grande quantidade de mortes tem relação à cor da pele, uma vez que diversos são os fatores que tornam tais pessoas alvo das situações de risco, sob a base, é claro, de uma discriminação racial enraizada no pensamento brasileiro.

Desse modo, o objetivo do trabalho consiste em promover o debate acerca do racismo e sua prática no Brasil, bem como escancarar à sociedade e ao poder público a situação atual de uma formação de extermínio da juventude negra brasileira e a urgência de resoluções para tal problemática; apontando-se assim formas de solucionar esta questão alarmante.

## **2 AS CAUSAS DA VIOLÊNCIA FREQUENTE E CARACTERIZADORA DE ATENTADO A POPULAÇÃO NEGRA**

O racismo no Brasil é uma prática enraizada que sem dúvidas influencia em um processo de violência frequente e justificada por todo esse racismo institucional constante no país. As características de determinadas práticas de violência são comprovadas por estatísticas de estudos comparados por década, os quais mostram uma realidade de extermínio da população brasileira jovem e negra, haja vista ter se desenvolvido um aumento muito superior de homicídios quanto a estes do que em relação à população branca.

A tratar do assunto e tendo em vista a conclusão supracitada - a de caracterização do genocídio da população negra no Brasil - é necessário primeiramente elencar as causas e aliar os dados sobre estas a fim de que possa se fundamentar a lamentável situação em que se avançou a discriminação contra a raça no país.

Há que se demonstrar, contudo, que o censo de 2010 registrou uma redução da proporção de brancos, que em 2000 era 53,7% e em 2010 passou para 47,7%, e um crescimento de pretos (de 6,2% para 7,6%) e pardos (de 38,5% para 43,1%). Sendo assim, a população preta e parda passou a ser considerada maioria no Brasil, atingindo 50,7% (IBGE, 2011, p. 75-76). Tal maioria necessita de ser tutelada pelo direito das

minorias haja vista a perpetuidade do racismo no país, a qual gerou uma situação necessária de inclusão social por parte dos negros, conforme se vê a título de exemplo as conhecidas ações afirmativas de cotas raciais.

Assim a população negra no país, privada de igualdade nas oportunidades fornecidas pela demanda social fica concentrada em sua maioria nas áreas periféricas dos municípios onde a moradia é mais carente e atende as suas possibilidades financeiras frutos do seu trabalho, registrando-se desse modo uma exclusão social quanto à própria estrutura dos territórios. Ressalte-se que a problemática da exclusão social não se evidencia apenas pela pobreza, mas envolve além de aspectos econômicos, aspectos sociais, políticos e culturais, demonstrando-se assim a exclusão pela discriminação também, sobre o assunto asseverou Jairo Néia Lima (2011, p.27):

A exclusão social, portanto, vai além da pobreza como carência de recursos e revela-se muito mais como um processo histórico de impedimento ao acesso de instrumentos sociais integradores, gerando, assim, um grupo de indivíduos, fruto dessa ruptura social, os excluídos, que não têm voz e poder na sociedade.

Dessa forma, a maioria da população residente em periferias é negra e recebe um tratamento diferenciado, dado o preconceito já referido por conta da pobreza e do racismo. É claro que devido à falta de oportunidades nesses locais também se encontram maiores índices de criminalidade, a realidade é logicamente outra quando comparada a níveis sociais abastados. Por essas características a própria sociedade enxerga estes locais com um preconceito e generalização sob todos que ali residem.

O racismo no Brasil é um dos piores que se pode existir, ainda que aqui não haja expressamente uma segregação racial em âmbitos públicos ou habitacionais, ou seja, uma separação de fato entre brancos e negros, isto persiste no país da mesma forma ou pior do que era o regime de apartheid na África do Sul. As pessoas ignoram a existência de um racismo, ou mesmo se negam serem racistas, mas ele é real e mostra-se presente, principalmente nos fatores socioeconômicos. Não se vê propriamente um bairro para negros, e outro para brancos, porém se visualiza a separação das cidades em blocos de maior poder aquisitivo e as periferias onde está concentrada a população mais pobre a qual é claramente formada por maioria negra. Portanto, não há que se constatar a inexistência de racismo no Brasil, pois mesmo que a segregação não seja escancarada e instituída expressamente pela sociedade e pelo Estado, as vias indiretas de estrutura social e física das localidades brasileiras refletem a exclusão do povo negro, que se caracteriza sempre como minoria nos diversos âmbitos sociais. A sociedade institui em verdade um racismo não ostensivo, mas muito efetivo nas prejudicialidades que desenvolve.

Todo esse parâmetro social reflete em diversas áreas, como a educação, pois lamentavelmente o que se vê são poucos negros na universidade e consequentemente com oportunidades de ensino de qualidade, decorrentes da falta de poder aquisitivo do negro e haja vista que no Brasil a educação pública clama por muitas melhorias.

O preconceito no Brasil não deve ser levado em conta apenas no aspecto econômico, mas principalmente no racial, diferente do que muitas pessoas pensam ou querem assim deixar transparecer. Em 2011, no Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) constatou a quantidade da população na média de 195, 2 milhões de pessoas, dessas, juntando a população preta e parda calcula-se o número de 100,1 milhões de pessoas negras no país contra 93,3 milhões de brancos (IBGE, 2011, p.49). Segundo os dados, e aliado ao racismo existente, é muito mais provável que um negro seja pobre no Brasil do que um branco.

Os indicadores sociais denotam a cada dia uma diminuição na população negra brasileira já que cada um destes indicadores, como a educação, a política, saúde, mercado de trabalho apresentam-se todos com índices desfavoráveis aos negros. É claro que não se está aqui a afirmar que a população negra não tem acesso a tais aspectos sociais, porém os dados identificam a ausência de negros em diversos ramos sociais, o que de todo modo não é preciso, já que para identificar tal situação, a simples percepção e visualização dos cidadãos ao redor já podem delimitar tal constatação.

Um exemplo claro dos indicadores referidos manifesta-se na educação, das cinco regiões do país, quatro delas apresentam o índice de analfabetismo bem elevado para pretos e pardos se comparados aos brancos. Utilizando um total de pessoas para cada região, no Norte identificou-se 81,9% de analfabetos pretos e pardos contra 16,3% de brancos; na região Nordeste 75,8% para pretos e pardos contra 25,4 para brancos; no Sudeste 56,4% para pretos e pardos contra 42,1% para brancos; e na região Centro-oeste 68,3% de analfabetos pretos e pardos contra 29,2% de brancos. Somente na região Sul o índice de analfabetismo foi maior para brancos (60,8%) contra 37, 2% para pretos e pardos (IBGE, 2009, p.47). Ressalte-se que o índice de analfabetismo menor para pretos e pardos do que para brancos na região Sul é justificado pela quantidade da população preta e parda na referida região ser bem inferior à população branca, uma vez que 78,7% da população sulista revelou-se branca conforme o IBGE em 2008, sendo a população preta e parda apenas de 20,5% (2009, p.188). O reflexo de tal aspecto tão importante como a educação incide nos demais, dificultando a inserção da população negra no mercado de trabalho, na política e nos demais ramos.

No que concerne ao ensino superior, no mesmo sentido mais dados revelam a falta de acesso à educação pela população negra. "Enquanto, no conjunto do País,

14,7% das pessoas de cor branca tinham concluído o superior, entre as pessoas de cor preta e parda a proporção era de apenas 4,7%, em 2008” (IBGE, 2009, p. 186).

No mesmo sentido a ausência de negros na esfera do poder é consubstanciada da simples percepção da sociedade, poucos negros são vistos ocupando cargos políticos, isso faz caracterizar-se a sub-representação (PNUD, 2005, p.46) dessa parte da população. O Relatório de Desenvolvimento Humano da PNUD de 2005 (p. 46) explicita:

Os negros representam em torno de 45% da população brasileira. Na ausência de barreiras sócio-raciais espera-se que a composição de negros e brancos nas posições reflita a existente na população total. Quando um grupo está muito acima da proporção em que se apresenta na população em geral, diz-se que está sobre-representado; na situação contrária, diz-se que está sub-representado.

Note-se que a população negra mesmo após 10 anos depois de tal constatação, continua em situação de sub-representação. Muito embora existam alguns destaques de pessoas negras no poder como exemplo o ex- presidente do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, que tomou posse no cargo em 22 de novembro de 2012, sendo o primeiro negro a ocupar tal posto (STF, 2012, s.p), é de fato expressiva a pequena quantidade de representação da população negra em tais esferas políticas. O grande exemplo é que nunca se teve ocupado o cargo de Presidente da República por um negro.

Consequentemente essa parcela mínima de representação influencia nas possíveis resoluções de toda discriminação com a população negra no Brasil. Ao serem poucos, sua possibilidade de liderança nas esferas de poder é reduzida e a noção de necessidade de políticas públicas a fim de proteger o negro não é clara e priorizada no pensamento dos demais.

No mercado de trabalho analisa-se situação semelhante, uma pesquisa demonstrou que a razão da média anual do rendimento médio real do trabalho principal em relação à cor/raça revela-se com um rendimento médio para os ocupados de cor preta ou parda, em 59,2% do rendimento dos ocupados de cor branca. Salvador destaca-se com a menor proporção, sendo o número de 48% nesta localidade (IBGE, 2016. p.45).

Ora, todos esses fatores elencados e os demais indicadores sociais acarretam toda essa problemática do número elevado de homicídios entre os jovens negros no Brasil, uma vez que com poucos representantes nas esferas de poder não existe a prioridade de políticas públicas de inclusão de negros nos diversos âmbitos sociais e educacionais, com a ausência de negros no mercado de trabalho aumenta-se o desemprego dessa parcela da população e a inclusão destes no mercado informal já

que o baixo poder aquisitivo os leva a habitar lugares conseqüentemente mais perigosos e de maior acesso à criminalidade.

Ao longo das duas últimas décadas do século 20, a renda per capita dos negros representou apenas 40% da dos brancos. Os brancos em 1980 ainda teriam uma renda per capita 110% maior que a dos negros de 2000. O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M), uma adaptação do IDH para Estados e municípios brasileiros, da população branca em 2000 era melhor que o da Croácia, e o da população negra, pior que o do Paraguai.(PNUD, 2005, p.15).

Assim mais indicadores transparecem a situação de desigualdade vigente no país em relação aos negros, tudo a contribuir cada vez mais para a sua exclusão e o frequente estado de vitimização destes em relação à violência.

### **3 O “GENOCÍDIO” CONTRA A POPULAÇÃO NEGRA BRASILEIRA**

A situação de “genocídio” da população negra no Brasil caracteriza-se de forma explícita através de pesquisas realizadas e interpretadas por órgãos nacionais e internacionais. A dimensão deste problema é tanta que precisa ser exposta à sociedade e rediscutida a fim de que se apresente as soluções. A urgência demonstra-se a partir de diversas razões.

Em 20 de novembro de 2014 a Rede Brasil Atual noticiou em seu site (GOMES, Rodrigo. 2014, s.p.) informações sobre a Campanha Jovem Negro Vivo, objeto de pesquisa do tópico posterior, e em uma das passagens expôs tais resultados:

Segundo o Mapa da Violência, elaborado pelo sociólogo Julio Jacobo Weiselfisz, nos últimos dez anos ocorreu um aumento gritante nas mortes violentas de jovens negros. Em 2002, morreram 80% mais jovens negros do que brancos. Mas em 2012, a diferença mais que dobrou: 169%. A taxa de jovens brancos vítimas de homicídio foi de 30,1 para cada 100 mil jovens brancos. Já a de negros foi de 80,7 por 100 mil.

Desse modo não há como negar que as raízes do problema de homicídio provêm em grande parte do racismo institucional e socioeconômico, no mínimo mostra-se estranho tal diferença de homicídios com relação à cor das pessoas sem que isso seja aliado a prática de discriminação ou mesmo aos frutos dessa prática conforme já exposto, haja vista que os negros são mais vulneráveis a partir do fato de que tem menos oportunidades.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) ao realizar uma pesquisa sobre o assunto concluiu que ser negro no Brasil é pertencer a uma população de risco(IPEA, 2013, p.21), os dados demonstraram que a chance de um jovem negro ser assassinado no Brasil é 3,7 vezes maior do que se comparado a um jovem branco.

Vários estudos apontam que na última década o aumento de homicídios contra a população negra foi muito maior ao comparado a população branca, porém o aumento dos homicídios não foi relevante de uma década para outra, a título de exemplo no Mapa da Violência de 2014 apurou-se que em 2002 a taxa em âmbito nacional do número de homicídios foi de 28,9 por 100 mil habitantes, enquanto em 2012, a taxa manteve-se praticamente igual, sendo de 29,0 por 100 mil habitantes (WEISELFISZ, Julio Jacobo. 2014, p.130). Ocorre que o mesmo estudo apontou que entre 2002 e 2012, o número de homicídios vitimados pela população branca diminuiu em 24,8% enquanto o número de homicídios que tiveram como vítima a população negra aumentou em 38,7% no mesmo período.

Diante de tais aspectos, o que se permite concluir é que é inconteste a situação de causalidade entre o racismo e o grande número de homicídios entre a população negra; é evidente que se não houve aumento significativo na taxa de homicídios no geral, contudo houve aumento nos homicídios contra os negros e diminuição contra os brancos, há uma característica de seletividade entre os assassinatos, o que mais uma vez confirma a situação crescente de genocídio da população negra brasileira.

No que se refere à população jovem, a pesquisa também constatou que “o número de homicídios de jovens brancos cai 32,3%, e dos jovens negros aumenta 32,4%” (WEISELFISZ, Julio Jacobo. 2014, p.132) no mesmo período (2002 a 2012).

Na conclusão denota-se que a vitimização negra em seu total passou de 73% em 2002 para 146,5% em 2012, tendo então um aumento de mais de 100% (WEISELFISZ, Julio Jacobo. 2014, p.166), o que torna a situação urgente e extremamente necessitada de resoluções.

Decorrente do problema apresentado, a falta de oportunidades para a população negra leva o jovem negro a ser mais facilmente envolvido com a prática de ilícitos, haja vista também o caráter clandestino das moradias periféricas, tratando-se exemplificativamente da questão do tráfico de drogas a qual este jovem é frequentemente exposto no contexto em que vive e que em meio a sua realidade trazem uma “oportunidade” e um retorno quase garantido, sem considerar contudo, e é claro, a grande vulnerabilidade a que está exposto em razão do nível alto de violência de tais práticas, sem falar na ilicitude. Nesse sentido torna-se evidente uma das razões para os jovens negros serem os protagonistas da violência no país, ao mesmo tempo que estão entre a maior parte dos criminosos, são também as maiores vítimas da situação de risco a que são colocados. “A sobre-representação de negros entre homens, pobres e jovens é responsável não só pela sobre-representação de negros entre as vítimas fatais da

violência como pela sobre-representação de negros entre os agressores.” (KILSZTAJN, Samuel et al. 2000, p.1413).

A falta de oportunidades no mercado de trabalho é sentida e relatada na visão do jovem negro morador de periferia. Diante de uma pesquisa realizada no Rio de Janeiro com 42 jovens negros e pardos entrevistados sobre a percepção da discriminação no Brasil, em relação ao mercado de trabalho, concluiu-se a obtenção de tais resultados no relato:

No caso da assimetria entre pessoas de cores diferentes no mercado de trabalho, as falas apontam para a existência do preconceito contra pretos/negros, em contraposição a uma posição privilegiada dos brancos. Parte não explícita os motivos; outros se referem à ausência de negros/pretos em espaços como a mídia eletrônica, à condição social ou à aparência para justificar o menor acesso dos negros ao mercado. O legado histórico de desvantagens acumuladas pela população negra também é citado, assim como situações de racismo no cotidiano, em contextos diversos. Todavia, alguns destacam mudanças positivas em termos da diminuição do racismo. No geral, os achados assinalam a percepção das desigualdades raciais nas oportunidades no mercado de trabalho. No entanto, as explicações são variadas e não se restringem à cor, demonstrando como cor e classe mantêm entre si uma estreita dialética.(CECCHETTO, Fátima; MONTEIRO, Simone. 2006, p. 207).

Apesar da identificação destes diversos fatores, alguns influenciam de forma imediata e direta na questão, como é o caso da identificação de um racismo institucional no Brasil, assim definido no Boletim de Análise Político – Institucional 4 de 2013 do IPEA “ racismo institucional pode ser definido como o fracasso coletivo das instituições em promover um serviço profissional e adequado às pessoas por causa da sua cor.”(IPEA, 2013, p.22).

Sob a análise do racismo institucional a polícia é o maior exemplo desta prática. Não há como negar que a instituição policial é o reflexo da sociedade pela qual foi criada e que se age com tratamento diferenciado junto à população negra é porque reflete o enraizamento do preconceito visível da sociedade ao enxergar o negro como bandido. “A violência e a corrupção policial são outros aspectos fortemente presentes no dia a dia das populações caracterizadas como “grupos de risco”, sendo mais uma forma de estigmatização destas populações por parte da ação policial”. (RUOTTI, Caren; MASSA, Viviane Coutinho; PERES, Maria Fernanda Tourinho. 2011, p.382).

As instituições públicas como a Polícia Militar expressam o racismo institucionalizado ao separarem os juízos de valores e o respeito a depender da “raça” da população com que estão lidando.

O fato é que o modo como se está dando a atuação policial contribui efetivamente para o aumento dado aos homicídios entre a população negra. “Como mostra a Pesquisa Nacional de Vitimização, 6,5% dos negros que sofreram uma agressão no ano anterior tiveram como agressores policiais ou seguranças privados (que muitas vezes são policiais trabalhando nos horários de folga), contra 3,7% dos brancos (IBGE, 2010)” (IPEA, 2013, p. 23). Walter de Oliveira Campos (2009, p. 91) explicita sobre a origem do racismo institucional na polícia atribuindo um caráter histórico:

No entanto, é facilmente constatável a afirmação de que a atuação repressiva da polícia sobre os negros é determinada também por uma visão racista. Historicamente, a polícia tem exercido controle sobre a população negra desde a abolição da escravatura, seja reprimindo condutas praticadas pelos negros que eram proibidas pela legislação da época, tais como o curandeirismo e a capoeiragem, seja agindo à margem da lei.

O que ocorre é que o tratamento dos policiais não é igualitário em relação a todas as pessoas, por ter caráter público e ser uma esfera de poder a instituição deveria assessorar igualmente a população e sua atuação deveria ser universalmente cautelosa e protetora de todos, ou seja, a polícia em sua abordagem precisa realizar análises e se fundar em indícios que veemente levem a crer que tal indivíduo é suspeito, mas de maneira nenhuma julgar alguém em razão da cor da sua pele como culpado. A abordagem da polícia junto às pessoas negras hoje mostra-se deturpadora de imagem da pessoa e muitas vezes sem nenhum comprometimento em realizar o trabalho policial com justiça e respeito.

O perfil das vítimas (pobres e, em sua maioria, negros) é semelhante ao de grande parte das cerca de 30 mil pessoas que morrem assassinadas no Brasil todos os anos. Apesar de no senso comum, e mesmo em grande parte dos veículos de comunicação, predominar a percepção de que a criminalidade afeta a todos da mesma maneira, são os negros as principais vítimas. Os dados do Sistema de Informação sobre Mortalidade (Ministério da Saúde) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram que, em 2001, a taxa de homicídios dos homens de 20 a 24 anos era, mesmo para brancos, escandalosa: 102,3 por 100 mil habitantes. Para os jovens negros, porém, a taxa era duas vezes maior: 218,5 a cada 100 mil deles foram vítimas de assassinato, um risco equivalente ao de morar em países em guerra civil. A maior parte dos jovens negros assassinados vivia em favelas, bairros periféricos e subúrbios das grandes cidades. (PNUD, 2005, p.12).

Constata-se assim a situação de vulnerabilidade a qual os jovens negros e pobres estão atrelados, uma vez que são de forma recorrente atingidos pela violência no país. A identidade destes jovens justifica-se como vulnerável no sentido de que a

vulnerabilidade é uma situação, neste caso, de risco, a que tais jovens são expostos, ao que depende do contexto social que estão inseridos (RUOTTI, Caren; MASSA, Viviane Coutinho; PERES, Maria Fernanda Tourinho. 2011, p. 380). Portanto, o contexto social do Brasil, como já explicitado, favorece a vitimização da parcela social referida, gerando o crescente genocídio.

#### **4 A CAMPANHA JOVEM NEGRO VIVO DA ANISTIA INTERNACIONAL E A CPI DE HOMICÍDIOS DE JOVENS NEGROS E POBRES**

Em meio a essa situação do grande número de homicídios cometidos no Brasil, e por ser a grande maioria destes realizados contra jovens negros de 15 a 29 anos, tais aspectos necessitavam de uma atenção especial a fim de que sejam combatidos, e essa atenção em forma quase que proporcional ao problema, apenas veio com o olhar da Anistia Internacional. O conhecido movimento global, o qual tem por objetivo a proteção dos direitos humanos, criou em 2014 uma campanha chamada Jovem Negro Vivo, justamente para atentar os olhos da população e do Estado para os dados alarmantes e indicadores de um grave problema social.

Segundo dados utilizados na divulgação da Campanha, os números de mortes no Brasil ultrapassam os de zonas de guerras, isto porque nos maiores conflitos mundiais, como no Afeganistão, Iraque e outros países, entre 2004 e 2007 ocorreram em média 170 mil mortes, contudo, no Brasil no mesmo período, foram mais de 192 mil homicídios (2014, s.p.).

Átila Roque, diretor executivo da Anistia Internacional no Brasil, em entrevista para o vídeo de lançamento da campanha, exemplificou o problema de maneira clara e o porquê da necessidade da atenção da esfera pública e social:

Crescimento de homicídios no Brasil está sustentado na morte do jovem negro, por dia falam-se de mais ou menos 82 jovens assassinados. É como se imaginar que a cada dois dias, cai um avião cheio de jovens de 16 a 29 anos, 93% homens, e 77% negros. E a sociedade não dá sequer uma notícia no jornal.(2014, s.p.).

Assim evidencia-se que o problema provém de várias esferas do poder público, principalmente a segurança pública, já que esta mantém ligação direta com a maior parte dos homicídios por conta da polícia, que ao mesmo tempo que é agressora é vítima também, pois é apenas um reflexo da sociedade, produto da demanda que esta institui. Porém, a própria sociedade em suas outras esferas também é responsável pelo descaso a que é tratado a situação-problema, a exemplo da falta de notícias na imprensa acerca do que está realmente acontecendo, fato estranho e curioso, haja vista o problema estar tão escancarado da forma como foi explanado.

Diante de tais fatores, Átila Roque justifica o porquê do lançamento da Campanha:

Porque a gente acha que poucos temas na aréa do campo de direitos humanos, no campo da democracia e da cidadania, tem tanta importância, tanta gravidade, quanto essa situação de quase extermínio cotidiano que a população jovem, em especial a população jovem negra está vivendo. Acreditamos que o Brasil precisa fazer a mesma coisa que fez com a fome. Na década de 90, o nosso querido e saudoso Betinho, Hebert José de Souza, sociólogo, lançou a campanha contra a fome, pegou a partir do mapa da fome que o IPEA produziu, que apontava para 32 milhões de pessoas que dormiam com fome todas as noites, ele mobilizou a sociedade, 40 e tantas milhões de pessoas organizadas em comitês, para dizer que a cidadania não podia aceitar aquilo, que enquanto tivesse uma pessoa indo dormir com fome os direitos das outras pessoas não estava plenamente alcançado. Isso 20 anos depois resultou na saída do Brasil do mapa da fome, nós ainda temos situações graves mas o fato é que houve uma mudança completa no momento em que a sociedade despertou, acordou parra esse problema.(2014, s.p).

Tendo em vista o despertar da sociedade e a reversão deste cenário, a campanha consistiu em realizar ações, encontros de conscientização, oficinas culturais, nas diversas regiões do Brasil, bem como colher assinaturas para o manifesto a fim de pressionar a realização de mudanças nas esferas relacionadas.

Importante destacar que alguns olhares do poder público para o problema favoreceram a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito a fim de investigar a violência contra jovens negros e pobres no Brasil. A criação da CPI foi requerida pelo deputado federal Reginaldo Lopes e aceita pelo presidente da Câmara dos Deputados, à época, em 4 de março de 2015. (PORTAL da Juventude, 2015, s.p.).

A CPI teve como presidente o deputado federal Reginaldo Lopes e como relatora a deputada federal Rosangela Gomes. O objetivo da comissão abrangia apurar todos os âmbitos que envolviam a violência contra o jovem negro e pobre, a exemplo das causas, consequências, desaparecimento e mortes, bem como os demais fatos relacionados à questão.

O plano de trabalho da comissão envolveu cinco eixos a serem analisados: oitiva das vítimas, das testemunhas e dos familiares de atos de violência contra jovens negros e pobres; oitiva dos representantes de organizações e movimentos sociais relacionados ao tema; oitiva de atores governamentais dos três Poderes e dos entes federados; oitiva de acadêmicos, cientistas sociais e estudiosos do tema e por fim sugestões para legislação. (CÂMARA dos Deputados. 2015, p. 6).

Para tanto a CPI realizou 34 audiências públicas em reuniões ordinárias com mais de 310 representantes dos movimentos sociais, bem como especialistas, acadêmicos e autoridades governamentais e ainda 15 reuniões nos Estados, realizando também diligências. (CÂMARA dos Deputados. 2015, p. 7).

Após 4 meses de ações de investigação, e a propositura de projetos de leis bem como de emendas à Constituição, entre outras formas de solução que serão debatidas no tópico seguinte, a comissão concluiu que existe um “genocídio simbólico” contra jovens negros no país uma vez que grande parcela dos homicídios tem como vítimas os negros do sexo masculino, com baixa escolaridade e moradores de periferia (SOUZA, Murilo. 2015, s.p.).

#### **4 DISCUSSÕES E RESULTADOS**

Como demonstrado durante todo este trabalho a prática do racismo é um problema que carece de soluções, pois se prolonga durante séculos na sociedade, e irradia prejudicialmente em outros aspectos sociais, produzindo tanto ofensas verbais quanto físicas e mais ainda caracterizando cicatrizes irremediáveis no psicológico da vítima e em seu seio familiar.

Necessário faz-se ressaltar que o problema do racismo ao provocar o alto índice de violência em razão da cor da pele expõe a risco não só a segurança pública, mas diversos âmbitos da administração, a exemplo da saúde pública, já que a vulnerabilidade de jovens negros apresenta perigos sobre suas vidas no que se refere à exteriorização de índices de homicídios, doenças e vícios sob tóxicos.

Assim, as diversas consequências da violência para a integridade física, psicológica e emocional das pessoas, afetando sua qualidade de vida, somadas aos efeitos sobre a demanda nos serviços de saúde e aos altos custos sociais produzidos, acabam por legitimar a violência como uma preocupação no campo da saúde, não só no tratamento dos agravos, mas também na proposição e implantação de ações preventivas.(RUOTTI, Caren; MASSA, Viviane Coutinho; PERES, Maria Fernanda Tourinho. 2011, p. 378).

Primeiramente foi preciso que se discutisse as causas do racismo no país, bem como fossem apresentadas suas características, que como já referidas, transparecem-se no Brasil como um racismo velado, no qual a própria sociedade não quer se assumir como racista. A população brasileira vive um processo de negação do racismo fundada na premissa de diversidade no país, o que realmente faria sentido se todos convivessem em harmonia na imensa mestiçagem da sociedade brasileira, se os pensamentos esclarecessem harmonia, igualdade entre os povos o que não ocorre no

âmbito prático. Realmente o fato de sermos um país diversificado, possuidor de uma “grande mistura” da população seria compatível a um país isento de racismo, mas tudo isso se revela com um caráter hipotético atualmente. O referido processo já foi traduzido por alguns doutrinadores como via de negação ou suavização do racismo, como bem esclarece Fabiano Augusto Martins Silveira (2007, p.35):

As vias de negação/suavização do racismo constituem um conjunto de discursos, fincados no senso comum, pelos quais a questão racial é obscurecida ou alijada do debate político e que coincidem com manifestações intrínsecas do próprio preconceito racial, em muitos casos, sem que saibam seus interlocutores e suas vítimas.

Desse modo ocorre que o processo de negação do racismo é evidenciado até mesmo pelas vítimas com a sensação de que práticas raciais, como simples frases proferidas que denotam racismo, são ignoradas ou esquecidas por um pensamento de não identidade ou até mesmo conformismo por parte de quem o sofre.

O mito da democracia racial brasileira legitima a desigualdade e impede que a situação real se transforme numa questão pública. Quanto mais longe se está do fim do sistema escravista, menor o poder explicativo da escravidão e da origem social dos negros como causa de sua subordinação social corrente, e maior o poder explicativo do racismo e da discriminação contemporâneos. (KILSZTAJN, Samuel et al. 2000, 1414).

Faz-se necessário conscientizar a população acerca da existência real do racismo, e das diferenças existentes entre raça, cor, etnia, religião, condição física, para que de modo claro tenha absoluta noção do problema e comecem a enxergá-lo de outro modo. A vivência brasileira está seguindo um caminho errôneo para que se alcance a solução do problema de racismo no país, o processo de negação deste cisma cultural é totalmente o inverso de uma evolução ideológica e social, sendo necessária uma modificação de consciência por parte da população urgentemente.

A respeito disso, é inegável a importância das conhecidas “ações afirmativas” como meio de inserção social do negro. Grande exemplo destas são as cotas para a entrada na universidade, as quais são fundadas na promoção de igualdade e baseadas nos mecanismos internacionais, assim a Organização das Nações Unidas entende que esses mecanismos são favoráveis a desenvolver o acesso universal à educação, recomendando ao Brasil que aprofunde essas políticas (BRASÍLIA, 2010, p. 4-5).

A discussão sobre as cotas raciais, principalmente nas universidades, dão conta de diversos argumentos contrários e a favor, baseados na inconstitucionalidade ou não das medidas, e ainda no caráter discriminatório que alguns entendem que as cotas trazem, contudo o que realmente deve ser observado é se tais práticas estão sendo efetivas a propiciar a igualdade e a maior inclusão dos negros nos institutos

educacionais. Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada apontou que as diversas universidades públicas adotantes do sistema de cotas, variando entre sua forma de aplicação a depender dos critérios utilizados em cada universidade, demonstrou que na maioria das instituições de ensino adotantes do sistema o cenário educacional étnico-racial mudou, ocorrendo um crescimento significativo no número de universitários negros no período em que foram implementadas estes tipos de ações. A título exemplificativo o caso da Universidade de Brasília, a qual adotou o sistema de cotas independente:

O programa de cotas raciais na UnB representou um acréscimo substancial da presença da população negra no corpo discente da instituição. Em 2004, os negros representavam apenas 2% dos estudantes matriculados. Em 2006, o percentual subiu para 12,5%. O impacto social do sistema não é apenas numérico, uma vez que o perfil socioeconômico destes alunos indica um expressivo processo de ascensão educacional neste grupo – aproximadamente 15,3% dos cotistas tinham pais analfabetos ou com o 1º grau incompleto, e entre os não cotistas, o percentual é de apenas 6%. Neste sentido, o programa de cotas raciais na UnB democratizou o acesso ao ensino superior e diversificou o perfil racial e social do corpo discente da instituição. (CASTRO, Jorge Abraão de, AQUINO, Luseni Maria C., e ANDRADE, Carla Coelho de. 2009, p. 274)

É claro que a implementação de tais sistemas precisa de organização de mecanismos dentro da própria universidade, a propiciar a inserção dos programas e o desenvolvimento sadio destes, mas ainda que se tenha muito a fazer e que se discuta acerca da aplicação das cotas, os estudos mostram que de alguma forma elas mudaram o cenário universitário no país, conseqüentemente promovendo uma inclusão, ainda que tímida, da população negra no acesso ao ensino superior.

Contudo, é evidente que a resolução do problema só se demonstra realmente quando analisado seu cerne, e prevenido desde o começo. Por essa razão entende-se aqui que a antiga, mas fundamental forma de combater o racismo é a informação, a conscientização das pessoas desde crianças sob a igualdade e o respeito aos direitos humanos, tão protagonizados na constituição atual, mas ainda pouco inseridos na prática.

É necessária a inserção no âmbito social de políticas atinentes a promoção da juventude negra e de combate ao racismo, e o primeiro passo vem sem dúvidas através da educação.

Tais soluções no âmbito da educação refletem nos aspectos da violência também, a sociedade deve parar de manter uma inércia em relação aos fatos e dados já evidenciados e passar a agir, não mais convivendo com uma discriminação racial, do mesmo modo o Estado tem papel crucial em tal situação.

Na análise da situação do racismo e sobre suas soluções, constata-se que estas devem se iniciar a partir da implementação de políticas públicas que atendam essa população tida como minoria perante as oportunidades sociais, em especial em atendimento aos jovens negros, maiores vítimas da violência causada em todo país, os quais representam a maioria dentre os assassinados a cada ano. A proteção dessa parcela da sociedade é essencial a fim de que se diminua o processo de genocídio da população negra no Brasil.

Tanto é verdade em relação às faltas de políticas públicas, que o Relatório Final da CPI da violência contra jovens negros e pobres constatou a insuficiência das políticas públicas nas áreas de moradia desses jovens, tanto em relação à saúde, educação bem como à segurança. Durante as audiências públicas os relatos da comunidade caracterizaram um abandono por parte do poder público, bem como a falta de avaliação sobre o pouco que é fornecido (CÂMARA dos Deputados, 2015, p.11).

Em relação às políticas públicas é necessário destacar que estas devem ser desenvolvidas pelo Estado e exercidas com a colaboração da sociedade. Apesar da criação pelo governo brasileiro, da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) em 2003, e na sequência governos estaduais e prefeituras também criaram secretarias no mesmo sentido, a grande representação de um possível avanço nas políticas públicas, após a realização de debates e fóruns sobre o assunto, foi a criação do Estatuto de Igualdade Racial que entrou em vigência em 2010, porém sem a aprovação de um fundo para custear as ações promovidas pela SEPIR (THEODORO, Mário. 2014, p. 212). Contudo tais políticas públicas ainda tem muitos aspectos a desenvolver, a simples criação e o projeto na teoria não traduzem a eficácia das medidas e ainda precisa-se de muito mais para abranger o devasto campo incidente do racismo no Brasil. Neste sentido, explicita Mário Theodoro ( 2014, p. 212):

De todo modo, esse aparato institucional montado nos últimos anos mantém como objetivo a implementação da Política de Promoção da Igualdade Racial. Esta, entretanto, [...], ainda não logrou consolidar-se como um conjunto de programas e ações compatíveis, em dimensão e em volume de recursos, com a importância e a pujança da problemática racial no Brasil.

Um das soluções referidas pela CPI no combate à violência contra o jovem negro está na raiz do racismo institucional, os chamados autos de resistência que muitas vezes justificam uma violência policial desde a época da ditadura. Assim os membros da CPI recomendam a aprovação do projeto de lei 4417/12, de autoria do deputado federal Paulo Teixeira, que altera o Código de Processo Penal, prevendo a investigação das mortes e lesões corporais cometidas por policiais durante o trabalho(CÂMARA dos Deputados, 2015, p. 31).

Em contrapartida a CPI também elaborou um projeto de lei para estabelecer o Plano Nacional de Enfrentamento ao Homicídio de Jovens, com vistas a priorizar a população negra, a ser criado pelo Poder Executivo, juntamente com a colaboração da sociedade e os demais poderes.

Cada Estado ou Município também deverá elaborar seu respectivo plano de forma articulada entre si. Com essa medida, espera-se que Municípios vizinhos, os Estados e a União convirjam esforços em prol da diminuição dos homicídios de forma efetiva, eficaz e eficiente. Os planos terão duração decenal e serão avaliados de quatro em quatro anos por um sistema de congressos com a intensa participação popular (CÂMARA dos Deputados, 2015, p. 40).

Para a promoção das políticas públicas de igualdade racial é preciso, contudo, que se tenham meios financeiros para tanto, dessa forma a CPI também recomenda a criação do Fundo Nacional para Promoção da Igualdade Racial, uma vez que a falta de recursos para os propósitos estabelecidos impede a atuação efetiva de tais políticas, justificando-se o fundo específico. Assim o relatório explana acerca da aprovação da PEC nº2 de 2006, de autoria do senador Paulo Paim.

Embora a população negra esteja relacionada em sua grande maioria com a população pobre, para a adoção de políticas públicas é importante que se separe a questão racial da questão de desigualdade. É claro que uma está interligada à reprodução da outra, mas o enfrentamento de ambas deve ser especificado e diferenciado para cada uma. A pobreza enfrenta-se com a distribuição de renda e outras ações pelo governo, enquanto o racismo irá se enfrentar com políticas de igualdade racial. No entanto, o enfrentamento do racismo é essencial para o enfrentamento da pobreza também (THEODORO, Mário. 2014, p. 216).

Diante de tais aspectos e soluções apresentadas perfaz-se uma forma de enraizar políticas de combate ao racismo e à violência em razão da cor da pele, assim como este mesmo enraizou-se no seio social há séculos, apenas de tal maneira poderá resolver-se tal situação, com persistência e conhecimento nas bases da solidariedade, já que para o enfrentamento da desigualdade precisa-se de um Estado estruturado na igualdade de direitos. Contudo a percepção de solução para o problema é urgente, as ações devem ser desenvolvidas o quanto antes.

## REFERÊNCIAS

ATILA Roque fala do "extermínio da população jovem negra" no Brasil. TV Carta. Publicação: 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZbvDqBmcj1Y>>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

BRASIL. As Nações Unidas e as Políticas de Redução da Desigualdade Racial. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/nacoes\\_unidas\\_politicas.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/nacoes_unidas_politicas.pdf)> Acesso em 18 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Boletim de Análise Político – Institucional 4. Ipea, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/livro%20bapi\\_4\\_web.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/livro%20bapi_4_web.pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Relatório Final Comissão Parlamentar de Inquérito Homicídios de Jovens Negros e Pobres. Brasília-DF. 2015. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1361419&file\\_name=REL+2/2015+CPIJOVEM](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1361419&file_name=REL+2/2015+CPIJOVEM)> . Acesso em 22 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Censo Demográfico – 2010. Características da população e dos domicílios. Resultados do Universo. IBGE. Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <[http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd\\_2010\\_caracteristicas\\_populacao\\_domicilios.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/93/cd_2010_caracteristicas_populacao_domicilios.pdf)>. Acesso em 16 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Pesquisa Mensal de Emprego. Retrospectiva 2013-2015- 13 anos. IBGE. Rio de Janeiro, 2016. p.45. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000024954801102016481128904912.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores 2011. Rio de Janeiro. IBGE. 2012.p.49. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv61566.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Relatório de desenvolvimento humano: racismo, pobreza e violência. PNUD, 2005. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/arquivos/brazil\\_2005\\_po.pdf](http://www.pnud.org.br/arquivos/brazil_2005_po.pdf)>. Acesso em 06 de junho de 2016.

\_\_\_\_\_. Síntese de indicadores sociais : uma análise das condições de vida da população brasileira : 2009 / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Série: Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica. Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv42820.pdf>> Acesso em 17 de agosto de 2016.

CAMPOS, Walter de Oliveira. A discriminação do negro no sistema penal: Poder Judiciário e Ideologia. Jacarezinho. 2009. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Disponível em: <[http://www.uenp.edu.br/index.php/proext/doc\\_view/1911-walter-de-oliveira-campos](http://www.uenp.edu.br/index.php/proext/doc_view/1911-walter-de-oliveira-campos)>. Acesso em 18 de agosto de 2016.

CASTRO, Jorge Abrahão de, AQUINO, Luseni Maria C., e ANDRADE, Carla Coelho de. Juventude e Políticas Sociais no Brasil. IPEA. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro\\_juventudepolitica.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_juventudepolitica.pdf)> . Acesso em 18 de agosto de 2016.

CECCHETTO, Fátima; MONTEIRO, Simone. Discriminação, cor e intervenção social entre jovens na cidade do Rio de Janeiro: a perspectiva masculina. Estudos feministas, v. 14, n. 1, p. 199-218, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n1/a11v14n1.pdf>>. Acesso em 6 de julho de 2016.

GOMES, Rodrigo. Rede Brasil Atual. Em 11 dias, 15 mil assinam manifesto pelo fim da violência contra juventude negra. Publicação: 20 de novembro de 2014. Disponível em <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/11/em-dez-dias-15-mil-assinam-manifesto-pelo-fim-da-violencia-contra-juventude-negra-6312.html>>. Acesso em 29 de junho de 2016.

KILSZTAJN, Samuel et al. Vítimas da cor: homicídios na região metropolitana de São Paulo, Brasil, 2000. Victims of color: homicides in Greater Metropolitan São Paulo, Brazil, 2000. Cad. saúde pública, v. 21, n. 5, p. 1408-1415, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/csp/v21n5/13.pdf>>. Acesso em 03 de julho de 2016.

LIMA, Jairo Néia. Direito Fundamental à Inclusão Social e à Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais nas Relações entre Particulares sob a Premissa Neoconstitucional. 2011. Jacarezinho. Dissertação de mestrado na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/mestrado-dissertacao-jaironeia%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/mestrado-dissertacao-jaironeia%20(1).pdf)>. Acesso em 16 de agosto de 2016.

PORTAL da Juventude. Secretaria Nacional da Juventude. Câmara dos Deputados. Câmara cria CPI para investigar violência contra jovens negros e pobres. Publicação: 05 de março de 2015. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/juventude/noticias/camara-cria-cpi-para-investigar-violencia-contra-jovens-negros-e-pobres?lang=es#.V6CibfkrLIU>>. Acesso em 02 de agosto de 2016.

RUOTTI, Caren; MASSA, Viviane Coutinho; PERES, Maria Fernanda Tourinho. Vulnerabilidade e violência: uma nova concepção de risco para o estudo dos homicídios de jovens. Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 15, n. 37, p. 377-389, 2011. Disponível em: <[http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/9473/art\\_RUOTTI\\_Vulnerabilidade\\_e\\_violencia\\_uma\\_nova\\_concepcao\\_de\\_2011.pdf?sequence=1](http://www.producao.usp.br/bitstream/handle/BDPI/9473/art_RUOTTI_Vulnerabilidade_e_violencia_uma_nova_concepcao_de_2011.pdf?sequence=1)>. Acesso em 15 de julho de 2016.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Editora Del Rey, 2007.

SOUZA, Murilo. Câmara dos Deputados. CPI conclui que há “genocídio simbólico” contra jovens negros no País. Publicação: 24 de julho de 2015. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/492785-CPI-CONCLUI-QUE-HA-%E2%80%9CGENOCIDIO-SIMBOLICO%E2%80%9D-CONTRA-JOVENS-NEGROS-NO-PAIS.html>>. Acesso em 03 de agosto de 2016.

SUPREMO Tribunal Federal. Ministro Joaquim Barbosa toma posse como presidente do STF. Disponível em <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=225140>>. Acesso em 29 de junho de 2016.

THEODORO, Mário. Relações raciais, racismo e políticas públicas no Brasil contemporâneo. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v. 8, n. 1, p. 205-219, 2014. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/11461-37299-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/11461-37299-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em 20 de julho de 2016.

WEISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência, Brasil, 2014. Disponível em:  
<[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014\\_JovensBrasil\\_Preliminar.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf)>.  
Acesso em 06 de junho de 2016.

## **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONDICIONANTE À INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Antonio Carlos Segatto\*  
Thiago Romagnolo Alves\*\*

**RESUMO:** A presente pesquisa é uma revisão bibliográfica a respeito de um tema relativamente recente, que é o protagonismo dos princípios jurídicos, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo surge a partir da necessidade de se ter além de uma visão prática sobre o tema, como é vista na jurisprudência, uma visão teórica sobre o conceito de dignidade humana e sua historicidade. O objetivo principal é demonstrar que os princípios tem de fato uma função indispensável e isso se deu após a superação do positivismo jurídico. Depois que o princípio da dignidade da pessoa humana surge nesse contexto como um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito, que apesar de conter alguma imprecisão conceitual, deve obter sempre o máximo de efetividade e concretização, o que se dá principalmente através da aplicação de teorias da hermenêutica constitucional contemporânea, como a Teoria da Ponderação de Bens e Valores (Dworking) e Teoria da Argumentação Jurídica (Alexy).

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios Jurídicos, Dignidade da Pessoa Humana, Ponderação de Valores, Pós-positivismo, Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The present research is a bibliographical review of a relatively recent theme, which is the protagonism of legal principles, especially the principle of the dignity of the human person. The study arises from the need to have a theoretical view on the concept of human dignity and its historicity as well as a practical view on the subject, as seen in jurisprudence. The main objective is to demonstrate that the principles have in fact an indispensable function and this happened after the overcoming of legal positivism. After the principle of the dignity of the human person emerges in this context as a fundamental element of the Democratic State of Law, which despite containing some conceptual imprecision, must always obtain maximum effectiveness and concreteness, which occurs mainly through the application of theories of contemporary constitutional hermeneutics, such as Theory of Value Weighting (Dworking) and Theory of Juridical Argumentation (Alexy).

**KEY WORDS:** Legal Principles, Dignity of the Human Person, Weighting of Values, Post-positivism, Federal Constitution.

### **INTRODUÇÃO**

Este estudo consiste em uma revisão bibliográfica sobre um tema específico, que são os princípios, mais estritamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. O tema não é uma novidade, mas merece essas considerações, que são de cunho basicamente histórico e conceitual.

O objetivo almejado nesse texto, como se supõe, é essencialmente didático, ao passo que condensa diversas considerações a respeito desta mesma temática já mencionada, por diferentes aspectos, orientando então um estudo voltado para a historicidade de um fenômeno recente vivenciado nos países da América do Sul, que foi a superação do Positivismo Jurídico, pelo Pós-positivismo.

Esse fenômeno tem grandes reflexos na interpretação das Constituições dos diversos Estados sul-americanos, em especial pela forte presença dos princípios nesses novos ordenamentos jurídicos e pela normatividade das Constituições, em especial as Constituições Dirigentes, como é a atual Constituição Federal do Brasil.

## **1. ASPECTOS PRELIMINARES SOBRE CONCEITO E NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS**

Com o surgimento do pós-positivismo, traduzido pelos grandes movimentos constituintes das últimas décadas do século XX, as novas Constituições, principalmente as europeias, procuram acentuar a hegemonia axiológica dos princípios, que passam a ser considerados, a partir de uma nova hermenêutica constitucional, o pedestal normativo sobre o qual se funda todo o ordenamento jurídico.

Foi principalmente a partir de então que a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo sofreram um abalo sistêmico fundamental, com golpes profundos e críticas contundentes capitaneadas por nomes influentes no mundo jurídico. Com o advento dos movimentos constituintes pós Segunda Guerra Mundial, as novas Constituições passaram a albergar e conferir importância ímpar à figura dos princípios, elevando-os à condição de viga mestra de todo o sistema normativo constitucional.

Tudo isso se deu com a ascensão de um novo modelo de Estado que se difundiu pela Europa e América do Norte e posteriormente por alguns países da América Latina, que é o modelo de Estado Social de Direito, que tem como característica marcante a presença das Constituições Dirigentes.

Lênio Luiz Streck explica que o advento do Estado Democrático de Direito representou um salto e um plus (normativo) sobre o modelo anterior de Estado-Intervencionista, mormente se conservarmos – como antes se viu – as especificidades brasileiras. Trata-se, enfim, de entender que o Estado Democrático de Direito ascende de um nova pactuação, com as especificidades próprias de cada país .

Nesse contexto, a noção de Estado Democrático de Direito aparece como superador da noção de Estado Social. Ou seja, a noção de Estado Social dependia de mecanismos implementadores, razão pela qual o Direito apareceu (nos textos constitucionais) com a sua fase transformadora. Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o polo de tensão, em determinadas

circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais .

Ora, nesse contexto de transição de paradigmas, isto é, quando começou a emergir o modelo de constitucionalismo contemporâneo, ganhou importância a aplicabilidade das constituições, isto é, a normatividade destas, e assim também se sagrou importante delimitar com clareza as distinções entre princípios e regras. As primeiras distinções doutrinárias traçadas nesse aspecto foram as de Ronald Dworking, que defende com primazia a diferença teórica e prática entre regras jurídicas e princípios jurídicos.

Para Dworking, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Segundo ele, os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” .

Já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, o julgador tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante isso, esta dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é .

As regras não têm essa dimensão, pois são funcionalmente importantes ou desimportantes. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de importância .

Acrescente-se que nos princípios jurídicos repousam a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normativo . Nesse sentido, a Constituição de 1988 em seu Título I ao consignar a expressão princípios fundamentais, que passam a retratar a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, portanto, o mandamento nuclear de um sistema.

Conforme explica Paulo Bonavides, citando Luíz Díez Picazo, a palavra princípio deriva da linguagem da geometria e significa: “onde designa as verdades primeiras”. Acrescenta que por isso são princípios, ou seja, porque estão ao princípio,

sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico . Pode-se considerar que um princípio jurídico é uma espécie de norma (escrita ou não) que fundamenta o ordenamento, dá coerência a este e numa perspectiva contemporânea, tem normatividade e autonomia, isto é, pode ser aplicado a um caso concreto, a despeito de existir ou não uma regra aplicável, podendo inclusive, se for o caso, afastar a aplicação desta.

Cumprido destacar a importância da distinção entre regras e princípios, em face da sua indispensabilidade para a superação do chamado positivismo legalista, no qual as normas encontravam-se circunscritas à figura das regras jurídicas inviabilizando a concretização das normas constitucionais, na medida em que a Constituição vem a ser considerada o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores em que se fabrica o cimento de sua própria legitimidade.

Para Robert Alexy, a teoria dos princípios e a distinção entre princípios e regras constituem um marco de uma teoria normativa material dos direitos fundamentais e, com ela, o ponto de partida para a resolução no que diz respeito a possibilidade e os limites da racionalidade no âmbito destes direitos. Portanto, sem uma perfeita compreensão da distinção entre regras e princípios, é impossível ser idealizada uma teoria quanto aos limites dos direitos fundamentais. Explica ele que os princípios são mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. De outra parte as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Portanto, se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige, isto é, nem mais, nem menos

Outra distinção fundamental entre princípios e regras jurídicas verifica-se pelo fato de que os princípios, ao contrário das regras jurídicas, não permitem pela insuficiência do seu grau de concretização, a subsunção. Assim, no plano da fluidez, os princípios situam-se entre os valores e as regras jurídicas. Desta forma, os valores, no que tange a concretização, uma vez que norteiam indicações sobre as suas consequências jurídicas, mas ainda não alcançam o grau de densidade normativa das regras, logo, os princípios têm a sua delimitação precisa no tocante às respectivas hipóteses de incidência e consequências jurídicas .

Por essa razão, a Constituição passa a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, receptiva a valores jurídicos suprapositivos, nos quais as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais vêm a desempenhar um papel central. Ao se constituírem em mandamento nuclear de um sistema jurídico, os princípios

irradiam seus efeitos sobre as regras jurídicas, servindo de paradigma para a interpretação e concretização de todo o ordenamento .

Veja-se, a propósito, que as regras jurídicas se traduzem em proposições normativas que são aplicadas sob a forma de tudo ou nada, sendo assim, ocorrendo os fatos nelas previstos, haverá a incidência das mesmas. Exemplo que poderá dirimir qualquer dúvida a esse respeito pode ser extraído do artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece a aposentadoria compulsória ao servidor que completar setenta anos de idade. Nesse aspecto, a regra jurídica não leva em consideração a capacidade intelectual, ou outra variável que possa reconsiderar tal decisão, simplesmente determina a passagem para a inatividade do servidor que atinge a idade limite prevista na Constituição, não comportando, portanto, maiores indagações. Desse modo, a regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, ou se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. A sua aplicação se dá mediante subsunção .

Outro fato a ser destacado, no tocante à distinção entre regras e princípios, diz respeito ao grau de abstração muito mais elevado nos princípios enquanto que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. Logo, a questão da carência de normatividade dos princípios encontra-se superada, em face do reconhecimento unânime do pensamento jurídico contemporâneo a respeito desse tema, no entanto, ao contrário das regras jurídicas que se utilizam da subsunção como técnica de interpretação para a sua efetiva aplicabilidade, aos princípios são reconhecidos uma dimensão de peso e importância, pois, a sua aplicação se dá mediante ponderação , logo, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles.

Conforme explica Canotilho, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois estes contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas) .

Para Eros Roberto Grau, as regras são aplicações dos princípios e o afastamento de um princípio implica perda de efetividade da regra que lhe dá concreção. Desta forma, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção são afastadas Não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, isto é, dotadas de validade, no ordenamento jurídico. As regras que dão concreção ao princípio desprezado, embora

permaneçam plenas de validade, perdem eficácia, isto é, efetividade, em relação à situação diante da qual o conflito entre princípios se manifestou. Inexiste no sistema qualquer regra ou princípio a orientar o intérprete a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado ou qual deve ser desprezado. Isso somente se pode saber no contexto do caso, no âmbito do qual se verifique o conflito. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada .

Sob a ótica constitucional, a distinção entre regras e princípios é de fundamental importância, haja vista que as constituições valem-se destas duas espécies de normas. E não poderia ser de outra forma, pois, caso um sistema constitucional viesse a alicerçar-se única e exclusivamente sobre princípios, sem dúvida, o ordenamento constitucional traria consigo uma dose de incerteza e insegurança, uma vez que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e menos previsível do que as regras.

Por outro lado, a instituição de um sistema fundado apenas em regras, conforme explica Daniel Sarmento, não resolveria a crescente complexidade das situações que a Constituição propõe-se a garantir, o que de fato, traria para o intérprete uma “camisa de força”, retirando-lhe a maleabilidade necessária à acomodação dos conflitos que, certamente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses concorrentes .

### **1.1 As distintas funções dos princípios**

Com efeito, os princípios cumprem dentro do sistema, três funções altamente relevantes no Direito.

A primeira função denominada função fundamentadora da ordem jurídica diz respeito à eficácia derogatória e diretiva dos princípios em relação às normas que lhes sejam incompatíveis. Isso significa dizer que mesmo existindo uma regra expressa em um sentido, é possível, numa dada situação, que seja afastada a aplicação desta, em prol da concretização de um princípio jurídico, desde que este seja mais adequado e justo para aquela situação. Isso se dá com ainda maior razão quando se tem a aplicação de um princípio previsto na Constituição Federal, e que tem por assim dizer hierarquia superior em relação às regras ordinárias. Exemplos podem ser citados, como o princípio da igualdade, princípio da liberdade, princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

A segunda função é denominada interpretativa. Nesta, há de se entender que os princípios cumprem o objetivo de orientar as soluções jurídicas que devem ser processadas em face dos casos submetidos à apreciação do intérprete, constituindo-se,

portanto, em verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas em razão dos fatos e atos que exijam compreensão normativa.

A respeito dessa função, assevera Carlos Ari Sundfeld que só pode ser incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios. Ainda quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios. Não obstante isso, quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio .

Quanto à terceira função, que é a função supletiva, os princípios realizam a tarefa de integração do Direito, suplementando as lacunas regulatórias da ordem jurídica, ou ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em princípios de maior grau de densidade normativa .

Como se percebe dessa apertada síntese sobre as distintas funções dos princípios, estes passaram a ter uma enorme importância para o Direito, graças aos cânones do pós-positivismo que obrigaram os sistemas jurídicos modernos, ao menos os ocidentais, à criarem mecanismos de legitimação e sistematização de seus ordenamentos, tendo especial atenção às necessidades criadas nesse sentido pelo surgimento dos Estados Democráticos de Direito, Estados Sociais de Direito, entre outros, que em geral condensaram suas ideias de justiça e cidadania em Constituições altamente principiológicas, dotadas de enormes cargas valorativas e muita plasticidade, exigindo-se em consequência um maior preparo dos interpretes, já que a simples exegese não é mais suficiente para interpretação destes novos modelos normativos.

## **1.2 Conflito entre princípios: o princípio da unidade da constituição e os critérios de resolução**

A ordem jurídica é um sistema de normas, não se admitindo a coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito do território do Estado, o que traria sérias consequências negativas à soberania estatal. A fonte de validade da ordem jurídica é a Constituição, portanto, ela é quem confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico e é ela quem prevalece sobre as demais fontes do Direito, mesmo quando se tratar de regras internacionais. Não obstante isso, é fato que a superioridade da Constituição Federal só não existe em relação aos tratados ou declarações internacionais de Direitos Humanos que forem recepcionados pela República Federativa do Brasil na forma do art. 5º, § 3º da CRFB/88, pois estes tem estatura constitucional.

Sobre esse assunto, explica Hans Kelsen que o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma. Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o seu fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, ao mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse regressus é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui sua unidade .

A resolução das chamadas “antinomias jurídicas” quanto à figura das regras se apresenta muito mais simples do que a resolução dos “conflitos entre os princípios”. Vale reprimir que o conflito entre regras é resolvido, de forma específica, no plano de validade, ou seja, ou a regra é válida ou a regra é inválida, já o conflito entre princípios requer um processo de ponderação e argumentação que venha a justificar a decisão de aplicar o princípio A e não o princípio B.

Não fundamentada essa decisão há séria infração ao que é ensinado pela boa doutrina, e ainda pior, infringe também o art. 93, IX da Constituição Federal. Vale mencionar que o Código de Processo Civil de 2015 também trouxe uma regulamentação mais específica sobre a fundamentação da decisão no processo civil, em seu art. 489, § 1º, o que deixa clara a importância da fundamentação das decisões judiciais, em especial as decisões que se fundam em outras fontes do Direito, que não sejam os textos normativos, isto é, as regras jurídicas expressadas textualmente.

O que também não se pode perder de vista é que uma decisão de expurgar do sistema uma regra inválida dá-se por critérios estabelecidos em cada ordem jurídica específica, na medida em que o sistema jurídico se constitui numa ordem coerente, entendendo-se como sistema uma totalidade ordenada.

Partindo-se do pressuposto de que o “Direito não tolera antinomias”, objetiva-se, assim, o dever de coerência por parte do intérprete, pois, a coerência não é condição apenas de validade, mas sempre condição para a justiça do ordenamento. Assim, deverá o intérprete solucionar as antinomias através de três regras fundamentais,

que são critérios ou parâmetros hermenêuticos: (i) critérios hierárquico (*lex superior derogat inferiori*); (ii) critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*); e o (iii) critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) .

De outro lado, quando há uma “colisão de princípios”, não se conduz à exclusão do sistema de uma das normas conflitantes. Há incompatibilidade, porém não há exclusão. O operador jurídico, no caso em tela, opta por um dos princípios, sem que o outro seja expurgado do sistema, uma vez que não é possível admitir o “conflito entre princípios constitucionais”, devendo, pois, serem harmonizados e compatibilizados entre si, em obediência ao princípio da unidade da constituição, também entendido como princípio de unidade hierárquico-normativa.

Desse modo, o operador jurídico deve interpretar as normas constitucionais, no sentido de evitar qualquer tipo de contradição com outras normas da mesma categoria dentro do sistema, e especialmente com decisões fundamentais sobre princípios de direito constitucional.

Sobre o assunto, explica Friedrich Müller que a referida unidade da constituição, que é consubstanciado hoje em um princípio, enquanto visão orientadora da metódica do Direito Constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da Constituição como um arcabouço de normas. Este, por um lado, não é destituído de tensões nem está centrado em si, mas forma, por outro lado, provavelmente um todo integrado com sentido. No quadro do que pode ser argumentativamente defendido e fundamentado em termos de método, o intérprete deve procurar ajustar eventuais contradições que apareçam como resultados parciais no processo da concretização de modo a harmonizá-las umas com as outras no resultado. À medida que “a unidade da constituição” formula essa tarefa, ela tem um caráter mais próximo à política constitucional do que a uma metódica elaborada. Ela não consegue dizer que procedimento deve conduzir a tal harmonização. Quanto ao enfoque, esse procedimento consiste nas possibilidades da interpretação sistemática, e também na inclusão dos aspectos (sistemáticos) da análise do âmbito da norma e genericamente em um procedimento adicional de interpretação harmonizadora para a superação de antinomias surgidas, com ajuda dos recursos normas da metódica do direito constitucional .

Não obstante isso, há de se levar em conta a presença do princípio da concordância prática, que se mantém intimamente relacionado com o princípio da unidade da constituição, ao se exigir do intérprete a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Desta forma, ocorre um posicionamento contra as técnicas da “ponderação de valores”.

O que não se pode olvidar é que, afastado um princípio colidente diante de certa situação, não significa que em outras situações não venha esse mesmo princípio ser aplicado.

Ainda sobre esse assunto, explica Eros Roberto Grau que os conflitos entre princípios não os excluem da ordem jurídica, apenas os afastam diante de situações que comportem diferentes soluções, segundo o peso e a importância dos princípios considerados, à aplicação do direito. Esse tipo de opção, pelo intérprete, não gera desobediência ao princípio afastado. Isso significa que, em cada caso, se armam diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando.

Feitas as considerações gerais acima acerca dos princípios jurídicos, sua determinação conceitual e suas distinções em relação às regras, dentro do atual paradigma constitucional em que vivemos, chegamos ao ponto de introduzir a segunda parte deste estudo, que é uma abordagem mais específica sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Inicialmente, é indispensável uma introdução ao assunto, em especial em relação à questão histórica e conceitual do assunto, por se tratar aqui de um texto eminentemente teórico e filosófico, como já alertado no início do texto.

### **2.1 A origem dos fundamentos da ideia de dignidade humana**

A afirmação histórica do valor jurídico atribuído à dignidade da pessoa humana, e mais especificamente dos direitos humanos, deita suas raízes no cristianismo, o qual aprofunda o ensinamento judaico e grego, através do processo de evangelização levado às últimas consequências o ecumenismo do profeta Isaías ao se exigir o amor universal.

Nesse sentido, o Apóstolo Paulo, na Epístola aos Romanos –10: 12 e na Epístola aos Gálatas – (cap. 3, versículo 28) afirma de forma categórica que “não há distinção entre judeu e grego, não havendo, também, escravos e livres, não há homem nem mulher, pois todos são um só em Cristo Jesus”. Infelizmente, essa igualdade proclamada por Paulo de Tarso em suas cartas, só tinha valor no plano teórico da religião, pois como é sabido, o cristianismo continuou a admitir, durante muitos séculos,

a legitimidade da escravidão, bem como a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, além da submissão dos povos americanos, asiáticos, africanos frente aos colonizadores europeus, isso sem mencionar as barbáries da “Santa Inquisição”.

Nessa mesma esteira, durante o período em que se iniciava a colonização moderna, a partir da descoberta da América, um grande número de teólogos europeus defendia a ideia de que os indígenas não poderiam ser considerados iguais em dignidade ao homem branco, apesar de, em tese, serem catequizáveis, ao contrário dos homens negros escravos que nem mesmo poderiam ser convertidos ao catolicismo.

A despeito dessa cultura bastante retrógrada do pensamento religioso sobre uma hipotética seletividade do princípio da dignidade humana, em que alguns eram dignos e outros não, à partir do século XVIII há de se destacar a figura importante que foi o pensador alemão Immanuel Kant, que formulou o postulado ético de que só o ser racional possui a faculdade de agir conforme a representação de leis ou princípios.

Para a filosofia kantiana, a autonomia da vontade entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis é um atributo encontrado apenas nos seres racionais, que se constitui no fundamento da dignidade da natureza humana. Kant, portanto, não restringe a dignidade a uma classe específica, de acordo com a religião que professa, a raça, cor ou etnia, mas sim à característica básica de humanidade, que é ser racional, ou melhor, é ser humano.

Sustenta ainda Kant que o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. Se, pois, existir um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita à vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque é fim em si mesmo, faça um princípio objetivo da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é a natureza racional existente como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência. Neste sentido, este princípio é um princípio subjetivo das ações humanas.

Mas é também, assim que qualquer outro ser racional representa a sua existência, em virtude exatamente do mesmo princípio racional que é válido também para si. Portanto, é simultaneamente um princípio objetivo, do qual como princípio prático supremo se tem de poder derivar todas as leis da vontade.

O imperativo prático será, pois o seguinte: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e

simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Para o pensador alemão, a qualidade fundamental e insubstituível da pessoa humana se encontra no reino dos fins, onde tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Com efeito, quando determinada coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, entretanto, quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem “dignidade” .

Do pensamento Kantiano pode-se concluir que todo o homem tem dignidade e não um preço como as coisas, pois, a humanidade como espécie, e cada ser humano na sua individualidade, não tem equivalente, desta forma, não pode ser trocado por coisa alguma.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica a respeito da dignidade humana, na sua essência, dos postulados kantianos, ao proclamar em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência e devem agir uns para como os outros em espírito de fraternidade”.

De modo geral, como visto acima, o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana tem então suas raízes inicialmente nas teorias advindas do cristianismo, e depois é mais desenvolvido por filósofos iluministas, em especial Immanuel Kant, que traz uma teoria mais densa sobre o tema. Assim foi possível a positivação desse princípio nas declarações e convenções de Direitos Humanos e nas Constituições de diversos países, inclusive a do Brasil.

## **2.2 A dignidade da pessoa humana como elemento fundante do Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal de 1988**

A princípio, o que é preciso ser compreendido, e felizmente os tribunais brasileiros em geral vem entendendo, é que a dignidade da pessoa humana, tal como fundamentada na filosofia, seja do cristianismo, seja a filosofia Kantiana, é um valor, qualificado pela positivação jurídica, isto é, um valor fundamental objetivo do Direito, e que dá base à todo ordenamento. Isso significa dizer que de modo algum uma lei, uma resolução, uma decisão administrativa ou judicial poderia contradizer a dignidade humana. Tudo que for contrário a ela, é inconstitucional.

Ora, o caminho percorrido pelas ordens constitucionais do pós-guerra, destacando-se de forma significativa a Lei Fundamental de Bonn (Alemanha) e posteriormente as Constituições de Portugal e da Espanha surgiram a partir de uma

história triste, em que se obrigou os Estados a entenderem a real importância da dignidade humana ser respeitada e protegida juridicamente.

A Constituição de 1988, nesse mesmo passo, inseriu no Título I, artigo 1º, inciso III, a figura da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental ao alicerçar todo o ordenamento jurídico pátrio, e para dizer mais, o próprio Estado Democrático de Direito.

A título ilustrativo há de se registrar que, após o fim da Segunda Guerra Mundial em 1945, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente pelas Constituições mencionadas como preceito fundamental, a nortear a atuação do Estado, por tratar-se de elemento fundamentador da ordem jurídica constitucional .

Vale a pena frisar que a Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais, deixando transparecer a importância da dignidade da pessoa humana como vetor e ponto de partida para a efetiva concretização dos direitos fundamentais.

Além disso, a dignidade da pessoa humana constitui também objeto de expressa previsão em vários outros capítulos da Constituição Federal de 1988. Estabelece por exemplo no Título VII, que a ordem econômica deve assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, caput). Mais adiante, no Capítulo VII, ao estatuir como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente e com absoluta prioridade o direito à “dignidade” (artigo 227, “caput”) bem como a paternidade responsável no artigo 226, § 7º; destacando-se ainda o disposto no artigo 230 do texto constitucional que determina como obrigação da família, da sociedade e do Estado, o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, direito este a ser entendido no seguinte sentido: “vida com dignidade e não somente o direito de existir” .

Nesse aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet, a contrário sensu, assevera que a fórmula do homem-objeto; aquela mesma mencionada da leitura de Immanuel Kant, constitui a negação da dignidade humana e afirma que tal condição encontra-se amplamente vedada pelo preceito contido no artigo 5º, inciso III da Constituição Federal ao estabelecer de forma enfática que “ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante” .

Interessante observar também que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhes são essenciais, uma negativa e outra positiva. A dimensão negativa implica afirmar que a pessoa não pode ser objeto de ofensas ou humilhações,

o que de certa forma encontra-se registrado pelo preceito contido no artigo 5º, III da Constituição Federal de 1988; de outra parte, a dimensão positiva presume o pleno desenvolvimento de cada indivíduo, que deve ser entendido como o reconhecimento da total autodesponibilidade, sem ingerências externas além da autodeterminação que surge em face da livre projeção histórica da razão humana .

Em suma, como expõe Jorge Miranda, a dignidade humana pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas. Explica que a dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é a de um ser ideal e abstrato. Por último, acrescenta o autor que a dignidade humana pressupõe condições materiais de vida capazes de assegurar liberdade e segurança às pessoas, tanto às pessoas nascidas, quanto às somente concebidas (feto) .

Acrescente-se, de outra parte, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; a libertação da angústia da existência da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas; a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito e a igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo .

Nesse íterim, aponta José Afonso da Silva que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai de fato o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana .

Nessa linha de atuação, importante afirmar que o legislador constituinte de 1988 inseriu no texto constitucional, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como a promoção do bem de todos (artigo 3º, III, da Constituição Federal de 1988). Estes nada mais são do que meios inescusáveis de se alcançar uma

vida com dignidade. Como se percebe, o princípio da dignidade da pessoa humana é muito mais amplo do que parece.

Para uma melhor compreensão, não se faz necessária qualquer engenharia de exegese quanto à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo operador jurídico. Basta apenas refletir, ou seja, se o ser humano é fim em si mesmo, e por sua vez, o texto constitucional prescreve que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, fácil concluir que o Estado existe em função das pessoas, e não em função do próprio Estado.

Isso porque a dignidade da pessoa humana é o fim. A juridicidade da norma positiva implica em reconhecer de forma absoluta, que ela está direcionada a esse fim (o ser humano), e ao se desviar desse objetivo, deixa de ser legítima, logo, não foi por capricho do destino, que o legislador constituinte, inseriu, de forma topográfica, o capítulo dos princípios e dos direitos fundamentais, antes da organização do Estado.

Por certo, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, constitui o valor supremo da ordem jurídica, por se tratar da fonte jurídica-positiva dos direitos fundamentais e princípio absoluto, por se considerar que a noção de Estado Democrático de Direito está, de forma indissociável, vinculada à concretização dos direitos fundamentais, em face da sua função transformadora.

Para a real concretização dos direitos fundamentais, mormente, em relação ao primado da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário romper com paradigmas e métodos utilizados pelos juristas como instrumentos de interpretação e aplicação do direito, a fim de que se cumpram os preceitos constitucionais.

Desta forma, cabe ao Poder Judiciário assumir uma postura mais dinâmica e agressiva no sentido de concretização dos direitos fundamentais, conforme o magistério de Juarez Freitas, que ensinava já há vários anos que a função maior do juiz democrático é dupla: (i) de um lado, garantir, com celeridade, a aplicação imediata das leis justas; (ii) de outro, deve afastar toda e qualquer norma que contrariar aos objetivos fundamentais do Estado Democrático, alinhados no artigo 3º da Constituição brasileira.

Deste modo, se uma lei, por exemplo, for manifestamente, concentradora de renda, sob a ótica transdogmática, deve ser considerada inconstitucional, pois a própria Carta diz que é objetivo fundamental erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Deve o julgador democrático subordinar toda a sua exegese à perspectiva dialética de instituição e manutenção do Estado Democrático, zelando por seus fundamentos. Assim, se uma Lei contrariar a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da liberdade e o pluralismo político, ou

qualquer princípio constitucional, deve ter afastada a sua incidência. Portanto é dever do juiz considerar inconstitucional toda e qualquer norma injusta, isto é, contrária à consolidação e à afirmação de um legítimo e objetivo – não retórico – Estado Democrático de Direito, respeitando os princípios transdogmáticos alojados no seio da própria Constituição .

### **2.3 O problema da indeterminação conceitual da Dignidade da Pessoa Humana**

Apesar de ser um princípio fundante do Estado Democrático de Direito e estar tão enraizada no Direito Contemporâneo, especialmente por conta do advento do paradigma pós-positivista, a dignidade da pessoa humana é um conceito ainda indeterminado. Isso porque é deveras difícil, quiçá impossível dar uma determinação clara e preciso para o que seja de fato a dignidade humana. É uma questão muito relativa e subjetiva.

Ora, isso é um problema para o intérprete, que muitas vezes não tem condição de dar essa resposta, e em vários momentos se depara com processos judiciais em que ambas as partes fundamentam suas pretensões nesse mesmo princípio. Como resolver uma situação dessas? Seria possível definir, sem medo de errar, que uma pessoa deve ter sua dignidade preservada e outra não? Essas são algumas tensões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre esse assunto, Luis Roberto Barroso assevera que o constitucionalismo democrático teve seu principal fundamento e objetivo exatamente na dignidade da pessoa humana e reconhece que esta tornou-se um consenso ético no mundo acidental após a Segunda Grande Guerra Mundial. Ele explica que apesar da grande vagueza conceitual e do forte apelo espiritual e moral do conceito, este tem enorme importância, por funcionar como uma espécie de espelho que faz com que as pessoas projetem sua própria ideia de dignidade, suas próprias imagens, valores e convicções. Obriga de certo modo uma alteridade dos indivíduos. Porém, explica que frequentemente esse princípio tem sido invocado pelos dois lados do litígio, especialmente quando a discussão é sobre questões moralmente controversas, como abortos, suicídio, pesquisas em células tronco embrionárias, dentre outros. Isso gera uma banalização deste tão importante princípio .

Nesta mesma esteira, em uma coletânea de Jürgen Schwabe sobre a jurisprudência recente do Tribunal Constitucional Federal Alemão, parece haver a mesma impressão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, a impressão de que se trata de um conceito impreciso. De lá se extrai que apesar de serem claros os

mandamentos relativos à dignidade da pessoa humana, muito difícil é a definição desta. Segundo Schwabe, “não existe nenhuma unanimidade na literatura especializada alemã sobre o assunto” .

Se assumirmos que existe um problema de determinação do conceito de dignidade da pessoa humana, e ele existe, então assumimos que existe um problema na própria normatividade deste princípio, que é a dificuldade encontrada em concretizá-lo. Isso não significa que seja um princípio ineficaz, mas significa que pode facilmente ser aplicado de modo equivocado pelos intérpretes.

A questão a ser então resolvida em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, no que tange a sua aplicação é a sua delimitação. O pressuposto básico é que esse conceito ou esta delimitação não se dá pela via legislativa, posto que isso geraria um engessamento indesejável do conceito desse princípio tão amplo. A ideia é que esse princípio seja tão elástico quanto possível, para que jamais se perca a aplicabilidade aos casos concretos e jamais torne-se ineficaz. De outro lado, não pode deixar que se torne algo tão banal, a ponto de ser aplicável a toda e qualquer situação, para bem ou para mal. Como resolver essa questão emblemática?

Essa delimitação conceitual, pelo que entendemos, deve se dar em cada caso concreto, isto é, em cada oportunidade que os aplicadores tiverem de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, ali deve ser delimitado o conceito e a aplicação do princípio. Isso deve se dar por meio de uma sólida fundamentação, isto é, em uma argumentação racional e dialética. Deve ser priorizada a argumentação jurídica que explique onde foi afetada a dignidade humana em cada situação concreta, e porque o foi.

Isso naturalmente é uma atividade que com o tempo cria um círculo de precedentes judiciais e consensos doutrinários que facilitam a tarefa, já que aos poucos vão dando uniformidade ao conceito. Não obstante isso, acreditamos que mesmo assim não fica dispensada uma densa fundamentação baseada em argumentos jurídicos, o que deve ser observado na aplicação de qualquer princípio jurídico.

### **3            CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os presente estudo tem basicamente finalidades didáticas, como foi ressaltado desde o início. Com isso se quer dizer que, apesar de haver naturalmente um exercício filosófico e um esforço em oferecer uma síntese histórica sobre o assunto no decorrer do texto, a finalidade principal é oferecer ao leitor uma visão global do tema, abordando inicialmente os princípios jurídicos de modo geral, e de modo especial o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu aspecto conceitual e histórico. Dentro

desses objetivos este estudo obteve êxito, ao passo que conseguiu oferecer uma visão geral da temática.

Uma primeira consideração a ser feita após este estudo é que inegavelmente os princípios jurídicos fundamentais, isto é, aqueles que tem previsão constitucional, são essenciais para o funcionamento do Direito contemporâneo, isto é, na perspectiva pós-positivista. Isso pois representam um instrumento necessário para se evitar alguns equívocos que o Positivismo não conseguiu prever, como a aplicação de leis injustas, ultrapassadas ou contrárias ao ordenamento jurídico, simplesmente por estarem em vigência, ou a total crença na autolegitimação destas.

Sobre as funções dos princípios, o que se consegue perceber é que além das funções mais clássicas, que era a função interpretativa e função supletiva, que consistem em orientar a interpretação do Direito, ou sua criação, bem como ser aplicado em caso de lacunas legislativas, a função que realmente inova na atual conjuntura da ciência jurídica e que traz de fato mudanças significativas ao Direito é a função fundamentadora da ordem jurídica, ou melhor dizendo, a função normativa de fato, que faz com que os princípios possam derogar leis que o contrariem, e possam ser aplicados aos casos concretos, independentemente de existir ou não uma regra jurídica expressa sobre um determinado assunto.

Outra conclusão que se pode tirar é sobre a imprescindibilidade de uma compreensão mais ampla do princípio da dignidade da pessoa humana, seja por sua historicidade ou sua delimitação conceitual, justamente porque dentro do atual paradigma da ciência jurídica, especialmente do Direito Constitucional, os princípios tem um papel de fundamental importância, que é dar a unidade e coerência ao Estado Democrático de Direito. Corroborando isto, basta frisar que os princípios constitucionais hoje são dotados de normatividade e aplicabilidade direta, diferentemente do que ocorria na época do Jusnaturalismo ou do Positivismo Jurídico. Naturalmente o princípio da dignidade também tem essa importância, diríamos até em posição de destaque em relação aos demais princípios.

Outra conclusão importante que se tira diz respeito à posição de centralidade que ocupa o princípio da dignidade da pessoa humana dentro da maioria das constituições e declarações ou convenções de direitos humanos. De fato, após a Segunda Guerra Mundial a dignidade humana ganhou uma importância distinta nos ordenamentos jurídicos, devendo ter o máximo possível de proteção jurídica.

Por último, mas não menos importante, é válido destacar que a despeito de existirem fortes dissidências teóricas a respeito do conceito de dignidade da pessoa humana, esta ocupa um papel de protagonismo no Estado Democrático de Direito, e por isso não pode perder seu espaço ou ser banalizada. É preciso encarar os obstáculos de

sua aplicação com seriedade e afinco, utilizando-se com prudência, mas cada vez mais, das modernas teorias da hermenêutica constitucional, para alcançar maior sucesso em sua concretização e assim evitar sua completa vulgarização.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1999.

ALEXY, Robert (1986). Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva (5ª Edição alemã publicada pela Suhrkamp Verlag, 1986). São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro ( Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Academia de Direito Constitucional, n. 1, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANARIS , Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

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

DWORKIN, Ronald (1978). Levando os direitos a sério. 3 ed. 2ª Tir. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Juarez . A substancial inconstitucionalidade da lei injusta. Petrópolis: Editora Vozes, 1989.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica). 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição portuguesa anotada (Tomo I). Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. Tradução de Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. 3ª ed. Madrid: tecnos, 1990.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988". 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In Teoria dos Direitos Fundamentais. Organizador Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Leonardo Martins (org.). Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideu: Editora Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4ª ed. (9ª tiragem). São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

## **ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA: DIREITO DO JURISDICIONADO, FUNÇÃO-DEVER DO ESTADO E ACESSO À ORDEM JURÍDICA**

Prof. Me. Evandro Carlos Garcia  
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campus de Três Lagoas

**RESUMO:** O Estado, ao avocar o monopólio da Justiça, assumiu o dever-função de garantir aos seus jurisdicionados o acesso à ordem jurídica e à justiça, por meio de seus juízes e Tribunais, se necessário. Assim, qualquer elemento que impeça ou dificulte o acesso do jurisdicionado à sua ordem jurídica deve ser afastado, sob pena de acarretar insegurança e tensão social capazes de comprometer o convívio em sociedade e até a autoridade do Estado. Imperioso reconhecer que o acesso à ordem jurídica não se resume ao acesso aos Tribunais. Mais que isto, é fundamental que o jurisdicionado conheça a lei, seus direitos e seus limites, podendo efetivamente participar da construção da ordem jurídica do Estado ao qual pertence, havendo garantias aos seus jurisdicionados de acesso a mecanismos de proteção e prevenção de conflitos de interesses. A Assistência Jurídica Integral e Gratuita constitui um instituto jurídico que tem a função de mitigar os obstáculos que se apresentam para o acesso dos jurisdicionados economicamente hipossuficientes à ordem jurídica, uma função-dever do Estado, competindo-lhe propiciar àqueles o direito processual-material de utilizar, de forma gratuita, o serviço público do Estado de: consulta e orientação jurídica; utilização dos serviços de advogados na defesa judicial ou extrajudicial de seus interesses; utilização de serviços de auxiliares da justiça; isenção e dispensa de pagamento de custas, taxas e despesas processuais e extraprocessuais necessárias à defesa de seus interesses em juízo ou em órgãos administrativos; e, ainda, dispensa do pagamento das despesas extraprocessuais que não se exaurem no processo, para efetivação do direito reconhecido pelo Estado.

**Palavras-chave:** Assistência Jurídica Integral e Gratuita; Acesso à justiça; Função do Estado-Juiz

**ABSTRACT:** The State, when imputing the monopoly of Justice, assumed the duty-function of guarantee to their jurisdicted staff the access to the juridical order and to the justice, through their judges and Courts, if necessary. Thus, any of elements which prevents or makes difficult the jurisdicted staff access to its juridical order must be far away under punishment of causing insecurity and social tension which are able to compromise the living together in society and even the State authority. It is essential to recognize that the access to the juridical order does not resume to the access to the Courts. More than this, it is fundamental that the jurisdicted staff knows the law, his rights and limits, being able to participate effectively of the construction of the State juridical order in which they belong to, having guarantees to their jurisdicted staff of access to mechanisms of protection and prevention of interests conflicts. The Integral and Free Juridical Assistance constitutes a juridical institute which has the function to soften the obstacles that present to the jurisdicted staff access economically hyposufficient to the juridical order, a State function-duty, which compete them to give those ones the processual-material right to use freely the State public service of: consult and juridical orientation, the use of lawyers'services in judicial defense or extrajudicial of their interests; the use of justice auxiliaries'services; exemption and dispensation of costs payment, processual and extraprocessual taxes and expenses necessary to the defense of their interests in a law court or in administrative organizations; and thus, the exemption of extraprocessual espenses payment which do not exhaust in the process for the achievement of the right recognized by the State.

**Key words:** Integral and Free Juridical Assistance; Access to the Justice; Role of the State Judge

## **1. Introdução**

Um dos maiores desafios da sociedade é viabilizar a paz social e, desde os primórdios da civilização organizada, buscam-se formas de prevenção e composição de litígios capazes de garanti-la. O Estado, assim, assumiu na relação homem-sociedade, importância significativa, tornando-se elemento de sustentação da estrutura social, especialmente pelo fato de avocar a responsabilidade de assegurar aos seus jurisdicionados a segurança e a inviolabilidade de seus bens corpóreos e incorpóreos.

Para melhor compreensão este artigo parte da relação ser humano, sociedade e Estado e a construção do processo de legitimação e extensão do poder do Estado para, então, adentrar à função contemporânea do Estado e a jurisdição: função do Estado-Juiz, o que conduzirá ao estudo do acesso à justiça no Estado Democrático de Direito e o direito à jurisdição e à ação.

Nesse contexto, a hipossuficiência econômica mostra-se como um fator importante e a relação pobreza e justiça exige a atuação do Estado para mitigar os seus efeitos, cenário em que o instituto da Assistência Jurídica Integral e Gratuita constitui um dos instrumentos do Estado para garantir o acesso à Justiça, e seus corolários, àqueles que não dispõem de recursos financeiros para sua defesa junto ao Estado-Juiz, integrando-os ao processo de construção e legitimação do Estado Democrático de Direito, garantindo sua participação no processo de construção e legitimação da ordem jurídica, incluindo-os nessa ordem, o que conduz, portanto, ao dever-função do Estado em prestá-la.

## **2. O ser humano, a sociedade e o Estado**

O instinto não é o único propulsor do homem; a espécie humana é dotada de razão, o que lhe permite planejar o futuro, idealizar e ver em suas ações um propósito. Por meio da razão, o homem arquiteta a concretização de suas expectativas de futuro, mesmo que o seu desejo seja a permanência do status quo. Assim, o homem age, reage e interfere em seu hábitat não somente por instinto, mas também pela razão, certamente influenciada por todo um conjunto de sentimentos que constituem a complexa personalidade humana.

O instinto, como padrão inato do comportamento, gradativamente é moldado ou suplantado pela razão. As respostas aos estímulos externos tendem cada vez mais a satisfazer as necessidades e os interesses do homem, muitas vezes demarcados pelo jogo dinâmico de forças móveis, heterodoxas e antagônicas. Como bem observou Wolkmer (2000, pág. 65), cada indivíduo, vivendo na dimensão de um mundo simbólico,

lingüístico e hermenêutico, reflete e incorpora padrões de comportamentos múltiplos e específicos.

O ser humano também é dotado de carências, entre elas a de estar com outro ser vivo, preferencialmente com seus pares. Esta característica da espécie humana não permite a este viver em completa solidão, forçando sua sociabilidade e a sua integração social.

Portanto, se busca companhia de outro ser com o fim de concretizar suas expectativas de futuro, proporcionadas pela razão, também o faz por uma necessidade natural. Neste contexto, a sociedade se torna o resultado das tentativas do ser humano de satisfazer suas necessidades, de atender a seus fins, de realizar suas expectativas de futuro, que se concretizam pelo esforço mútuo dos integrantes da sociedade e pelo jogo de interesses que, de certa forma, dão o equilíbrio necessário à sustentação dessa estrutura. Nessa linha de raciocínio, pode-se definir sociedade como

“uma espécie de contextura formada entre todos os homens e na qual uns dependem dos outros, sem exceção; na qual o todo só pode subsistir em virtude da unidade das funções assumidas pelos co-participantes, a cada um dos quais se atribui, em princípio, uma tarefa funcional; e onde todos os indivíduos, por seu turno, estão condicionados, em grande parte, pela sua participação no contexto geral” (HORKHEIMER; ADORNO, 1977, 263)

No entanto, pela própria individualidade de cada ser humano e pela heterogeneidade do comportamento humano, as expectativas de futuro que cada indivíduo nutre podem ser diversas e até antagônicas, motivo pelo qual as razões que levam os homens a unirem-se, estruturarem-se em sociedade, nelas permanecerem e criarem formas de gerenciamento das relações intersubjetivas são as mais diversas. Consequentemente, os reflexos desses fenômenos na vida do homem e da sociedade também não serão uniformes. Assim, se um ser humano se une a outros, formando uma sociedade, e esses não comungam das mesmas razões ou se buscam outros objetivos além dos que os uniram, certamente, o resultado esperado por um poderá ser diferente do resultado esperado pelo outro. Consequentemente, alguns poderão dar-se por satisfeitos e outros, não.

Nesse contexto, o convívio social, quanto maior e mais complexo o seu grupo, pode gerar conflitos de interesses, pondo em risco tanto o ser humano como a sociedade, motivo pelo qual quanto maior o número de integrantes em uma sociedade e maior a sua complexidade, maior será a necessidade de regras de convivência para sustentação dessa estrutura, até mesmo de sobrevivência do indivíduo, que, inexoravelmente, exige a limitação da liberdade individual, até mesmo pelo fato de uma agressão poder gerar outra, comprometendo a paz social. Consequentemente, a

concretização das expectativas de futuro da sociedade de seres humanos passa a ser incerta, deflagrando o risco de degenerar num estado de guerra. Há que se levar em conta, ainda, que a indefinição quanto às regras postas pela sociedade e os direitos inerentes a cada indivíduo é também fonte de angústia e tensão individual e social. Pendências de situações desta natureza são inegável fator de sofrimento e infelicidade, que também põem em risco a paz social, refletindo, inexoravelmente, uma reação negativa ao grupo social e ao indivíduo, razão pela qual, se torna imprescindível a existência de instrumentos hábeis a mitigar os reflexos negativos da ação humana. Portanto, indispensável uma estrutura de gerenciamento das relações intersubjetivas, que implica a formulação de regras e normas de conduta impostas aos membros da sociedade e instrumentos de composição de litígios.

É necessário reconhecer que há forças móveis, heterodoxas e antagônicas que agem e reagem a e no ser humano e no meio social, como os interesses, as paixões, a moral, a ética, as crenças, os dogmas, os medos, e todo o conjunto de sentimentos que constituem a complexa personalidade humana e dão identidade a um grupo social. É preciso ter em mente que a vida social é um processo incessante e progressivo, comportando alterações de valores no tempo e no espaço, o que torna possível o surgimento da necessidade de implementação de novas funções a serem exercidas pela sociedade, com ou sem o abandono das primitivas.

A viabilização da paz social se torna um dos maiores desafios da sociedade. O Estado, assim, assumiu na relação ser humano-sociedade, importância significativa, tornando-se elemento de sustentação da estrutura social, especialmente pelo fato de avocar a responsabilidade de assegurar aos seus jurisdicionados a segurança e a inviolabilidade de seus bens corpóreos e incorpóreos.

### **3. Legitimação e extensão do poder do Estado**

Uma vez estabelecida e organizada a sociedade em uma estrutura complexa, seja em decorrência de um processo natural, ou em decorrência da criação racional do homem, por meio de um pacto entre integrantes de um grupo, essa estrutura passa a ser entendida como forma suprema de organização de uma comunidade e, como tal, traz consigo, desde suas origens, a tendência para colocar-se como poder absoluto, isto é, como poder que não reconhece nenhum limite além dos determinados por si mesmo.

Nessa linha de raciocínio, o poder do Estado está diretamente ligado ao poder exclusivo de produzir o direito, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade na qual impera, não conhecendo outro ordenamento jurídico que não seja o próprio; em uma relação em que todos os jurisdicionados devem se submeter às suas

normas e ao seu poder. Contudo, é imperioso haver legitimidade do exercício do poder, ou seja, deve haver uma justificativa aceitável que obrigue aos indivíduos a se submeterem a ele.

Analisando-se as teorias que buscam encontrar o fundamento do poder estatal e a sua legitimação, é possível justificar na história do pensamento político tipos diferentes de Estado, tanto a monarquia absoluta quanto o Estado democrático, tanto um poder ilimitado quanto um poder limitado, motivo pelo qual é aceitável o temor do mau uso e abuso do poder estatal.

É essencial destacar que o poder transferido à sociedade política – Estado - é precisamente aquele necessário para exercer plenamente a atividade de gerenciamento da comunidade, de forma a impedir que os indivíduos, na busca de seus próprios fins, cheguem a conflitos, ou que, uma vez instaurado o conflito, possa compô-lo, de modo que venha a restaurar a paz social pretendida e, como fim último, concretizar as expectativas de futuro dos indivíduos sem se opor às expectativas de futuro do grupo social.

Neste sentido, dispõe o Código de Malinas, em seu art. 43:

“Gerente do bem comum, a autoridade deve, em primeiro lugar, proteger e garantir os direitos dos indivíduos e das coletividades que compreendem. Porque a violação destes direitos tem uma repercussão profunda e nefasta no bem comum, que o Estado tem a seu cargo, enquanto que, pelo contrário, o respeito do direito de cada um favorece o desenvolvimento do bem de todos. É preciso, pois, um poder capaz de prevenir os abusos, obrigar aos recalcitrantes e castigar aos delinqüentes” (CASTELLO BRANCO, 1988, 75).

Assim, o Estado deve ter poderes suficientes para garantir a plenitude da satisfação das expectativas dos membros da sociedade. No entanto, referido poder não pode ultrapassar os limites do razoável e do necessário, sob pena da perda da legitimidade da ação, que fatalmente deságua no abuso de poder e no comprometimento do processo de legitimação da autoridade política.

Algumas teorias foram construídas com o objetivo de fornecer remédios contra o abuso do poder. Entre as teorias se destacam três grupos: a teoria dos direitos naturais, ou jusnaturalismo; teoria da separação dos poderes e teoria da soberania popular ou democracia.

O Estado necessita da legitimação de seu poder, o qual é indispensável para a consecução de seus fins. No entanto, reconheceu-se também que o poder absoluto e ilimitado é tão ou mais perigoso quanto a sua ausência, motivo pelo qual a sociedade encontrou, nas normas jurídicas, a saída para a manutenção do poder, como também a sua destituição, se violados os princípios legitimadores do poder a ele atribuído.

O Estado brasileiro estruturou-se na separação dos poderes, estabelecendo entrosamento entre eles, além de propiciar-lhes equilíbrio e atuação sem perda de autoridade e isenção. Assim, os contrapesos que se utilizam objetivam os instrumentos limitadores dos atos do Estado.

#### **4. A função contemporânea do Estado e a jurisdição: função do Estado-Juiz**

Oportuno, neste momento, fazer menção a Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não terá como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja na verdade deveres-poderes, no interesse alheio” (1992, 21)

Contemporaneamente, o poder estatal é enxergado como um todo que é exercido em três vertentes distintas, conforme sua área de atuação: administrar, legislar e julgar.

O Estado-Juiz tem a responsabilidade de exercer a jurisdição, que se traduz no ato soberano do Estado de deslindar uma situação social de conflito, por meio da afirmação e aplicação da norma legítima de maneira correta aos olhos do interesse social, compondo de forma imperiosa e definitiva os litígios entre seus jurisdicionados.

Com o monopólio da jurisdição pelo Estado, busca-se superar a fase da “justiça com as próprias mãos”, que representa o atraso e a insegurança social. A jurisdição passou, assim, a ser vista como o meio apto a compor os litígios em razão de vantagens como: imparcialidade; defesa dos direitos da sociedade; autoridade e capacidade de impor a decisão tomada; e, ainda, por seus elementos básicos, que são: a lide (existência de uma demanda ajuizada, ou seja, um jurisdicionado que vem perante o Estado a fim de deduzir sua pretensão e obter a prestação jurisdicional do Estado-Juiz); a inércia (o fato de o juiz não agir de ofício, mas somente quando provocado pelas partes); a substitutividade (o monopólio da função jurisdicional) e a definitividade (cabendo ao Estado-Juiz dar a palavra final nos conflitos e questões jurisdicionalmente suscitados).

Esses quatro elementos básicos traduzem a própria jurisdição exercida pelo Estado-Juiz, por meio do processo. Assim, o juiz irá adequar o caso concreto que lhe é submetido à “moldura legal”, por meio da aplicação do dispositivo legal pertinente à questão, e solucionar o conflito de forma que venha a garantir que seja proporcionada aos membros da sociedade a justiça por eles esperada quando elegeram o Estado-Juiz como “único solucionador” de seus conflitos.

É certo, portanto, que o homem, para ver respeitado seu direito, diante do conflito de interesses, necessita do Estado e de pleitear perante ele o reconhecimento do direito já legitimado e obter a garantia de sua efetividade, e outro meio não há senão mediante o devido processo legal.

É crucial destacar que o Estado é criação do ser humano, existindo, assim, para cumprir a destinação que lhe foi reservada, sem, no entanto, poder sobrepujar, por si só, seu criador. Portanto, toda ação do Estado deve ter sempre como paradigma a pessoa humana e os direitos fundamentais do homem, considerada sua preexistência. Desta forma, assume, por missão, garantir ao homem a preservação de sua condição humana e lhe propiciar o acesso aos elementos necessários a uma existência digna.

Dentre os inúmeros elementos necessários a uma existência digna, é imprescindível a segurança e a certeza de que, diante de um conflito intersubjetivo de interesses, prevalecerá, incondicionalmente, o direito reconhecido pela sociedade, pois, a indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social. A pendência de situações desta natureza é inegável fator de sofrimento e infelicidade, bem como, a pendência de processo judicial ou a falta de condições de acesso à solução de um problema jurídico causa sofrimento, que se manifesta sob a forma de aflição, de angústia, podendo evoluir para males psicossomáticos, que, incontestavelmente, contrariam o conceito de existência digna.

É necessário destacar, ainda, que a sensação de impunidade pode levar o cidadão comum a um caminho de três vias: permanecer inerte, submetendo-se às lesões que julga sofrer, vivendo infeliz e insatisfeito, limitando-se a reter no foro íntimo a mágoa e a sensação de desamparo, que pode gerar atos de violência desproporcional contra outrem; ou, em ato de revolta e desespero, tomar a justiça em suas próprias mãos, e com a autotutela realizar sua "justiça", o que geraria mais conflitos; ou ainda, acreditando na impunidade, adotar comportamento egoísta, sem qualquer preocupação com o direito de terceiros, conseqüentemente, em prejuízo do convívio social pacífico, já que vale a pena correr o remoto risco de ser punido, ante o benefício próprio que pode atingir satisfazendo seus interesses.

Qualquer das situações acima apresentadas é elemento de tensão social e de insegurança, que resulta em profundo desequilíbrio na convivência em sociedade, motivo pelo qual deve ser debelada pela ação e presença efetiva do Estado no ato de prevenir e dirimir conflitos.

Assim, inclui-se entre as funções do Estado contemporâneo, prevenir situações geradoras de conflitos intersubjetivos de seus jurisdicionados. Portanto, o Estado tem a função-dever de propiciar aos seus jurisdicionados mecanismos de

prevenção e de acesso à sua proteção incondicional, suprimindo qualquer forma de exclusão e marginalização, viabilizando o equilíbrio de forças entre os jurisdicionados envolvidos em conflitos e o acesso à justiça. Dessa forma, a assistência jurídica integral e gratuita não traduz em paternalismo ou assistencialismo, mas no fato de o Estado se tornar um bom provedor das funções que lhe competem.

## **5. O acesso à justiça no Estado Democrático de Direito**

Atualmente não basta aceitar a ideia de acesso à justiça como mero acesso aos Tribunais, ou, com outras palavras, a uma decisão emanada de um ente legitimamente investido no poder de dizer o direito. O acesso à justiça deve ser compreendido como a realização dos preceitos estabelecidos pela sociedade, não apenas como normas, mas como valores éticos e morais, sempre norteados pelo objetivo da satisfação do bem-estar geral, sendo insuficiente a simples constatação da legalidade, pois nela apenas não se realiza.

A justiça é, dentre os valores, o mais amplo, completo e ansiosamente buscado pelo ser humano, principalmente, a partir da consolidação do fenômeno burguês ocidental. Embora a ideia do justo possa variar de indivíduo para indivíduo, certamente, a noção de justiça vem ligada à de igualdade. Pode-se, até, aceitar a ideia de que a igualdade plena e efetiva entre os indivíduos se traduz em utopia, que poderia ser justificada pelo fato da própria condição da natureza humana, que, conferindo o poder da razão e do livre arbítrio, torna aos seres humanos desiguais, possibilitando a alguns indivíduos viver em melhores condições que outros. Contudo, na atualidade, não é possível aceitar, permitir e tolerar que um indivíduo, utilizando-se destas diferenças naturais, explore e subjugue outro indivíduo, negando-lhe um direito natural. Deve-se ter em vista, ainda, que o direito moderno vem gradativamente se moldando e nutrindo-se do valor da solidariedade, tornando-se também uma função do Estado garantir ao ser humano uma igualdade de condições perante a lei e de propiciar o equilíbrio de forças entre litigantes, quando estes reclamam sua tutela, devendo atenuar diferenças naturais de forma que possa viabilizar ao indivíduo uma existência digna, que, certamente, implica a existência de instrumentos capazes de garantir a segurança de seus jurisdicionados, além da participação no processo de construção e legitimação da ordem jurídica, incluindo-os nessa ordem.

Dessa forma, o Estado não pode afastar-se desses preceitos, sob pena de divorciar-se do elo que legitima seu poder, subvertendo-se a ordem. A não-observância dos preceitos postos pela sociedade tem o condão de autorizar a justa resistência às ordens dele emanadas, uma vez que a ordem jurídica se legitima quando satisfaz o valor

da justiça em prol do bem-estar geral, proporcionando a segurança que todos os indivíduos necessitam e que se constituiu num dos pilares do Estado-burguês.

Paralelamente, a participação de cada indivíduo e da comunidade no estabelecimento de diretrizes de conduta social é fundamental para implementar normas e políticas sociais que contemplem toda a população ou parcela desta, que delas necessitem, visando impedir que a convivência humana caminhe para os modelos hobbesianos, seja o da “lei da selva”, do homem como lobo do homem, seja o da solução absolutista, esmagadora de direitos, e a consecução da realização da dignidade do ser humano. Para tanto, indispensável que absolutamente todos os jurisdicionados tenham acesso à ordem jurídica, entendida de forma ampla, em todos os seus processos, o que pressupõe a existência de um instrumento hábil capaz de concretizar esse acesso.

Conforme observa José Afonso da Silva (1988, 8), é importante destacar que o Estado de Direito não se confunde com o Estado submetido ao Poder Judiciário, mas com aquele “cujos atos legislativos, executivos, administrativos e também judiciais ficam sujeitos ao controle jurisdicional no que tange à legitimidade constitucional e legal”. Tampouco se deve reduzi-lo ao Estado Legislativo, por conceber o Direito como um conjunto de normas estabelecidas pelo Poder Legislativo, pois, embora o princípio da legalidade seja um elemento importante no conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.

O Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, mas que visa, ainda, realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A vigente Constituição Federal brasileira estabelece, em seu art. 1.º, que a nossa República é um Estado Democrático de Direito, um modelo que concilia Estado Democrático e Estado de Direito, contudo, não consiste em mera reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Segundo José Afonso da Silva (1998, 7), vislumbra-se nesse modelo “um conceito novo, que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera, na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do status quo”.

O Estado Democrático de Direito agrega um componente revolucionário de transformação do status quo, na medida em que este ressalta a relevância da lei, mas sem ficar limitado a um conceito de lei como o que imperou no Estado de Direito clássico; o princípio da legalidade passa a estar agregado à democracia, ou seja, desdobrando-se de forma que possa exercer função transformadora da sociedade, que realiza o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da equalização das condições dos socialmente desiguais. A relevância da lei passa a ser

destacada não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também quanto à sua função, a de propiciar ao convívio social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como se guiarem na realização de seus interesses, impondo mudanças sociais democráticas.

Assim, o Direito, imantado pelo valor democrático, incorpora e constrói-se com a necessidade de ajustar-se aos interesses coletivos, em um processo de estruturação de uma sociedade livre, participativa, justa e solidária, abrindo caminhos para o exercício das prerrogativas da cidadania, possibilitando concretizar as exigências de um estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito compreende a exigência de normas públicas claras e consistentes; a existência de tribunais acessíveis e estruturados para ouvir e determinar as diversas reivindicações legais. Este pressupõe a garantia de que as normas jurídicas gozam de legitimidade e que estas são aplicadas pelas autoridades judiciárias de acordo com determinados critérios; a exigência de que as normas sejam aplicadas por Tribunais imparciais, acessíveis aos cidadãos, que motivem suas sentenças no próprio direito e que atuem contra os desvios do poder, controlando a constitucionalidade das leis e os desvios dos atos administrativos. Daí deriva a responsabilidade política do Poder Judiciário perante a sociedade, não sendo mero e autômato aplicador do direito.

O Estado brasileiro pautou sua conduta na consecução do objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, solidificada na cidadania e na dignidade da pessoa humana, e no dever de buscar continuamente a erradicação da pobreza, da marginalização e promover o bem de todos aqueles que se encontram sob sua jurisdição. O Estado brasileiro comprometeu-se também, perante a comunidade internacional, a dar prevalência aos direitos humanos, incorporando em seu ordenamento jurídico referido dever.

Consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, um dos textos mais importantes da sociedade contemporânea, do qual o Estado brasileiro é signatário, em seus artigos 1.º e 2.º, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Que todos os seres humanos são dotados de razão e consciência e devem agir de um para com o outro em espírito de fraternidade. Estabelece, ainda, que todos os direitos e liberdades citados naquela declaração devem ser estendidos a todos os seres humanos do mundo, sem qualquer tipo de distinção como: raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro estado. .

Portanto, sendo a República brasileira um Estado Democrático de Direito, esta tem o dever-função de garantir o acesso de absolutamente todos os seus jurisdicionados à sua ordem jurídica, e como seu corolário, proporcionar ampla informação e orientação jurídica, viabilizando o acesso à Justiça, sem temor ou surpresas, consolidando a participação de todos no processo de solidificação, efetivação e construção do ordenamento jurídico, construindo uma justiça democrática.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito tem por dever disponibilizar ao jurisdicionado todos os instrumentos necessários e todo o aparato do Estado-Juiz para fazer valer os direitos e deveres estabelecidos em seu ordenamento jurídico, devendo afastar toda e qualquer forma de obstáculo que impeça ao jurisdicionado o acesso à justiça, entendendo-a da forma mais ampla possível, ou seja, ter a oportunidade de conhecer e entender o ordenamento jurídico; participar da sua construção, solidificação e efetivação; e, ainda, ser atendido prontamente toda vez que necessitar da intervenção do Estado para dirimir um conflito de interesses instaurado, em igualdade de forças e de oportunidades; dando-lhe condição de fruir plenamente do bem da vida que foi obstado injustamente por outro.

Assim, o acesso à justiça se impõe não só em razão da expressa disposição constitucional, em decorrência do modelo de Estado adotado por nossa República, mas principalmente pela imposição dos valores éticos e morais aceitos e exigidos pela sociedade brasileira.

Nesse esteio, a Justiça deve ser considerada finalidade política do Estado, que este deve implementar, de forma que aqueles que se sentirem ameaçados, seja por quem for, e até mesmo pelo Estado, possam, por meio do Estado-Juiz, ver seus direitos respeitados e garantidos. Visa-se, assim, colimar uma democracia política com uma democracia social, construindo uma sociedade democrática dentro de uma política democrática.

A Justiça tem papel fundamental no modelo de Estado Democrático de Direito, não se resumindo ao acesso aos Tribunais, motivo pelo qual somente mediante um amplo acesso ao ordenamento jurídico é que será possível atingir a segurança que a sociedade brasileira almeja e o equilíbrio de forças, que tornam possível a paz social. Sendo certo que um adequado serviço de assessoria jurídica tem o condão de viabilizar a exigência do desenvolvimento e implementação de políticas sociais voltadas para o bem-estar geral e uma justiça distributiva capaz de atenuar as diferenças sociais, exigindo uma adequada distribuição de renda e mudança na atual estrutura social.

## **6. O direito à jurisdição e à ação**

É preciso ter em mente que as situações de conflito e injustiça não se resolvem por si só; tampouco é possível deslindá-las pela simples positivação da lei. A composição de um litígio e a restauração da justiça implica a aplicação da norma legítima de maneira correta.

Assim, a segurança do ser humano é proveniente da crença no direito e, acima de tudo, na crença da aplicação justa da lei por um ente legítimo, imparcial e forte o suficiente para fazer valer a lei em caso de sobrevierem conflitos. Decorre também da possibilidade concreta e eficiente de poder exigir do Estado esta prestação, denominada tutela jurisdicional.

É exatamente por meio desses elementos que o jurisdicionado pode fluir da segurança que o direito confere à sociedade com a positivação das normas, sendo esta atividade, de buscar a prestação estatal para fazer valer direitos e, portanto, solucionar conflitos havidos na sociedade, que configura o direito à jurisdição e o direito de ação.

Assim, na medida em que o Estado assume o monopólio dessa função, este avoca a obrigação de prestar a justiça aos seus jurisdicionados, que abdicaram do direito de fazer valer a lei pelas próprias mãos.

É infosismável que o acesso de um povo à jurisdição é um eficaz instrumento de medição de democracia deste povo, pois, quanto mais democratizado, mais efetiva, rápida, facilitada e concreta é a prestação da tutela jurisdicional.

A amplitude do direito à jurisdição se constitui verdadeira prova de fogo do próprio ordenamento jurídico vigente. A repetição de demandas e a sua cristalização jurisprudencial indicam os rumos que o sistema jurídico de um dado Estado deve tomar, pois não foge ao alcance da percepção de ninguém o papel importantíssimo que a jurisprudência exerce diuturnamente na prática do direito.

É, pois, por meio da atividade de dizer o direito diante do caso concreto, que se afirma que a norma jurídica que serviu de premissa ao silogismo judicial é efetiva, que vincula na prática todos os homens que se encontram sob o poder do Estado na vida social. Assim, diante do desrespeito da norma no caso concreto e da eficaz ação do Estado em obstar e corrigir o ato violador demonstra-se a tantos outros que façam parte do corpo social a sua força e eficácia. Assim, também é válida a premissa contrária, ou melhor, se o Estado não é eficaz e não obsta ou não corrige o ato violador, fomenta e demonstra a tantos outros que façam parte do corpo social a sua fraqueza, ineficiência ou que aquela norma não precisa mais ser respeitada, expurgando-a do mundo fático, restringindo-a somente a mera existência formal, até que outra lei a revogue.

Restringir o acesso ao judiciário, o direito à jurisdição, vedando ou estreitando o direito de ação é também uma das medidas primeiras que se tomam no

modelo ditatorial, como forma de garanti-lo, pela mitigação ou mesmo extirpação de qualquer forma de contraposição.

É importante destacar que a ideia da luta pela consecução da ordem jurídica não se encontra na estagnação, nunca foi a omissão e a pura e simples aceitação do estado de coisas atual, mas a “ação”, a busca pela tutela jurisdicional, sendo esta postura a responsável por trazer elementos para a própria positivação do ordenamento jurídico.

Assim, o agir, o direito de ação, é fundamental na estrutura que impulsiona a máquina estatal a exercer a sua função jurisdicional, de dizer o direito aos casos concretos, constituindo, também, um importante mecanismo de positivação do ordenamento jurídico. Mais importante ainda é que, se por um lado o direito de ação é a forma imediata de consecução de um direito lesado ou em vias de lesão, é, também, por outro, forma mediata de afirmação da ordem jurídica, para toda a coletividade, num ato de reafirmação da validade da norma para todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, corroborando o que foi exposto, Rudolf Von Ihering (1998, 84), que “a essência do direito está na ação. O que o ar puro representa para a chama, a liberdade de ação representa para o senso de justiça, que sufocará se a ação for impedida ou perturbada”.

Portanto, é apropriado afirmar que a proteção e ampliação ao acesso ao judiciário e à ordem jurídica correspondem à fixação do paradigma democrático, e que a restrição a esse direito e, conseqüentemente, à restrição à função jurisdicional corresponde o paradigma da ditadura, da autocracia, da exceção.

O direito à jurisdição e o direito à ação constituem direitos dos quais dependem todos os outros direitos. A restrição do acesso a esses direitos a apenas uma parcela da população, somente a uma classe da sociedade, constitui um mecanismo cruel de dominação e de positivação da ordem jurídica em desfavor dos demais membros da sociedade, ante o condão que o direito de ação e o direito à jurisdição têm de direcionar a ordem jurídica de forma que mantenha no poder uma classe, protegendo seus interesses e afastando qualquer tentativa de mudança.

Como já afirmado, o direito que se exerce perante o Estado, ao se pleitear a tutela jurisdicional para um caso específico, é imediatamente aproveitado pelo requerente da tutela, mas também é dirigido a toda a sociedade, pois, por meio dele, está-se afirmando a própria ordem jurídica nacional, efetivando-a .

É crucial, portanto, que o Estado não só positive a jurisdição e a ação como um direito, mas, acima de tudo, viabilize as condições para que este direito seja exercido pelos seus titulares de modo eficaz.

Assim, a ordem nas relações existentes entre os sujeitos de direito, prescrita nas normas jurídicas, é uma ordem que somente pode considerar-se existente na medida

em que existam meios de torná-la uma realidade concreta. Pois, como já afirmou Hans Kelsen (2000, 12): "uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida. Um mínimo de eficácia é a condição da sua vigência".

Pode-se, então, dizer que o direito à jurisdição e o direito de ação, concebidos como pura e simples faculdade de acesso aos tribunais, fazem parte do mínimo de poderes jurídicos inerentes à própria condição humana, como real instrumento de apelo social.

O direito de ação tem fundamental importância na "vida dos direitos"; diante disto, chegou ao patamar de direito constitucional como instrumento de cidadania, como direito subjetivo público de se pleitear a tutela jurisdicional do Estado.

Assim, o direito à jurisdição juntamente com o direito à ação compõem o rol dos direitos políticos fundamentais do cidadão, constituindo verdadeiro direito-garantia, sem o qual nenhuns dos direitos, reconhecidos e declarados pela sociedade, por meio de previsão legal, tem exercício assegurado. Razão pela qual os direitos à jurisdição e à ação receberam da comunidade global o reconhecimento do status de direito fundamental, ultrapassando, dessa forma, as fronteiras do direito interno, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, na ONU, em 1948, quando definiu expressamente em seus artigos 8 e 10 que toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante as jurisdições nacionais competentes contra os que violarem os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos pela constituição e pela lei, e que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja ouvida eqüitativamente e publicamente por um Tribunal independente e imparcial, que decidirá seja de seus direitos e obrigações, seja da legitimidade de toda acusação em matéria penal dirigida contra ela.

Nesse contexto, a efetividade do direito à jurisdição e do direito à ação guarda restrita correlação com o dever estatal de oferecer todas as condições para exercício de referidos direitos, de forma justa e democrática. Tal postura se impõe, até mesmo, por uma condição de segurança do próprio Estado, pois, ao retirar do cidadão a possibilidade de realizar pelas próprias mãos o sentido de justiça, tornou-se imprescindível a viabilização do acesso à jurisdição, não podendo, por qualquer forma ou ato, restringir tais direitos, sob pena de se formar "bolsões de jurisdição paraestatal", a comprometer a soberania do próprio Estado.

## **7. Justiça e pobreza**

A pobreza é um tema sempre atual, está presente em quase todos os países, constituindo uma constante ameaça para a humanidade, pois seus reflexos acabam por atingir não somente os pobres, mas toda a sociedade, inclusive os mais ricos, talvez em menor potencialidade.

É importante destacar a existência de um povo miseravelmente pobre, como o povo brasileiro, em que a desigualdade social é fato longe de um desfecho em curto prazo e alarmante índice de pobreza.

A pobreza é vista a olhos nus e a miséria é exposta de forma gritante na mídia. Pessoas que vivem em casas modestas, quando não moram embaixo dos viadutos ou ao relento, por vezes sem acesso a condições mínimas de higiene e saúde, com restrição ao abastecimento d'água para o seu atendimento e muito menos esgoto. Mas, não se trata apenas de exclusão social, da formação de uma população marginalizada e abandonada à própria sorte ou à vontade de Deus. Trata-se de uma população que dorme quando pode; come quando alguém lhe dá algo ou quando vão às feiras livres da pobreza, aos lixões, onde disputam com os urubus os restos jogados fora; que recebe tratamento médico quando a morte já é inevitável ou quando a saúde já está tão debilitada que ela já não pode mais ser enxotada; uma população desinformada que nunca recebeu uma educação mínima que lhe permitisse subsistir nesta sociedade complexa, ou, se um dia se sentou à frente de um educador, este não soube compreender toda a complexidade de se viver na pobreza e na miséria, não soube acolhê-la e compreender suas deficiências, que consciente ou inconscientemente acabou expulsando-a e negando-lhe a oportunidade de evoluir culturalmente; uma população que é humilhada todos os dias pelos mais diversos motivos; que sente na carne a perversidade e a indiferença do ser humano; que é obrigada a obedecer a uma lei que não foi forjada nos palácios da Assembleia Legislativa.

Trata-se da fomentação de insatisfações, angústias, tristezas, rancor, ódio, dor, doenças, perversidades, intolerâncias, o aniquilamento da dignidade da pessoa humana, e tantas outras fontes de embrutecimento da alma, que acabam por serem despejadas na sociedade, na forma de agressões e violências, que cada vez mais se potencializam em um ciclo vicioso, que parece aumentar a cada nova agressão sem fim.

Trata-se também da exploração de uma situação que, por si só, seria suficiente para causar repulsa a qualquer ser humano e que, no entanto, não bastando todos os sofrimentos que a pobreza e a miséria são capazes de criar, alguns "homens" sem qualquer escrúpulo acabam por encontrar na pobreza e na miséria fontes de riqueza e de exploração, violando constantemente e habitualmente os direitos do homem, reconhecidos pela sociedade, ultrajando a dignidade da pessoa humana.

Esse ultraje à dignidade da pessoa humana se dá na exploração da mão-de-obra do trabalhador; na exploração da mão-de-obra infantil; na remuneração desproporcional ao trabalho realizado e exigido por lei; na exigência do cumprimento de uma carga horária de trabalho, superior ao suportado pelo ser humano; na imposição de exercer atividade laborativa de alto risco e de insalubridade, sem qualquer equipamento de segurança; no não- recolhimento dos encargos sociais, que serviriam para reverter em benefício da população carente, ou o desconto dos encargos sociais do trabalhador sem, contudo, repassá-los ao Estado, em verdadeira apropriação indébita; no trabalho escravo; no aliciamento de mulheres e crianças para a exploração sexual; no oferecimento de produtos impróprios ao consumo a um preço acessível; na agiotagem; na exigência de juros extorsivos e ilegais, para o acesso a um bem de consumo; por meio de crediários que são absolutamente impossíveis de serem adimplidos; na desinformação do economicamente desfavorecido, impondo obrigações ilícitas; na exigência de contratos abusivos e excessivamente onerosos ao pobre e miserável; na cobrança de multas e taxas abusivas; na prática de crimes de estelionato; na negativa de direitos já reconhecidos por lei pela sociedade; na realização de negócios jurídicos, tirando proveito da situação econômica, de forma que venha a lesar o economicamente desfavorecido; na prática de violência ou ameaças que subjuguem e coloquem o pobre e o miserável sob suas ordens; e inúmeras outras lesões que causam desconforto, insatisfações, angústias, tristezas, rancor, ódio, dor, doenças, perversidades, intolerâncias e aniquilamento da dignidade da pessoa humana.

Essas violações e desrespeitos aos direitos e à dignidade da pessoa humana ocorrem constantemente e de forma habitual, em razão de sabermos estes “homens” inescrupulosos das dificuldades que um pobre ou miserável tem de buscar no Poder Judiciário a defesa e o cumprimento dos direitos postos pela sociedade, e que estes pobres e miseráveis muitas vezes irão se submeter, também pela ignorância em que são mantidos, por não haver outro meio, senão à submissão e à aceitação das condições impostas por seus algozes.

Ocorre que todo esse conjunto de lesões à dignidade da pessoa humana irá funcionar como um fermento, que acaba fazendo crescer cada vez mais a mágoa, a sensação de desamparo, a revolta, que podem gerar atos de violência desproporcional, na absoluta maioria das vezes não contra o seu algoz, mas contra outrem, pois raramente um homem, submetido a estas condições, tem estrutura para suportar tamanha pressão e dor.

A sociedade, por sua vez, num gesto de autodefesa e incompreensão, acaba por reagir de uma forma equivocada, criando instrumentos e mecanismos perversos de prevenção, contenção e reação à violência, gerando ainda mais ódio e violência,

colocando todos aqueles que pertencem àquela população pobre e miserável em uma mesma vala comum, condenando-os antecipadamente pelo simples fato natural do nascimento no seio daquela população.

A perversidade é ainda maior ante a complexidade das estruturas criadas pela sociedade, pela evolução tecnológica e científica e pela exigência cada vez maior de capacitação educacional, que acaba por agravar ainda mais esta situação de exclusão, gerando aumento da população marginalizada, que passa a disputar espaço e comida, num jogo de sobrevivência, na fomentação da lei do mais forte, gerando novamente uma litigiosidade exacerbada no seio desta população, e, certamente, a sociedade irá sofrer o impacto da pobreza, que ela própria gera, tanto de forma aguda como de forma crônica.

A sociedade acaba por se colocar em uma “panela de pressão”, sem o instrumento que teria para evitar a explosão, pois ela própria o retira, ao restringir ou tornar absolutamente inviável e ineficaz o acesso desta população aos meios de prevenção e composição de litígios, exigindo um ônus que esta população não pode suportar, ou o preenchimento de requisitos que a própria sociedade lhes nega, desestimulando a procura pelos órgãos públicos para solucionarem seus litígios, virando as costas aos problemas que julgam insignificantes ou de baixo valor econômico, fomentando a ideia de desamparo e de que a força é o único meio de se fazer “justiça”. É neste momento que a sociedade inicia um processo de autodestruição, tornando-se agressores/vítimas da sua indiferença, maldade e perversidade.

Em uma comparação grotesca, mas que ilustraria muito bem o peso destes obstáculos, seria o fato de se exigir ao homem que percorresse uma distância de 100 Km em 1 hora; parece até um absurdo tal comparação, pois é do conhecimento de todos que esta tarefa seria muito fácil, porquanto qualquer carro tem condições de propiciar ao homem o deslocamento no espaço, nesta velocidade e neste tempo, não sendo, portanto, tarefa difícil ou impossível. No entanto, imagine dar esta tarefa a um homem do rincão do nordeste, ou a um morador da floresta amazônica que nunca viu ou ouviu falar em automóvel, ou qualquer outro meio de transporte senão o lombo de um animal ou uma canoa que ele mesmo construiu, que acredita que uma máquina que possibilite a um homem tal proeza se trata somente de uma lenda. Para este homem, certamente, esta tarefa seria impossível, e por mais valiosa que fosse a recompensa a ele oferecida, certamente ele sequer pensaria em tentar cumpri-la. Na maioria das vezes, é exatamente assim que se sente um pobre ou miserável que bate às portas do Poder Judiciário ou qualquer outro órgão de auxílio a esta população.

Um dos sentimentos que mais afetam a personalidade humana é certamente o sentimento de estar sendo injustiçado, de não haver justiça, e que ninguém, a não ser

ele próprio, é a única pessoa capaz de realizá-la, que a Justiça não será feita se ele não tomá-la em suas mãos. Nessas condições, o homem torna-se uma besta, um ser absolutamente irracional, cego pela sede de vingança, por um direito supostamente violado.

Nesse momento, sem acesso às leis, sem conhecer seus direitos e os limites do seu direito, não tendo qualquer parâmetro ou norte do legal ou ilegal, a justiça se torna injustiça, pois cada um passa a enxergá-la e exercê-la de acordo com suas conveniências e seus padrões morais, legitimando no seio daquela população as barbáries noticiadas nos meios de comunicação, ou a formação de leis próprias que viabilizem a convivência em um meio tão hostil.

Assim, nessas circunstâncias, haverá dois Estados em um só, um não reconhecendo a existência do outro, e um não tendo poder de sobrepujar o outro, comprometendo a paz social, agigantando o número de vítimas de sua violência.

O Estado de Direito tem condições de reverter este quadro; basta cumprir sua função precípua, a de proteger o cidadão e dirimir litígios, aplicando o direito, em uma justiça igual para todos, indistintamente da sua condição financeira e de seu endereço residencial; viabilizando o acesso de todos; não afastando da sua apreciação qualquer ameaça ou lesão ao direito, seja ela qual for; prontificando-se a afastar qualquer obstáculo ou dificuldade que o impeçam de conhecer, julgar e exigir o cumprimento dos direitos reconhecidos pela sociedade.

A sensação de que a lei existe, é e será cumprida, e que qualquer ameaça ou lesão ao direito, sendo levada aos Tribunais, será devidamente apreciada pelo Poder Judiciário e que o mesmo será protegido pelo Estado, tem o condão de apaziguar a alma e diminuir sensivelmente a sensação de injustiça. Por conseguinte, diminui a litigiosidade exacerbada e/ou contida, devolvendo ao Estado o monopólio da Justiça, essencial ao equilíbrio da sociedade e da paz social.

## **8. O dever-função do Estado em prestar Assistência Jurídica Integral e Gratuita**

Se aceitar-se a ideia de que o Estado é o único detentor legítimo do poder de produzir, dizer e aplicar o direito, corolário será o seu dever de propiciar, indistintamente, o acesso de absolutamente todos os seus jurisdicionados ao conhecimento do ordenamento jurídico por ele produzido e à sua atividade de prestação de justiça, impondo-lhe, de forma insofismável, o dever de afastar todo e qualquer obstáculo que impeça o exercício do direito à informação e à tutela jurisdicional.

Nesse contexto, é indiscutível que o acesso à ordem jurídica, entendida não somente como o conhecimento da legislação posta pelo Estado, mas toda a estrutura

que envolve a administração das relações intersubjetivas e a função judicante deve ser o mais fácil e amplo possível.

O Estado tornou-se pródigo em sua atividade legislativa, produzindo um incontável número de normas destinadas a reger a sociedade. Com isso, conhecer e compreender o ordenamento jurídico tornou-se uma tarefa muito difícil, muitas vezes incompreendido até por aqueles que o produziram e pelos profissionais tecnicamente habilitados. Assim, leva-nos a crer que maior dificuldade tem o jurisdicionado comum para compreendê-lo, por vezes nem sequer tendo o conhecimento da existência de determinada norma, considerando, ainda, que o Estado não admite ao jurisdicionado a escusa do desconhecimento da lei.

A ignorância do ordenamento jurídico também pode gerar conflitos de interesses, pois acarretam ações, que fatalmente ocasionam lesões morais e materiais, conseqüentemente, fonte de litígios que, na maioria das vezes, somente serão dirimidos por meio da tutela jurisdicional do Estado.

Contudo, não basta bater às portas do judiciário para se obter a composição de um litígio; inúmeras são as providências a ser tomadas antes do ajuizamento de uma ação e nesta não se finda.

Ocorrida uma lesão, instalado o litígio e sendo impossível resolvê-lo pela via amigável, somente o Estado poderá dirimi-lo por meio de uma ação judicial. No entanto, antes do ajuizamento desta, há todo um processo que a antecede. Condições impostas pela cultura jurídica que necessitam ser observadas, uma vez que a não-observância de determinadas exigências pode acarretar a sucumbência da pretensão em litígio.

O envolvido no litígio necessita, portanto, conhecer o direito que julga ter, o que só é possível através da orientação jurídica, e, assim, saber como proceder e avaliar a possibilidade de êxito em uma demanda judicial. Não raro, exigem-se do jurisdicionado providências administrativas junto a órgãos públicos ou privados, antes de se provocar a intervenção do judiciário, implicando também a necessidade de reunião de documentos e provas indispensáveis à instrução de futura ação. Providências que, na maioria das vezes, o homem comum não tem condições de realizá-las sozinho, tornando, por vezes, indispensável o assessoramento por um especialista habilitado a fazê-lo. Mesmo assim, vencida a etapa que antecede o ajuizamento da ação, outros obstáculos dificultam a provocação da tutela jurisdicional do Estado.

Em rigor, bater às portas da Justiça não deveria custar nada. No entanto, não é o que ocorre. O Estado exige do jurisdicionado o pagamento de custas e despesas processuais, além de outros serviços prestados por auxiliares da justiça, indispensáveis à prestação da tutela jurisdicional, o que acaba, por vezes, tornando-se um obstáculo intransponível para uma enorme parcela da população, ante o seu alto custo, ou o fato

de que o valor necessário para movimentar a máquina judiciária acaba superando o valor do bem pretendido, ou implica a privação de outros bens, desestimulando a busca do Estado para a solução do litígio, acarretando jurídico a as indesejáveis pela sociedade.

A assistência jurídica integral e gratuita é um instrumento garantidor do direito à jurisdição e à ação, já que visa dar ao jurisdicionado condições de conhecer o ordenamento jurídico, claramente fundamentais para a legitimação da ordem jurídica, como exposto anteriormente, constituindo-se em uma garantia de proteção do exercício de todos os demais direitos.

O dever de assistência jurídica integral e gratuita alcança também outros dispositivos constitucionais, contidos na mesma relação de direitos e garantias constitucionais. Em seus incisos XIV e XXXIII, preceituam ser direito de todos o acesso à informação, atribuindo-se ao Estado o dever de prestá-las aos economicamente necessitados.

Trata-se não só de meio de acesso à futura obtenção de tutela jurisdicional às pretensões do indivíduo hipossuficiente, mas também instrumento de acesso à informação e consultoria jurídica, pois o direito só é vivenciado em sua plenitude quando todos conhecem as normas da sociedade, passando, por este motivo, pela educação jurídico-política, visto que é desta forma que o jurisdicionado pode, com maior propriedade, reivindicá-los perante o Estado. O exercício da jurisdição e da ação constitui instrumento de construção e legitimação da ordem jurídica.

Nesse aspecto, a assistência jurídica é também um corolário do direito à informação, previsto no rol dos direitos e garantias individuais constitucionais (CF/88, art. 5º, XIV, primeira parte, e inciso XXXIII), um dever previsto de forma clara e precisa, disposto como atribuição do órgão oficial do Estado, a Defensoria Pública, consignado no art. 134 da CF/88.

Este dever assume ainda maior relevância, no presente momento, ante o nosso direito positivado, extremamente complexo, constituído por um grande número de normas, decorrente de uma verdadeira “inflação legislativa”, beirando, por vezes, o casuísmo.

Dentro de tal sistema e ordem, ou desordem, até mesmo os agentes do direito não têm capacidade intelectual de captar e manter, na memória, essa imensidão normativa, ou compreendê-la de forma clara. Se assim é para os profissionais habituados a trabalharem com o direito, que dirá o cidadão, excluído da quase totalidade dos benefícios que deveriam advir-lhe em razão de sua própria condição.

Assim, exige-se que o Estado, gerador desta “ordem”, propicie uma série de condutas efetivas e necessárias, não só deslindando conflitos, mas também prevenindo-os por meio da educação jurídico-política e compondo-os de maneira satisfatória,

respeitando, assim, a necessidade da nossa sociedade, formada basicamente por pessoas desprovidas de recursos econômicos e culturais, evitando-se a tutela de interesses pelas próprias mãos.

A assistência jurídica assume, assim, seu aspecto de dever-função do Estado em prestar informação ao hipossuficiente que assim se declarar, pois referido direito à tal assistência jurídica é também direito público subjetivo à informação jurídica, que deve ser prestada pelos órgãos estatais competentes.

Contudo, a assistência jurídica não se restringe ao dever estatal de prestar informação sobre direito. Abrange também a consultoria e o aconselhamento jurídicos, bem como o procuratório extrajudicial, sem se falar, é claro, do procuratório judicial.

O dever do Estado em prestar a assistência jurídica integral e gratuita não decorre apenas de ensinamentos jurídico-filosóficos, ou um dever moral, ante uma cultura cristã, ou um dever legal, mas também uma forma de impedir que o Estado perca a legitimidade de seu monopólio jurídico.

Primeiramente, contempla-se o art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988, em cotejo com o seu caput: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Tendo, ainda, direito à informação, na forma do art. 5º, incisos: “XIV – é assegurado a todos o acesso à informação...; e XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral...”.

Para a efetivação da prestação destes direitos individuais por meio do Estado, a Magna Carta elege, em seu Capítulo III, referente ao Poder Judiciário, especificamente, na Seção III, a Defensoria Pública como o órgão primordial de prestação de assistência jurídica aos necessitados, não retirando, contudo, tal função dos advogados privados, que deverão prestá-la em caráter subsidiário.

Assim, os arts. 133 e 134 da CF preceituam: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, (...).” Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

A organização da Defensoria Pública já encontra previsão legal na Lei Complementar n. 80, de 12.01.1994, estabelecendo que a mesma tem, dentre outras, a função de, como informa seu art. 1º, “prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei”.

A Defensoria Pública organiza-se nos Estados de acordo com o art. 97 da já citada Lei Complementar, devendo seguir as normas gerais por esta traçada, restando, claro, portanto, estar elas incumbidas de prestar a assistência jurídica.

No Estado de São Paulo, a assistência jurídica aos necessitados é tratada em sua Constituição Estadual no art. 3.º, função própria do Estado, incumbindo à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em obediência ao disposto no art. 10, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual, exercer a função da Defensoria Pública, pois: “Art. 10. ... Enquanto não entrar em funcionamento a Defensoria Pública, suas atribuições poderão ser exercidas pela Procuradoria de Assistência Judiciária da Procuradoria Geral do Estado ou por advogados contratados ou conveniados com o Poder Público”.

Ressaltando ainda que a Lei Complementar Estadual n. 478, de 18.07.1986, denominada Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em seu art. 2.º, XV, impõe-lhe a atribuição de prestar assistência judiciária aos necessitados. Esse termo, contudo, deve receber interpretação extensiva, e visto que, mais à frente, o art. 28, em seus incisos I e VI, e o art. 29, I e III, traçam distinção entre as assistências judiciária e jurídica, impondo ambas à Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão da Procuradoria Geral do Estado.

Em face das necessidades sociais, a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo criou Órgão Auxiliar, tendo como atribuição básica a orientação jurídica à mulher, no art. 36: “Art. 36. São atribuições do Centro de Orientação Jurídica e Encaminhamento à Mulher prestar orientação jurídica à mulher, promover seu encaminhamento aos órgãos competentes para solução dos problemas apresentados e manter intercâmbio com entidades congêneres.”

Após enorme pressão de diversos setores da sociedade civil, intensificada em 2002 com a criação do “Movimento pela Criação da Defensoria”, finalmente a Defensoria Pública do Estado de São Paulo se tornou realidade com a Lei Complementar Estadual nº 988 de 09 de janeiro de 2006, mantendo convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil.

O Estado do Rio de Janeiro também cuidou da assistência jurídica aos necessitados em sua Constituição Estadual, até mesmo inovando e indo além, à medida que atribui à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, além de promover assistência jurídica para tratar de direitos individuais, tem legitimidade para atuar na defesa de direitos coletivos, judicial e extrajudicialmente, legitimidade esta geralmente deferida ao Ministério Público, à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ou a entidades privadas, na defesa dos direitos coletivos de seus associados.

A função-dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados decorre ainda mais do fato da complexidade jurídica de um Estado Democrático de Direito e de sua natureza.

As instituições tidas como essenciais à função jurisdicional do Estado, como o é a Defensoria Pública, relacionam-se com esses fundamentos a fim de conferir aos necessitados meios de resistência contra o autoritarismo, a prepotência, o arbítrio e a injustiça, especialmente quando partida do próprio Estado, buscando sempre efetivar o princípio da igualdade, decorrente do próprio caráter adotado pelo Estado brasileiro e do respeito à dignidade da pessoa humana, tomando esta como um direito fundamental do indivíduo, não se esquecendo de que constitui objetivo fundamental de nossa República, nos termos do art. 3º da CF. Tendo em vista, ainda, que o Estado brasileiro, na esfera internacional, se compromete a dar prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II).

Todo ser humano tem o direito de ser protegido pelo Estado, seja através dos meios de prevenção de litígios, seja por meio de instrumentos legitimadores de direitos, seja quando ameaçado por iminente lesão, seja quando atingido por ação lesiva de outrem, ou como garantidor dos direitos individuais, ético-sociais e políticos, não podendo sua condição financeira tornar-se um obstáculo ao acesso à ordem jurídica, motivo pelo qual, tendo o Estado o dever de garantir o respeito da dignidade da pessoa humana, e seus corolários, o Estado tem o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos jurisdicionados economicamente hipossuficientes, como meio de atingir o direito de pleitear os bens da vida que necessitam e fazer valer seus direitos perante o Estado.

## **9. Considerações conclusivas**

A sociedade reconheceu a necessidade de atribuir ao Estado o monopólio da justiça, ou seja, o poder de estabelecer a norma e aplicá-la, capacitando-o para deslindar um litígio quando instaurado. Dessa forma, o Estado assumiu o dever-função de garantir a todos os seus jurisdicionados o acesso à ordem jurídica e à justiça, por meio de seus juízes e tribunais, se necessário.

Contudo, a ordem jurídica construída pela sociedade e aplicada por meio do Estado atingiu uma complexidade capaz de confundir até mesmo os agentes do direito, profissionais habituados à interpretação e aplicação das normas impostas a todos os jurisdicionados. Nesse contexto, é imperioso reconhecer que o jurisdicionado, que não tem por atividade a prática jurídica, necessita de orientação quando diante de um conflito de interesses, do seu temor, ou na eminência da concretização de negócios jurídicos

que impliquem o risco do surgimento de conflitos se uma das partes não adimplir sua obrigação.

A informação e a orientação jurídica precisas são, certamente, instrumentos poderosos no processo de prevenção de litígios, um direito levado ao status de garantia constitucional, constituindo um elemento indispensável para a construção da cidadania e da democracia, pois é por meio do conhecimento da estrutura normativa que o jurisdicionado pode exigir da sociedade, por meio do Estado, o cumprimento das diretrizes legitimadoras do poder do Estado. Consequentemente, o jurisdicionado viabiliza a sua segurança e o respeito aos seus direitos, tendo a certeza que lhe será garantida a sua pretensão à fruição de um bem da vida quando obstado injustamente pela pretensão de outro jurisdicionado.

No entanto, o acesso à orientação jurídica e o acesso à justiça, por meio dos tribunais, exige do jurisdicionado a posse de recursos financeiros aptos a suportar o custo das despesas com esse serviço. Assim, a tutela jurisdicional do Estado estaria restrita a uma minoria da população, abastada de recursos financeiros, não olvidando que milhões de brasileiros encontram-se marginalizados e excluídos desta tutela, por absoluta incapacidade econômica.

A exclusão e a marginalização dos jurisdicionados economicamente hipossuficientes implica a negativa de acesso à justiça, o impedimento da participação dessa população no processo de legitimação da ordem jurídica, consequentemente, ocorrendo a concretização de mais uma forma de exclusão e discriminação, o que certamente tem o condão de acarretar a todos os jurisdicionados, indistintamente, insegurança e tensão social, capazes de comprometer o convívio em sociedade e até mesmo o Estado.

A insegurança e a tensão social já são notórias, causando o comprometimento da autoridade do Estado, gerando incertezas, inseguranças e agravando o conflito de interesses e a indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito, fomentando angústia e tensão individual e social, concretizando situações de inegável fator de sofrimento e infelicidade, o que justificaria o retorno ao estado de natureza, conforme idealizou Hobbes.

Assim, é inegável que o Estado tem o dever de impedir situações dessa natureza e eliminar todos os obstáculos que impedem a participação de absolutamente todos seus jurisdicionados no processo de construção e legitimação da ordem jurídica, reconhecendo que o acesso à justiça não se resume ao acesso aos tribunais. Mais que isto, é fundamental que o jurisdicionado conheça a lei, os seus direitos e os seus limites podendo, efetivamente, participar da construção da ordem jurídica do Estado ao qual

pertence, garantido aos seus jurisdicionados o acesso aos mecanismos de proteção e prevenção de conflitos de interesses e, se necessário, possam usufruir a garantia de fazer valer suas pretensões perante os juízes e tribunais.

A assistência jurídica integral e gratuita é, portanto, um instituto jurídico capaz de mitigar os obstáculos que se apresentam para o acesso dos jurisdicionados economicamente hipossuficientes à ordem jurídica, consistindo atividade-dever do Estado em propiciar-lhes o direito processual-material de utilizar, de forma gratuita, o serviço público do Estado de: consulta e orientação jurídica; utilização dos serviços de advogados na defesa judicial ou extrajudicial de seus interesses; utilização de serviços de auxiliares da justiça; isenção e dispensa de pagamento de custas, taxas e despesas processuais e extraprocessuais, necessárias à defesa de seus interesses em juízo ou em órgãos administrativos; e, ainda, dispensa do pagamento das despesas extraprocessuais que não se exaurem no processo, para a efetivação do direito reconhecido pelo Estado, em verdadeiro instrumento de acesso à ordem jurídica do Estado, um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

O benefício da assistência jurídica integral e gratuita não deve, portanto, ser vislumbrado como mero gesto de caridade, ou paternalismo, ou assistencialismo, mas, sim, um instrumento de reequilíbrio social e instrumento de manutenção e legitimação do poder do Estado.

Contudo, não basta a positivação do direito, tampouco a instalação de um órgão incumbido de prestar o serviço de assistência jurídica integral e gratuita. É imprescindível que o Estado garanta a efetividade da prestação do serviço de assistência jurídica integral e gratuita, dotando o seu orçamento de verbas capazes de cobrir absolutamente todas as despesas que se fazem necessárias ao deslinde de um litígio, viabilizando a utilização de todos os meios possíveis à consecução deste objetivo.

É insofismável que não basta, apenas, a instalação da Defensoria Pública; é necessária a existência de causídicos em todo o território nacional, capazes de atender a todos os jurisdicionados economicamente hipossuficientes que necessitam de orientações jurídicas e do ajuizamento de ações hábeis a garantir a composição dos litígios instaurados.

Acreditar na viabilidade da prestação da assistência jurídica integral e gratuita unicamente por meio de defensores públicos constitui um equívoco capaz de resultar em retrocesso e em enorme prejuízo à população carente, que não se deve aceitar. Contudo, é essencial para o sucesso desse serviço que os profissionais interessados em sua prestação estejam capacitados tecnicamente, exigindo-se deles qualificação mínima na habilidade de tratar de forma adequada a população carente, por meio da conscientização das limitações que o usuário deste serviço possui, o que exige

paciência, dedicação e solidariedade dos profissionais que prestam assistência jurídica integral e Gratuita.

A consecução dos fins do Estado na prestação do serviço de assistência jurídica integral e gratuita requer, ainda, sua ampla divulgação à população carente, para que esta se socorra dos serviços profissionais postos a sua disposição quando se deparar com situações de conflitos de interesses ou no temor de sua ocorrência.

Dessa forma, é possível construir um processo de inclusão, participação e legitimação da ordem jurídica. Consequentemente, viabilizar a construção da cidadania e da realidade empírica da dignidade da pessoa humana, dando ao jurisdicionado a certeza de que pode e deve confiar na justiça e no poder atribuído ao Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo. n.º 53, jan/jun 2000.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A democratização da Justiça. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 22, n. 88, p. 179-184, out/dez. 1997.

ASSIS, Araken de. Benefício da gratuidade. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, n. 73, p. 162-200, jul/1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Elementos de Direito Administrativo. 3. ed. [s. l.]: Malheiros, 1992.

BARBOSA, Ruy Pereira. Assistência jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à Assistência Jurídica: Evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, p.207-218, 1993.

BASTOS, Celso (Coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: RT, 1.995.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 4, t 4, 1997.

BERIZONCE, Roberto O. Asistencia jurídica a los carentes de recursos: de la ayuda caritativa a la cobertura integral de carater social. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 12, n. 45, p. 106-113, jan./mar 1987.

\_\_\_\_\_. La organizacion de la asistencia jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 14, n. 54, p. 163-183, abr./jun. 1989.

- BIDART, Adolfo Gelsi. La humanización del proceso. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 3, n. 9, p. 105-152, jan./mar. 1978.
- BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. 3. ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- BREVIDELLI, Scheilla Regina. A falácia do jus postulandi: garantia de acesso à injustiça. In: Jus Navigandi, n. 54. [<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2628>]
- CALMON DE PASSOS, J. J. O problema do acesso à Justiça no Brasil. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, v 10, n. 39, p. 78-88, jul./set. 1985.
- CÂMARA, José Gomes Bezerra. Justiça Gratuita. In: SANTOS, J. M. de Carvalho, Repertório enciclopédico do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 31, p. 1-3.
- CAMPO, Hélio Márcio. Assistência Jurídica Gratuita, Assistência Judiciária e Gratuidade Judiciária. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes, Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CAPPELETI, Mauro. Justicia y pobreza. In: Proceso, ideologias, sociedad. Trad. MELLENDON, Santiago Sentis; BANZHAF, Tomás A. Buenos Aires: Ejea, 1974.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH Bryant, Acesso à Justiça. Trad. NOTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco Como nasce o direito Trad. OLIVEIRA, Hiltomar Martins. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. A defensoria Pública: um novo conceito de Assistência Judiciária. In: Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 82, n. 689, p. 302-304, mar/1993.
- CASTELLO BRANCO, Elcir. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1988.
- CASTRO, José Roberto de. Manual de assistência judiciária. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- CEBRIAN, Miguel Cid. La justicia gratuita: realidad y perspectivas de un derecho constitucional. Pamplona: Arazandi, 1996.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo et al. Teoria geral do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 1, 1991.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O Futuro do Estado. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, Eli. Crise, Reforma do Estado e Governabilidade. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

- FERREIRA, Pinto. Comentários a Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1989.
- GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. A defensoria Pública, o Estado e a cidadania. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- GESSINGERM, Ruy Armando. Justiça gratuita e assistência jurídica. Porto Alegre: Ajuris, v. 19, n. 56, p. 177-178, nov/1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: RT, 1973.
- HAGMANN, Lília Carolina Netto. Assistência judiciária: adequação da lei à sociedade. São Leopoldo: Unisinos, v. 15, n. 33, p. 107-120, 1982.
- HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Editora Globo, 1999.
- HORKHEIMER, Max; ADORNO Theodor W. Sociedade. In: FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza (orgs.). Sociologia e Sociedade. Leituras de Introdução à Sociologia. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, p.263-275, 1977.
- IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Trad. CRETELLA JR, José; CRETELLA Agnes. 1. ed., 2 tiragem. São Paulo: RT, 1998.
- KELSEN, Hans. A democracia. Trad. BARKOW Vera. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. Teoria geral do direito e do Estado. Trad. BORGES, Luís Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. Teoria pura do direito. Trad. MACHADO, João Baptista. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo. In: Os Pensadores. Trad. MONTEIRO, E. Jacy. São Paulo: Abril Cultural, v. 18, 1973.
- MAQUIAVELLE, Niccolò. O Príncipe. Trad. CRETELLA JR José. E; CRETELLA Agnes. 2 ed. São Paulo: RT, 1.997.
- MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inflação legislativa. O Estado de São Paulo. São Paulo, 17.02.1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. Assistência Jurídica, Defensoria Pública e o Acesso à Jurisdição no Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- MORAES, Humberto Pena de; SILVA, José Fontonelle Teixeira da. Assistência Judiciária: sua gênese, sua História e a Função Protetiva do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1984.

NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. Do contrato social. In: Os Pensadores. Trad. MACHADO, Lourdes S. São Paulo: Abril Cultural, v. 24, p. 7-151, 1973.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. O Estado Democrático de Direito. In: Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, n.º 635, p. 7-13, 1988.

STEIN, Leila de Menezes (org.). Cidadania e educação: leituras em direitos humanos. Araquara:UNESP/FCL, 1999.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas. In: Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, n. 617, 1987.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. 3 ed. rev. e ampl. – São Paulo: RT, 2000.

ZANOTTI, Márcia Junqueira Sallowicz. Assistência Judiciária Gratuita, Direito do Cidadão – Dever do Estado. In: Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, n.º 59, p.41-46, jun/2000.

# ANÁLISE JURÍDICA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ivanaldo SANTOS  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)

Rodrigo de Oliveira MARQUES  
Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM)

**RESUMO:** O objetivo do estudo é realizar uma apresentação e uma breve análise dos principais elementos históricos, jurídicos e de aplicação no campo sociocultural dos artigos e postulados estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O estudo torna-se relevante diante dos diversos problemas e polêmicas que envolvem a aplicação do ECA no Brasil. Por fim, afirma-se que o ECA tem seus limites e, até mesmo, falhas, mas, até o presente momento, todos os códigos jurídicos criados pelo ser humano têm limites e falhas. Apesar disso, precisa-se ter consciência de que o ECA é uma possibilidade de se repensar e de se valorizar a dignidade da pessoa humana. É a dignidade aplicada a um ramo frágil da escala etária do ser humano, ou seja, a adolescência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estatuto da Criança e do Adolescente. Análise. Direito.

**ABSTRACT:** The objective of the study is to present a brief analysis of the main historical, legal and application elements in the sociocultural field of the articles and postulates established by the Statute of the Child and Adolescent (ECA). The study becomes relevant to the various problems and controversies that involve the application of ECA in Brazil. Finally, it is stated that the ECA has its limits and even failures, but, to date, all legal codes created by humans have limits and failures. Despite this, it must be realized that the ECA is a possibility to rethink and to value the dignity of the human person. It is the dignity applied to a fragile branch of the human age, that is, adolescence.

**KEYWORDS:** Statute of the Child and Adolescent. Analysis. Right.

## 1 INTRODUÇÃO

Adolescer é entrar na juventude, crescer. Porém, tal entrada não depende só dos valores orgânicos. O componente etário que marca este período está condicionado a situações biopsicológicas e socioculturais temporárias e provisórias de identificação, com legitimação e representação próprias. (POCHMANN 2004 apud SHECAIRA, 2008, p. 10).

A adolescência é um período onde a criança ainda não é plenamente adulta, ou, em outras palavras, é um indivíduo biologicamente adulto a quem sociopsicologicamente ainda não se reconhece como tal.

O período de transição que medeia entre a infância e a idade adulta é, talvez, a idade mais complexa pela qual passa um ser humano. Para crescer, ele precisa caminhar com as próprias pernas, abandonar a infância e passar a viver a idade adulta, onde existem marcantes restrições sociais. Adolescer é a porta de entrada do espaço social, é poder integrar plenamente a vida comunitária e cultural.

Nesse sentido, o adolescente, ao se aproximar da idade adulta, pleiteia sua entrada no mundo sociocultural. Nas sociedades modernas, em que, muitas vezes, faltam ritos de passagens para sinalizar o ingresso na vida adulta, os objetos de consumo e os espaços sociais próprios para afirmação da identidade juvenil encontram-se na lista de desejos da adolescência.

Em termos históricos, a ideia de adolescência é muito recente. Pode-se relacionar seu nascimento sociocultural ao da idade moderna. A fase intermediária entre a infância e a idade adulta, dentre os povos primitivos, foi abreviada. Nas sociedades agrícolas, a criança, ainda impúbere, estava precocemente envolvida com as lidas domésticas, agrárias e pastoris. Assim, a fase juvenil ficava espremida pelo compromisso profissional, bem como pelas decisões da própria existência. Dessa forma, a busca pelo trabalho e a constituição de família acabavam por antecipar uma existência adulta. Entre os gregos, o conceito de juventude poderia se estender até aos 40 anos de idade, período que, contemporaneamente, entende-se como maturidade.

Além do mais, o conceito de adolescência, como entendido nos dias atuais, encontra um prolongamento relativamente grande. Se a lei pautou a idade de responsabilização penal entre doze e dezoito anos, não é menos verdade que a adolescência na sociedade contemporânea tem o sentido de uma moratória, hiato dilatado de espera pelos que já não são crianças, mas ainda não se incorporaram à vida adulta.

O presente estudo não é uma análise exaustiva das origens históricas e da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no Brasil. O objetivo do estudo é realizar uma apresentação e uma breve análise dos principais elementos históricos, jurídicos e de aplicação no campo sociocultural dos artigos e postulados estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de um estudo importante para as discussões contemporâneas da ciência do direito. Dentre os fatores que tornam o tema relevante, citam-se: os diversos problemas e polêmicas que envolvem a aplicação do ECA no Brasil, incluindo as propostas que tramitam no Congresso nacional de “redução da menoridade penal para 16 anos e medidas mais amenas, que não sejam o encarceramento, para punir menores infratores” (SANTOS, 2016, p. 61).

## **2 A EVOLUÇÃO DO ESTADO COMO INSTITUTO DE PROTEÇÃO SOCIAL**

O Estado, como um modo de organização política, é a base do poder na sociedade moderna. Ele encarna o princípio da ordem e da coerência sobre o qual assenta a sociedade. É, portanto, o Estado que possibilita a integração e a unificação social dentro do mundo moderno.

Pode-se afirmar que o Estado compõe a substância e a essência da Constituição, cuja realidade é inseparável da realidade do Estado, dando a necessidade de se considerá-lo como matéria-objeto da Constituição.

Procurando elucidar sucintamente temas referentes à Teoria do Estado e ao Direito Constitucional, pressupõem o conhecimento das formas de relações humanas, em que o homem, como ser insuficiente, percebe a existência do outro que lhe proporciona abertura para a convivência e a coexistência, surgindo, nesse caso, a sociedade.

Os fundamentos da sociedade podem ser sintetizados em duas teorias: a teoria orgânica e a mecânica. Para os organicistas, o homem, como ser eminentemente social, não pode vier fora da sociedade, pois a sociedade é um organismo composto de várias partes com funções distintas, mas que concorrem para a vida do todo.

Já os mecanicistas afirmam que a base da sociedade é o consentimento, não o princípio da autoridade. A vontade livre e autônoma do indivíduo constitui um valor que a sociedade deve legitimar. Os mecanicistas partem da existência de um estado de natureza lógica, portanto, não histórico, anterior ao estado de sociedade, para explicar o seu fundamento com base na vontade livre dos indivíduos da forma como é pressuposto, por exemplo, por Locke e Rousseau.

Das várias formas de sociedades, a sociedade política é aquela que permite a realização dos projetos políticos e sociais do ser humano e concilia os objetivos dos demais grupos sociais, ainda que conflitantes, em função de um fim comum a ser atingido.

Porém, o Estado aparece como a organização política, a estrutura, a forma política que acompanha a convivência: o Estado é, assim, produto da essência política do homem.

A convivência e a coexistência reclamam direção, ordenação e governo, sob pena de se transformarem no caos, na anarquia e na desordem. Dessa forma, a convivência social não pode dispensar chefia e direção, encarnadas em um governo que deverá buscar o que é comum à totalidade da convivência social.

Revela-se, no entanto, o Estado como fenômeno historicamente situado. A atual estrutura do Estado tem suas origens no Estado Moderno de fundamento europeu, que surgiu no Renascimento. Herрман Heller sustenta que o Estado moderno é que corresponde aos estudos da Teoria do Estado, determinando a data de sua aparição no ano de 1648, com a assinatura de Paz de Westfalia, pondo fim à guerra dos Trinta Anos. Assim, caracteriza-se o Estado moderno pela ocorrência de duas notas que o distinguem de outras organizações políticas: o poder político soberano e a territorialidade. Dentro dessas suas notas, salienta-se a necessidade da regulamentação jurídica e da proteção

dos diversos segmentos que compõem a vida social. Entre esses segmentos, encontra-se a adolescência.

## **2. 1 O DIREITO NAS CIDADES-ESTADOS GREGAS**

O direito ocidental é fruto das experiências republicanas das Cidades-Estados mediterrânicas antigas. Surgiu na pólis grega e se desenvolve diferentemente na civitas romana, conforme as peculiaridades políticas das culturas helênica e romana. Radicalmente, deve-se dizer que o Direito é filho da pólis, na qual se viveu uma experiência intelectual, política e jurídica, que alterou, completamente, na história, os modelos de relação entre o poder constituído no Estado e a população por ele governada.

Sobretudo, alguns aspectos do processo de desenvolvimento do direito grego como resultado histórico da pólis grega, em linhas gerais, envolvem a contribuição do pensamento e das instituições jurídicas gregas na formação do Direito ocidental, sem, com isso, querer desconsiderar a contribuição de outras tradições, como, por exemplo, do Direito consuetudinário anglo-saxão, do deuteronomio hebraico, dos códigos romanos e, até mesmo, das leis paleo-babilônicas.

Há, aproximadamente, quatro milênios, surgiam na Mesopotâmia os primeiros códigos de leis da humanidade, notadamente as Leis de Eshnunna e o Código de Hammurabi, cujo conteúdo normativo, apesar de traduzir o esforço de legitimação da autoridade real numa tarefa de regulamentação das relações sociais, buscando promover o que na cultura de então era considerado justo, revelando-nos um conjunto de leis e de instituições jurídicas marcadamente distintas daquelas que se desenvolveriam na pólis grega, passados onze a doze séculos.

Sendo um dos mais antigos direitos codificados, o babilônico caracterizou-se pelo localismo, em que cada cidade ou vila em uma região tinha um mundo jurídico particular. Com o advento do Código de Hammurabi no século XVIII a.C., o rei passou a impor um direito que alcançava todo o território. Segundo o olhar dos legisladores de períodos anteriores, a criança não possuía nem poderia ter qualquer direito porque, como ser débil, não era mais do que um objeto daquele que possuía força. Embora o Código de Hammurabi exercesse certa proteção às crianças, não se fazia, naquele momento da história, um tratamento diferenciado da responsabilidade.

A idade penal tem sido levada em conta para dar um tratamento distinto da resposta punitiva que se terá pelo ato delituoso. Como primeira abordagem, 'há que se ter em conta que uma coisa é a idade penal e outra a delinquência juvenil: a primeira

concretiza o marco temporal que delimita um amplo espaço que a abarca a segunda”. (PEREZ JIMÉNEZ, 2006 apud SHECAIRA, 2008, p. 30)

Assim, o direito grego avança pari passu com o desenvolvimento da categoria de cidadania. É um dos elementos fundamentais da politeia – a constituição legal das pólis, que, em algumas cidades da Grécia antiga, como Atenas, vai resultar na instituição de um regime democrático. A base de sustentação do que hoje se entende como democracia ateniense estava no modelo jurídico que lá se desenvolvera.

Precisa-se salientar a relação entre os regimes políticos e as instituições jurídicas, entre o pensamento político e o pensamento jurídico, haja vista serem instâncias inseparáveis no Mediterrâneo Antigo.

Por sua vez, na Grécia Antiga, a partir do séc. VIII a.C., viveu-se um processo absolutamente original do ponto de vista político. Ao fim de um longo período, denominado por M. Finley como a Idade de Ulisses, pois se apresenta por meio das narrativas épicas da Ilíada e Odisséia, a realeza homérica entra em crise, cedendo espaço à aristocracia, que, progressivamente, apropria-se das prerrogativas do poder, relegando aos descendentes da realeza apenas funções religiosas. Nesse período, o poder é repartido entre membros da elite militar e terra-tenente, descendentes da nobreza homérica, que desmembram o poder em três funções: militar, exercida pelo polemárcio; administrativa, pelo arconte; e religiosa, pelo arconte basileus, ou seja, a figura do rei destituída de seus poderes políticos. (ARISTÓTELES, 1990)

Nesse primeiro passo, mesmo que ainda nas mãos da aristocracia, o poder começa a sair da esfera do privado onde se localizava sob o controle do rei e, notadamente, avança no sentido do estabelecimento da ordem pública. O poder não é mais a pessoa; agora, o poder é a função.

Nesse caso, o poder – a arché – passa, então, a circular entre a comunidade que possuía plenos direitos de cidadania, correspondendo, pelo menos até finais do séc. VII, à elite terra-tenente e militar. Nessa transição entre a monarquia e a nascente polis aristocrática, surge o conceito de que o poder do Estado devia estar sujeito ao interesse público, e que esse público (a comunidade cidadã) devia exercê-lo por si mesmo, não o delegar a uma autoridade real com poderes ilimitados.

“Tal público, esse grupo de cidadãos, restringia-se, na cidade arcaica, a um reduzido grupo de cidadãos com monopólio das funções militares, administrativas e religiosas” (VERMANT, 1989, p. 26-72; MEIER, 1984, p. 7-26; SNODGRASS, 1986, p. 101-146; FINLEY, 1988, p. 77; MOSSÉ, 1989, p. 77-98).

O direito grego desenvolve-se em paralelo a esses avanços políticos, mais que isso, ele está na base de sustentação do processo que conduz o poder das mãos do rei homérico cujo monarca oriental o exercia de forma autocrática ao conjunto da

comunidade de cidadãos, que o exercerá de modo bastante participativo, revezando-se nas funções de governante e governado.

Na sociedade homérica (séculos XII – VIII), o direito era autoritário, era uma prerrogativa real. Na cidade aristocrática (séculos VIII a VI), a justiça estava nas mãos da elite, que dela fazia uso para seus benefícios, provocando uma grave crise social.

Segundo as palavras de Hesíodo em *Os trabalhos e os dias*, v. 38-9):

Os “reis comedores de presente” (Basilças dórophágous), que espoliavam os camponeses, os quais, despojados de suas terras pelos abusivos impostos cobrados, de arrendatários tornavam-se endividados e, por conseguinte, caíam na escravidão por dívidas. A crise social do século VI, chamada stásis, provocou um clamor geral por justiça. Esse anseio se fez sentir tanto do ponto de vista intelectual como político. (VERMANT, 1989, p.58-86).

É, portanto, na Grécia antiga que assistimos as radicais mudanças no direito, num processo que Gernet (1917; 1982, p. 7-119) denominou “transição do Pré-Direito ao Direito”.

O Pré-Direito consiste no direito arcaico, exercido de forma autoritária pela realeza e pela aristocracia, trata-se de um direito profundamente influenciado por ideias mágico-míticas, no qual a culpa era vista como algo contagioso, que maculava os indivíduos ou a cidade que convivesse com o autor do delito.

A noção de voluntariedade do delito ainda não havia se desenvolvido: acreditava-se que o indivíduo cometesse o delito por influência de algum fator sobre-humano e que ele deveria pagar por essa falta independentemente de não ter agido voluntariamente.

“No Pré-direito, acusações são sumárias, não há procedimentos regulares de defesa. Os interesses particulares, sobretudo das famílias mais influentes, exercem um controle muito grande sobre o exercício da justiça, em prejuízo dos indivíduos de extração social inferior. A justiça era exercida por delegação divina, como justificativa para os atos autocráticos, cujas leis baseavam-se na tradição, estas eram passadas oralmente, e somente um restrito grupo tinha a prerrogativa de interpretá-las” (GERNET, 1917; 1982, p.7-119).

A partir do século VII, o Pré-Direito passou a ceder espaço, lentamente, ao Direito e, em meados desse século, numa cidade da ilha de Creta, pela primeira vez fixou-se por escrito uma decisão da comunidade políade. Aos poucos, a lei começou a ser registrada e passou ao domínio comum: escrita sobre uma pedra exposta ao olhar público, está sob as vistas de todos cidadãos, mesmo que nem todos a possam efetivamente ler.

Em 621, são editadas em Atenas as leis de Drácon, que transferem para o Estado o direito de vingança pela morte de um parente, limitando os poderes da aristocracia de fazer a justiça para si e com as próprias mãos. Restringe-se a “justiça de sangue”, fortalecendo-se a justiça da pólis. Ao longo do século VI, serão desenvolvidos procedimentos de democratização, humanização e racionalização do direito. A partir das reformas de Sólon, a lei passa a valer de forma igualitária para todos os cidadãos, independente de ser um cidadão nobre ou pobre.

A constituição dos tribunais populares durante a vigência da democracia em Atenas exemplifica claramente o arcabouço político dessa justiça que se humaniza e se democratiza.

### **3 A PROTEÇÃO DO ADOLESCENTE**

Inicialmente, faz-se necessário verificar o que é adolescente. Quanto sua origem etimológica, o vocábulo adolescente deriva-se do Latim *adolescere*, cujo significado é ‘crescer’ ou ‘crescer até a maturidade’.

Na interpretação de Muss (1974):

A adolescência seria uma das etapas do desenvolvimento do ser humano, que teria como características alterações físicas, psíquicas e sociais. Ressaltando-se que os dois últimos aspectos teriam significados distintos em função da época e da cultura em que estão inseridos. Logo, a adolescência seria um período etário e um processo psicossomático transitório, entre as fases infantil e adulta, estando sujeito às circunstâncias sociais e históricas para a formação do indivíduo. (MUSS, 1974, p. 25).

Juridicamente, o termo adolescente é o jovem entre 12 e 18 anos de idade (usa-se aqui o vocábulo *jovem*, visto que a termo *menor* ou *menor de idade* deixou de ser usada, tendo em vista seu caráter discriminatório). Nesse sentido, Liberati (apud ISHIDA, 2006, p. 2) afirma que tal alteração técnica “visa evitar a rotulação da palavra *menor* como aquele em ‘situação irregular’, não permitindo a marginalização, a marca, o estigma”.

De acordo com Liberati (2006) ainda na concepção técnico-jurídica, o vocábulo *menor* designa:

Aquela pessoa que não atingiu ainda a maioridade, ou seja, 18 anos. A ele não se atribui a imputabilidade penal, nos termos do art. 104 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) c/c art. 27 do CP. Se isto não bastasse, a palavra “menor”, com o sentido dado pelo antigo Código de Menores, era sinônimo de carente, abandonado, delinquente, infrator, egresso da FEBEM, trombadinha, pivete. (LIBERATI, 2006, p. 17).

Verifica-se, no entanto, que o ser adolescente apresenta complexidade, pois além das alterações biológicas e psicológicas que sofrem os jovens neste período, eles têm ainda que passar por vários outros dilemas, encargos, responsabilidades, que, muitas vezes, são verdadeiros fardos para a idade, podendo provocar revolta, transgressão e desafio à autoridade de qualquer tipo.

E, então, quase no final do século XX, acontece a conquista, no plano sociojurídico, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que, no seu Artigo 101, dispõe sobre proteção integral ao adolescente e à criança. O legislador nele instituiu os termos criança e adolescente, buscando, dessa forma, não permitir a marginalização, o estigma e o trauma. (LIBERATI, 2006, p. 17)

Sendo assim, o referido artigo assim dispõe:

Art. 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompleta, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. (ISHIDA, 2006, p. 2).

Entretanto, no âmbito jurídico, quando se fala de jovem infrator e do ECA, muitas vezes, discutindo-se estereótipos cristalizados pelo imaginário social. Em muitos aspectos, para a sociedade o adolescente infrator possui duas faces: a de vítima e a de delinquente juvenil/marginal.

Atualmente, no Brasil, não existe como realizar um estudo sobre crianças e adolescentes sem mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Conforme expõe Castelfranchi (2007), o Estatuto resultou da:

Fusão de duas emendas populares, que levaram ao Congresso cerca de 200 mil assinaturas de crianças e adolescentes” e seguiu o rastro da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em final de 1989, espécie de carta magna direcionada a crianças de toda parte do mundo, que se tornou o “instrumento de direitos humanos” mais aceito na história universal e foi enriquecido por uma série de diretrizes. (CASTELFRANCHI, 2007, p. 54).

Tais diretrizes enriqueceram também o ECA adotando a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, a qual parte do pressuposto de que todos os direitos da criança e do adolescente devem ser reconhecidos. Dentro deste novo quadro, prevaleceu a aplicação de medidas socioeducativas como forma de reeducação, de caráter pedagógico, procurando minimizar, quando não eliminar a marginalidade crescente no meio infanto-juvenil.

Todavia, atente-se para as palavras de Chaves apud D’Andrea (2005):

Se o menor delinquente vive numa sociedade profundamente desumana e injusta, é preciso acusar e mudar o modelo econômico e social, concentrador de rendas, estimulador de privilégios e da impunidade dos delitos de colarinho branco, responsável pelo verdadeiro genocídio social perpetrado contra a criança brasileira. (CHAVES apud D'ANDREA, 2005, p. 85).

Segundo reportagem sobre a violência, a Revista *Época* (2003, n. 279) aponta que cresceu em 53% o número de internos na Fundação Estadual para o Bem-Estar do Menor (FEBEM), em São Paulo, de dezembro de 2000 a julho de 2003. Entretanto, o mais surpreendente é que, nesse período, aumentou o número de infratores que cumpriam medida socioeducativa por tentativa de homicídio, homicídio e latrocínio: 85,5%. E o que mais causa espanto é que, desse total, 20% são adolescentes entre 12 e 15 anos (antes eram 11%). (AZEVEDO; DANTAS, 2003).

E o mesmo artigo mostra que, no Rio de Janeiro, tanto o assassino como a vítima se parecem: são homens jovens e pobres, que matam no final de semana, usando revólver calibre 38, por motivo fútil, segundo o pesquisador do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) Glácio Ary Dillon Soares (AZEVEDO; DANTAS, 2003).

De acordo com Liberatti (2006, p. 90), “não existe diferença entre os conceitos de ato infracional e crime, pois, de qualquer forma, ambos são condutas contrárias ao Direito, situando-se na categoria de ato ilícito”.

Dessa forma, toda infração prevista no Código Penal, na Lei de Contravenção Penal e em Leis Penais esparsas – como, por exemplo, a Lei de Tóxico, a de Porte de Arma, entre outras –, quando praticada por criança ou adolescente, corresponde a um ato infracional.

Para que haja a caracterização de um ato infracional, deve-se observar o princípio da legalidade, verificando-se se a conduta é típica, antijurídica e culpável.

No entanto, de um lado, a falta de políticas públicas cabíveis voltadas para o jovem com problemas socioculturais e a estrutura familiar precária é nítida na sociedade brasileira, na qual pais não acompanham de forma adequada o desenvolvimento dos filhos, deixando, muitas vezes, à escola a responsabilidade de criação e formação de caráter.

Por outro lado, a instituição escolar sente-se de mãos atadas, visto que não pode adotar medidas drásticas em relação ao comportamento dos adolescentes em sala de aula e nos demais espaços da escola, em virtude das metas impostas pelo Governo, tais como: a não reprovação, uma quase ausência de formas de punição/cobrança, uma quase ausência de deveres éticos e sociais para com o espaço escolar, etc.

Ressalta-se, também, os fatores econômicos, além da questão da divulgação da violência pelos meios de comunicação, o que leva àquilo que Hannah Arendt chama de banalização do mal (ARENDR, 2007) e que gera mais violência. Vários motivos são assim apontados, quando da prática de ato infracional, mas poucos são os que tentam alcançar o foco do problema, ainda que o Artigo 4º do ECA tente proteger a criança e o púbere, assegurando-lhes os direitos básicos, suplementando o estatuido no Art. 227, da Constituição Federal:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (ISHIDA, 2006, p. 6).

Neste caso, o ECA dispõe, no Artigo 112, sobre as medidas socioeducativas cabíveis aos adolescentes infratores, sendo elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e, por último, as medidas de proteção previstas no Art. 101, Incisos I a VI: encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; e, finalmente, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Essas medidas são chamadas de medidas socioeducativas porque, explica Juarez de Oliveira apud Liberatti (2006), são:

Manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógica-educativa. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada independente da vontade do infrator – com exceção daquelas aplicadas em sede de remição (sic), que têm finalidade transacional. Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado. (OLIVEIRA apud LIBERATTI, 2006, p. 102).

Com o decorrer do tempo, a legislação referente ao tema enfocado passou por transformações, aperfeiçoando-se, e sabe-se que, pelo fato de o jovem ser considerado inimputável e ainda relativamente capaz, terá tratamento diferenciado,

como bem prevê o ECA. Deste modo, a ele serão aplicadas as chamadas medidas socioeducativas (Art. 112), que, para muitos autores e estudiosos da área, tem caráter híbrido, mesclando o caráter pedagógico com o punitivo.

Essas medidas, no entanto, precisam ser aplicadas de maneira célere para que haja uma resposta positiva, ou seja, para que pesem de forma efetiva e pedagógica na vida do jovem que irá cumpri-las. Em se tratando das falhas, elas existem, seja no seio familiar, na escola, na comunidade e, principalmente, na ausência de aparato estatal.

#### **4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO NORMA DE PROTEÇÃO INEFICIENTE DO ESTADO**

A Constituição Federal de 1988 não previu, expressamente, a ideia de proporcionalidade, podendo o princípio ser extraído de diversas normas contidas no texto constitucional.

Ao estabelecer uma escala de valores conformadores do sistema, criou-se um mecanismo de equilíbrio das consequências jurídicas decorrentes dessa escala axiológica, permitindo um princípio constitucional implícito da proporcionalidade. No capítulo constitucional específico da criança e do adolescente, há previsão expressa de garantia de pleno formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade da relação processual e defesa técnica (Art. 227, § 3º, IV).

Ao mencionar o valor da Justiça no Preâmbulo da Constituição, permite-se extrair o mandamento da proporcionalidade do introito da Constituição, onde se arrolam inúmeros direitos fundamentais. Assim, o mesmo se pode dizer dos valores da liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, proibição de penas cruéis e desumanas, proporcionalidade do direito da resposta, devido ao processo legal, proibição de arbitrariedade dos poderes públicos, enfim, alguns dos muitos valores que dão o contorno da ideia de proporcionalidade.

A Intervenção penal em um Estado de Direito Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena. (REALE JR., 2006, p. 29).

A proporcionalidade é o principal sustentáculo da prisão provisória, sendo esse o tema a que se propõe o presente trabalho, paulatinamente estudado. Além da observância dos demais princípios e dos requisitos necessários para a decretação da medida cautelar pessoal de prisão (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), a conduta do juiz frente ao caso concreto deve ser norteadada pelo princípio da proporcionalidade, com a aplicação racional dos seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em última análise, a proporcionalidade impõe realizar a ponderação entre o direito à liberdade e o direito de punir, os dois interesses opostos em torno dos quais gira o processo penal e, juntamente com o princípio da excepcionalidade, determina que a prisão provisória deva ser reservada para os casos mais graves.

Enfim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito determina a realização de um exame da relação custo-benefício do ato estatal avaliado, devendo ficar demonstrado que o benefício proporcionado é superior ao ônus imposto, ou seja, proporciona ao intérprete a realização da técnica da ponderação de interesses, estando de um lado da balança os interesses protegidos com o ato e, de outro, os sacrificados por ele.

Por mais que uma medida limitadora de um direito fundamental mostre-se adequada e necessária a promover outro direito fundamental, isso não significa dizer, por si só, que ela é uma medida proporcional. Faz-se necessário, ainda, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, deve ser reservado estritamente para os casos de maior complexidade.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40).

Para tanto, não é necessário que a medida restritiva aniquile o direito fundamental sacrificado ou atinja o seu núcleo fundamental. Ainda que a restrição seja pequena, se os motivos que fundamentam a adoção da medida não tiverem peso suficiente para justificá-la, será uma medida desproporcional.

Em síntese, a restrição de um direito fundamental para conformar-se ao princípio da proporcionalidade e ser, por consequência, constitucional, deve estar apta a contribuir com a realização do objetivo almejado, ser menos agravante possível, mas com igual eficácia de outras medidas comparativas para a consecução da finalidade, assim como possuir desvantagens inferiores aos benefícios proporcionados.

#### **4.1 PROTECIONISMO JUVENIL E PROTEÇÃO INEFICIENTE DO ESTADO**

A Constituição do Brasil de 1988 tem como fundamento de sua organização jurídica “a dignidade da pessoa humana” (Artigo 1º, III), em que seus objetivos fundamentais dispostos dizem respeito à “erradicação da pobreza” e à promoção do “bem de todos”, sem preconceitos (Artigo 3º, III e IV).

O ordenamento jurídico nacional adota um sistema em que a criança e o adolescente são sujeitos de plenos de direitos, mas não de obrigações (Artigos 227 e seguintes da Constituição do Brasil), sendo, inclusive, penalmente inimputáveis.

O regime jurídico do ato infracional, aliás, desvirtuado por sua aplicação por um viés penal, tem por meta aplicar medidas socioeducativas na recuperação do jovem infrator, envolvendo a comunidade, a família e a sociedade no processo de sua recuperação e proteção social.

Assim, como obrigação correlata à efetivação desses direitos, é dever do Estado planejar e executar políticas públicas que coloquem a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, discriminação, opressão, garantindo integralidade na proteção e acesso à educação, à saúde e, muito importante, ao lazer e à plena infância.

Além do mais, o Estado deve prover com políticas públicas as necessidades dos indivíduos em condição especial de desenvolvimento, de modo a permitir o pleno aperfeiçoamento de sua personalidade.

A Constituição brasileira e, posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente formam importante conjunto normativo no sentido de determinar proteção e promoção para o desenvolvimento de crianças e adolescentes.

As normas que regulam a responsabilidade penal dos menores pertencem ao Direito Penal por contemplarem situações nas quais se impõem sanções aos autores da infração.

A intervenção dos *ius puniendi* decorre, única e exclusivamente, da existência de um fato típico, formalizada por meio de um devido processo legal, observadas todas as garantias processuais inerentes ao Estado Democrático de Direito.

A intervenção punitiva na esfera do ECA está pautada por vários princípios garantidos (Legalidade, Humanidade, Intervenção Mínima). Diferentemente do que ocorre no Direito Penal comum, o contorno da medida socioeducativa é determinado pelo Princípio da Proporcionalidade, mas não o seu limite que obedece ao superior interesse do adolescente.

Nas penas, há uma polaridade reguladora dos interesses coletivos e individuais (consciência jurídica social e socioeducativa), há uma preponderância do interesse individual do adolescente por determinação constitucional.

Com o advento do ECA, os adolescentes passaram a ter uma esfera de responsabilidade penal semelhante àquela existente entre os adultos. Não obstante, devem ter sua inimputabilidade (pelo que dispõe o Código Penal), seus atos submetidos ao juízo de uma consciência da ilicitude e de uma exigibilidade de conduta diversa. Chamar-se-á esse fenômeno de responsabilidade penal juvenil.

A imputabilidade é um dado distintivo da pessoa humana, não o pressuposto da culpabilidade. A medida socioeducativa é, tal qual a pena, um ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo que tem evidente natureza de sanção.

O caráter sancionário da medida socioeducativa permite reconhecer e aplicar determinados direitos que são assegurados aos adultos e que não foram expressamente previstos na lei ordinária para os adolescentes, como é o caso da prescrição.

Assim, o reconhecimento sumulado da prescrição das medidas socioeducativas é importante argumento a reforçar a ideia sancionária desta forma de controle estatal. A medida socioeducativa de liberdade assistida é a pedra de toque do sistema sancionário instituído pelo ECA, devendo ser incentivada sua aplicação, especialmente para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Nesse caso, o Estado deve prover programas que deem suporte às atividades cotidianas de apoio e assistência ao adolescente.

Contudo, muito resta por ser feito, inclusive em termos de aperfeiçoamento legislativo, tendo em vista a modernização dos aparatos institucionais e uma cultura normativa que facilite a adoção e a constituição de entidades familiares como forma principal de inserção da criança e do adolescente na sociedade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo não é uma análise exaustiva das origens históricas e da aplicação do ECA no Brasil. Ele é uma apresentação analítica dos principais elementos históricos, jurídicos e de aplicação no campo sociocultural de seus artigos e postulados. Trata-se de um estudo importante para as discussões contemporâneas da ciência do direito. Dentre os fatores que tornam o tema relevante, citam-se: os diversos problemas e polêmicas que envolvem a aplicação do ECA no Brasil, incluindo as propostas que tramitam no Congresso Nacional de redução da maioria penal e, por conseguinte, de revisão do ECA.

Por fim, afirma-se que a discussão em torno do ECA é um tema atual e aberto. É necessário que, de um lado, desenvolvam-se novos estudos que possam analisar o ECA de forma multidimensional, como, por exemplo, por meio de sua dimensão ético-jurídico, pedagógica, psicológica, antropológica e no campo da aplicação no direito penal e no sistema prisional. De outro lado, é preciso ressaltar que o ECA tem seus limites e, até mesmo, falhas, mas, até o presente momento, todos os códigos jurídicos criados pelo ser humano tem limites e falhas. Apesar disso, precisa-se ter consciência de que o ECA é uma possibilidade de se repensar e de se valorizar a

dignidade da pessoa humana. É a dignidade aplicada a um ramo frágil da escala etária do ser humano, ou seja, a adolescência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, n. 798. Abril, São Paulo, 2002, p. 40.

ARENDDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARISTÓTELES, A constituição de Atenas. Lisboa: Gregos, 1990.

AZEVEDO, Solange; DANTAS, Edna. Eles mataram. In: Revista Época, n. 279. Setembro/2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1991.

BRASIL. Lei N. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Presidência da República, 1990.

CASTELFRANCHI, Y. Estatuto da Criança e do Adolescente: um marco na luta pelos direitos. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=5&id=70>>. Acesso em 10 Agosto, 2013.

D'ANDREA, Giuliano. Noções de Direito da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

FINLEY, Moses I. O mundo de Ulisses. 3. ed. Lisboa: Presença, 1988.

GERNET, Louis. Droit et Prédroit en Grèce ancienne. In: Droit et institutions en Grèce antique. Paris: Flammarion, 1982.

GERNET, Louis. Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce. Paris: Ernest Leroux Éd., 1917.

ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIER, Christian. Introduction à l'Anthropologie politique de l'Antiquité classique. Essais et conférences, Collège de France. Paris: PUF, 1984.

MOSSÉ, Claude. A Grécia arcaica de Homero a Ésquilo. Lisboa: Edições 70, 1989.

MUSS, Rolf. Teorias da adolescência. 4. ed. Belo Horizonte: Interlivros, 1974.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Ivaldo. É preciso repensar o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: Ação Policial, Edição Nacional, Rio de Janeiro, Ano XXV, n. 141, Agosto, 2016, p. 61-68.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SNODGRASS, Anthony. La Grèce archaïque. Les temps des apprentissages. Paris: Hachette, 1986.

VERMANT, Jean-Pierre. As origens do pensamento grego. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

## O MURO DE BRASÍLIA E O FIM DO ESPAÇO IDEAL DE FALA: VILIPÊNDIO À ESSÊNCIA DA DEMOCRACIA

Resumo. O presente artigo apresenta uma breve reflexão acerca do que o chamado muro de Brasília representou ao cenário democrático brasileiro. A democracia em si exige, sobretudo, a consolidação da soberania popular e a participação popular no governo. Contudo, ao se analisar os primórdios do sistema democrático, encontra-se a latente necessidade de se estabelecer um espaço ideal de fala, de ampla participação e comunicação entre os membros da população. Diante disso, passando desde a origem da democracia ateniense, além da revisão ao pensamento comunicativo de Jürgen Habermas, tem como objetivo o presente trabalho apontar para o cenário crítico da democracia brasileira, institucionalizado a partir da determinação da divisão dos cidadãos naquele evento, e registrar a necessidade de derrubada dos muros e reconstrução do espaço de livre fala entre os cidadãos como condições à retomada do consenso democrático.

Palavras chave. Democracia. Muro de Brasília; Espaço ideal de fala; Crise democrática.

Abstract. This essay presents a brief reflection on what the so called “Brasília’s wall” represented to the Brazilian democratic scenario. Democracy itself requires, above all, the consolidation of popular sovereignty and participation in government. However, when analyzing the beginnings of this system, there is the need to establish an ideal speech space, marked by wide participation and communication among the people. That said, going from the origin of the Athenian democracy, besides revisiting the Jürgen Habermas’ communicative thought, the present work aims to indicate the Brazilian democracy’s critical scenario, institutionalized since the citizens’ division in that event, and register the need of knocking down the walls and rebuilding the free speech space among the people as condition to the resumption of democratic consensus.

Palavras chave. Democracy. Brasília’s Wall; Ideal speech space; Democratic crisis.

### 1. INTRODUÇÃO

O conceito de democracia traz consigo a indispensabilidade de dois elementos, quais sejam: a soberania popular e a participação popular no governo. Partindo desse pressuposto, tem-se que todas as noções que envolvem um sistema democrático devem, necessariamente, prezar pela ampla garantia destes dois elementos que se apresentam em complementariedade.

Diante disso, faz-se pertinente uma análise dos fatos ocorridos no cenário político brasileiro no ano de 2016, a partir da aprovação do processo de impeachment contra a então Presidente Dilma Rousseff. Diante das divergências e dissidências emanadas da adoção desta ou daquela posição em relação ao impedimento e, no calor das inúmeras manifestações disseminadas por todo o território nacional, ergueu-se um muro em pleno pátio do palácio do planalto para dividir os manifestantes e evitar choques ou atritos entre os que adotavam posições políticas diversas.

Partindo deste verdadeiro ato atentatório à essência democracia, o presente ensaio teve como finalidade demonstrar de que modo esta atitude revela a crise no processo democrático brasileiro, na medida em que acaba por encerrar a possibilidade de alcance do tão almejado consenso democrático, justamente por encerrar e aniquilar o que Jürgen Habermas denominou “espaço ideal de fala”.

Para o alcance desta finalidade, em um primeiro momento, buscou-se analisar o assim considerado primeiro modelo democrático, da Grécia Antiga, mais precisamente na cidade de Atenas, demonstrando de que modo esta democracia era realizada, em vistas a comprovar a imprescindibilidade, desde os primeiros modelos democráticos, de um espaço público de comunicação plena como condição essencial à própria democracia.

Em seguida, após a estruturação do modelo ateniense, buscou-se revisitar o pensamento de Jürgen Habermas, que considera indispensável à democracia a livre fala, livre comunicação, o diálogo racional como *contitio sine qua non* a qualquer sistema que se presume ou se afirma democrático, e que, fundamentalmente, deve ser sustentado e pautado no agir comunicativo e no alcance do consenso racional.

Por fim, fez-se a análise específica do cenário brasileiro, estampado pelo muro de Brasília, sobre o qual se apoia a crise política e democrática brasileira, por cidadãos cada vez menos aptos a dialogar pacificamente; cada vez mais divididos e menos cientes do que é, de fato, o consenso democrático.

Tendo em vista o caminho e os objetivos delineados neste artigo, utilizou-se, sobretudo, o método dedutivo, pela análise das premissas gerais de um modelo democrático ideal, de início com breve análise do modelo antigo apresentado pelos gregos e posterior revisitação aos pensamentos de Jürgen Habermas, além da análise específica, por método indutivo, do caso brasileiro, pela observação e análise do ocorrido no episódio do muro de Brasília e o que isto representou ao tão desgastado cenário democrático brasileiro.

## **2. OS PRIMÓRDIOS DA DEMOCRACIA E O NECESSÁRIO ESPAÇO PÚBLICO COMUNICATIVO**

A democracia antiga, cuja origem é essencialmente grega, é apresentada por muitos como modelo ideal de governo democrático, certamente em razão da consolidação do governo e administração das cidades estado gregas (Pólis) por meio da ampla e direta participação da população nos atos dessa natureza. A Grécia, e especificamente a cidade-estado de Atenas, é considerada o grande referencial, o grande paradigma democrático do período.

O padrão de democracia adotado pelos antigos projetava a imagem de uma praça pública (ágora) ou de uma assembleia (ecclésia), na qual os cidadãos eram convocados a, conjuntamente, tomar, eles próprios, as decisões de governo. E esta dinâmica representava exatamente a essência e a literalidade do significado da palavra “democracia”, como ensina Norberto Bobbio (1991, p. 40): “o poder do demos, não o poder dos representantes do demos, como acontece hoje”.

Nesse sentido, como explicação do conceito de demos alhures exposto, há que se ressaltar que “demos” era entendido como “comunidade dos cidadãos”. Deste ponto de partida, esta comunidade ora era concebida como tendo por base os mais numerosos, a maioria, ora noutros critérios, como orientada pelos interesses dos pobres em oposição aos ricos, gerando alterações no próprio sentido da democracia. Contudo, o núcleo duro da democracia grega, calcado na participação direta do cidadão nos rumos da pólis, era mantido, como aponta Norberto Bobbio (1991, p. 40):

Isto porém não altera o fato de que o poder dos mais numerosos, dos muitos, da massa, dos pobres, etc. não consistia em escolher os que deviam decidir em seu nome, mas sim, como diz Moses Finley, em resolver eles próprios “sobre a guerra e a paz, as finanças, os tratados, as leis, as obras públicas; em suma, toda a gama da atividade governamental.

Muito embora houvesse a restrição de participação a alguns (ou muitos) , caso de não cidadãos, estrangeiros, mulheres e filhos, a grande característica da proposta ateniense era justamente a reunião do povo nas praças públicas para a deliberação conjunta acerca dos assuntos da cidade. Nesta dinâmica política, os chefes de família, fossem pobres, ricos ou mesmo da classe média, reuniam-se em espaços comuns e, livremente, manifestavam as suas posições políticas e deliberavam de acordo com as propostas que melhor lhes aproovessem quando comparadas e projetadas aos seus interesses e convicções pessoais.

Esta concepção democrática é ilustrada no famoso Apólogo de Protágoras, contido no diálogo platônico do mesmo nome. Com a tarefa de levar aos homens a arte da política, Mercúrio pergunta a Júpiter como distribuí-la, este o responde da seguinte maneira, como nos apresenta Norberto Bobbio (1991, p. 42):

(...) quando se trata da competência nas artes e construções, os atenienses, como os outros, julgam que há poucas pessoas habilitadas a dar conselhos; e não suportam que tome a palavra alguém que não pertence a esse pequeno grupo – com razão, penso. Porém, quando se trata de deliberação uma deliberação política, que deve seguir o caminho da justiça e do equilíbrio, toleram que qualquer pessoa se manifeste, sendo natural que todos participem dessas discussões, sem o que não existiria a cidade.

Nestas concepção e prática, a consolidação de igualdade de participação e liberdade de manifestação de suas convicções e posições se mostra traço primordial do sistema político grego, como ressaltou Aristóteles na "Política" (2009, p. 212):

(...) a constituição que é considerada como a mais essencialmente democrática ou popular resulta do direito comumente chamado democrático, e que consiste na igualdade absoluta entre os cidadãos. A igualdade exige que os pobres não tenham mais poder que os ricos, não sejam únicos e soberanos, e sim que todos o sejam em nome da igualdade e na proporção do número; e só com esta condição se pode dizer que a igualdade e liberdade estão garantidas pelo Estado.

Esta noção de liberdade e igualdade, garantidas pelo procedimento democrático direto das reuniões coletivas nas Ágoras revelam exatamente o que (muito provavelmente) se mostrava mais determinante: a criação de um espaço público comum e estabelecimento de um cenário de diálogo comunicativo de integração e participação (também) comum.

No processo democrático antigo, as praças públicas se tornavam o grande berço e cenário das decisões políticas, legitimadas justamente por ocorrerem em local destinado a este fim, arauto da igualdade, da liberdade e da comunicabilidade entre todos os cidadãos. Ainda que fosse um espaço em que as divergências ideológicas surgissem, o espaço de deliberação comum logo revelava qual seria a vontade das maiorias e qual seria a orientação diante de tantos conceitos opostos.

Aqueles que iam às ágoras, portanto, construíram um ambiente comunicativo por essência e excelência. A prática de ir às praças públicas da pólis (espaço público comunicativo) era práxis comunicativa que estabelecia o discurso e o convencimento pela força argumentativa, e não por imposição.

Diante disso, vislumbramos a clara e evidente necessidade de criação e manutenção de um espaço público comunicativo às decisões das massas, do povo, já naquele período. O berço da democracia preconizava a comunicação direta entre os responsáveis pelas definições do governo das pólis, consolidando o diálogo, a interação, a integração, a participação conjunta de todos os cidadãos, em igualdade e livremente, como critério indispensável e indisponível ao alcance de um governo (pleno) do povo.

### **3. O ESPAÇO IDEAL DE FALA EM JÜRGEN HABERMAS: REQUISITO ESSENCIAL AO CONSENSO DEMOCRÁTICO**

Jürgen Habermas estrutura todo o seu pensamento, seja no tocante à democracia ou ao direito propriamente dito, com base na teoria do agir comunicativo. Para ele, é através da interação comunicacional entre os indivíduos, a partir de relações

culturais estruturadas pelos homens que se constrói o espaço fundamental da sociabilidade. Esta noção Habermasiana concebe a verdade como atrelada ao processo comunicacional, de modo que, como ensina Alysso Mascaro (2014, p. 361): “O nível da interação comunicacional passa a ser o fundamento da própria construção social”.

Há, aqui, uma virada linguística (linguist turn) na medida em que deixa de ser a teoria do conhecimento a forma de apreensão de conteúdos metafísicos pelo sujeito, e passa a ser a verdade construída como processo comunicacional inserido na dinâmica social. A construção social, portanto, decorre diretamente da interação entre os indivíduos em sociedade por meio da comunicação. A livre comunicação entre os indivíduos interativos conduziria aos consensos, que por sua vez, seriam essenciais ao convívio pacífico entre os indivíduos da sociedade.

Vejam o que nos ensina Alysso Mascaro a respeito dessa premissa (2014, p. 364):

Por apostar na razão enquanto consenso, Habermas se dedicará, em sua obra, a investigar as possibilidades de interação entre os indivíduos em sociedade que levem a aparar conflitos exacerbados, e, para isso, identificará no espaço público, na democracia e no direito formas excelentes de construção de procedimentos e consensos universalizáveis. É com base numa teoria discursiva que aponte para o consenso que Habermas vislumbra, inclusive a possibilidade de uma torção na própria estrutura da sociedade, cujo nível de reprodução econômica capitalista não está lastreado em consensos.

O princípio do discurso tem fundamental importância em toda esta construção de Jürgen Habermas justamente porque é aquele que submete a validade de qualquer tipo de norma de ação ao assentimento daqueles que, na qualidade de atingidos, tomam parte em “discursos racionais” (HABERMAS, 2003, p. 1998).

As próprias normas de comportamento, que regulam interações simples dos indivíduos que são seus destinatários, serão vislumbradas, interpretadas e avaliadas pelo discurso. Quando há conflitos de ação de qualquer natureza, ou alguns problemas que precisam ser enfrentados cooperativamente ou solucionados de maneira consensual, a coletividade se depara com o seguinte questionamento: “o que devemos fazer”? (HABERMAS, 2003, P. 199).

Nesse sentido, de extrema pertinência a contribuição de Luis Claudio Palermo (2013, p.8), que ensina:

As interações entre atores sociais ocorrem no mundo da vida e têm como eixo importante as ações comunicativas realizadas por pessoas, bem como a colocação em cena tanto de um tema como de uma nova situação. Logo, tema e situação são essenciais para que os atores consigam determinar limites entre a natureza exterior, a sociedade e a natureza interior de cada

um, de forma a renovar o mundo da vida e estabelecer novas interações. A situação representa o recorte de um contexto de referência de um mundo da vida e o tema representa a oferta de uma questão que exerceria uma mudança no recorte de referência e sugere novas relações entre os participantes. Um novo tema pode colocar em cena novas necessidades de entendimento e também de possibilidades, ensejando mudanças na situação à qual os participantes estão referenciados, gerando também novos planos dos atores sociais.

Para a solução e tratamento dessas questões exige-se uma formação de opinião e de vontade, que em última análise, conduza ao tratamento racional por meio de resoluções fundamentadas na busca e persecução de fins coletivos, além de regulamentação normativa da convivência. (HABERMAS, 2003, P. 199). Desta noção de que o agir comunicativo através do discurso é indispensável ao alcance de soluções consensuais sobre a coletividade e a maioria, advém a noção de Estado democrático de direito, como nos Ensina Kriele (1979, p.31) apud Habermas (2003, p. 1998):

(...) a fecundidade da teoria do discurso reside no fato de ela tornar consciente aquilo que já está pressuposto em todo o discurso, a saber, a possibilidade da razão, a qual depende da manutenção das regras do discurso. Tal conscientização tem ainda uma função política da discussão – portanto, o Estado democrático de direito (...).

As decisões e medidas tomadas em direção à coletividade, presumem a possibilidade de exercício pleno do agir comunicativo e da possibilidade de expressão e de exteriorização dessa noção através do discurso, na busca da realização de fins considerando as diversas orientações axiológicas e estabelecendo a justiça, como o próprio Habermas ensina (2003, p. 202):

Em discursos pragmáticos, nós examinamos se as estratégias são adequadas a um fim, pressupondo que nós sabemos o que queremos. Em discursos ético-políticos, nós nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos realmente. Em discursos desse tipo, é possível fundamentar programas na medida em que eles são adequados e, num sentido amplo, bons para nós. No entanto, uma boa fundamentação precisa levar em conta um outro aspecto – o da justiça. Antes de querer ou aceitar um programa, é preciso saber se a prática correspondente é igualmente boa para todos.

Dito isto, o próprio estado Democrático de direito dependerá da análise dos diversos discursos almejando a melhor formação do que Habermas chamou de “igualdade boa para todos”. O Estado irá se posicionar conforme o direito, e este último representa o poder político, de modo que há entre estes dois elementos um nexos que revela a permanente possibilidade de instrumentalização do direito para o emprego estratégico do Poder. (HABERMAS, 2003, p. 212).

Diante disso, o direito é de fundamental importância à atividade estatal e deve ser formado por meio dos procedimentos estampados no agir comunicativo. Este é construído e utilizado por meio de um espaço de interação comunicacional que demanda um agir democrático, como o autor que aqui se apresenta e se discute brindou (2003, p. 138):

Se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente.

Neste íterim, a própria teoria do discurso reuniria o convencimento republicano, sendo esta capaz de promover condições de, através da intersubjetividade em uma esfera pública, produzir tanto debate republicano como persecução de direitos. Esta teoria é, portanto, meio para se atingir um modelo democrático por meio de procedimentos racionais comunicativos que podem viabilizar a maior participação possível das pessoas. (PALERMO, 2013, P. 12). O próprio Habermas (2003, p. 23) corrobora com esta ideia mencionando que “a teoria do discurso coloca em jogo outra ideia: para ela processos e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como a comporta mais importante para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei”.

Portanto, é justamente na possibilidade desse agir comunicativo preconizado por Habermas, por meio da expressão racional da opinião e da vontade através do discurso que o direito pode ser atrelado ao princípio democrático e consolidado no chamado “Estado democrático de direito”.

O Estado democrático de direitos tem como ponto de partida e pressupostos o governo do povo e a soberania popular e a garantia de direitos individuais. No princípio da soberania popular especificamente, segundo o qual todo o Poder Estatal tem como origem o povo, “o direito subjetivo à participação com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem de encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos.” (HABERMAS, 2003, p. 212).

Este princípio é determinante à formação de um sistema de direitos e à construção do próprio estado de direitos. Como ensina Jürgen Habermas (2003, p. 212), interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular implica:

(...) b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; d) o princípio da separação entre o Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.

Significa, portanto, que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. Este se orienta e se legitima pelas leis que os cidadãos criam a si mesmos, em uma formação de opinião e vontade estruturada discursivamente. A resolução de problemas se dá por meio de um processo democrático, que garante um tratamento racional das questões políticas. (HABERMAS, 2003, p. 213)

Neste procedimento, o que garante a aceitação dos resultados obtidos por parte dos destinatários da decisão, é a institucionalização de formas de comunicação que garantam um espaço ideal em que todas as questões, temas, contribuições sejam tematizados e abordados em discursos e negociações. (HABERMAS, 2003, p. 213)

Como nos ensina Felipe Carreira da Silva (2001, p. 100), em interpretação a Habermas, este espaço ideal garantiria um consenso genuíno gerador de entendimento mútuo e coesão social:

(...) de acordo com Habermas, por detrás de todos os actos de comunicação linguística encontra-se o pressuposto de que a asserção de verdade (a pretensão de validade paradigmática) encontra-se implícita no que o orador diz. Isto significa que quando afirmamos que algo é verdadeiro queremos dizer que podemos, caso necessário, comprovar aquilo que estamos a dizer através quer da apresentação de provas factuais, quer através de argumentos lógicos. Ou seja, a verdade remete para o consenso futuro resultante deste processo de discussão racional. Por outras palavras, se, por um lado, Habermas pressupõe que em cada acto discursivo é possível atingir-se um consenso racional quanto à validade de cada uma das quatro pretensões, por outro lado, a distinção entre um consenso genuinamente racional e um consenso fundado no costume ou no poder reenvia-nos para um outro pressuposto por detrás de cada acto de comunicação linguística – a possibilidade de um diálogo sem constrangimentos, universalmente acessível e em que vigora unicamente a força do melhor argumento, ou seja, a possibilidade de uma situação ideal de discurso. Em suma, o potencial para uma discussão crítico-racional, antes institucionalizado numa realidade historicamente contingente, a esfera pública clássica burguesa, encontra-se agora inscrita num conceito teórico muito mais abstracto, a acção comunicativa, com a sua promessa de um entendimento mútuo enquanto forma de coordenação da acção social.

Esta situação ideal de faça, espaço ideal de fala, ou mesmo espaço ideal de comunicação torna possível um emprego efetivo de liberdades comunicativas iguais e simultaneamente permite a “compensação equitativa de interesses”, como bem nos aponta mais uma vez o autor que predomina em nossos debates a respeito do princípio que aqui nos debruçamos brevemente (2003, p. 214):

Ele exige uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam no nível concreto das simples interações. Uma formação informal da opinião, que prepara a formação política da vontade influido nela, não é sobrecarregada pela institucionalização de uma deliberação entre pessoas presentes que buscam uma tomada de decisão. Tais arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição.

Para que isso possa acontecer, há a necessidade de que a comunicação entre os indivíduos não seja deformada sistematicamente, de que haja uma representação equitativa de situações de interesses criando efetivamente um espaço comum, indispensável ao regular exercício democrático, sendo o princípio do discurso elevado a princípio essencial ao próprio princípio da democracia.

#### **4. O MURO DE BRASÍLIA E A CRISE COMUNICATIVA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA: O FIM DO ESPAÇO IDEAL DE FALA E A DIVISÃO DOS DISSIDENTES.**

O cenário de instabilidade da política brasileira, polarizada, nitidamente dividida entre aqueles que se dizem “de esquerda” e os que se autodenominam “de direita” tem revelado diversas questões que não podem passar despercebidas aos olhos daqueles que se prestam a discutir política no Brasil, e, conseqüentemente, não prescindem de uma análise crítica dados os objetivos almejados neste breve ensaio.

De tantas outras nuances que merecem análise, como os lobbys, as articulações políticas e os movimentos ativistas, nos debruçaremos sobre o traço que revela a faceta mais preocupante de toda essa luta e incerteza políticas: a falta de tolerância entre um e outro e o tão presente discurso de ódio, que inviabiliza a racionalidade na comunicação discursiva entre os dissidentes políticos.

Tamanha dissidência culminou em um dos mais emblemáticos eventos políticos de nossa história, um processo de impeachment marcado pela intolerância e pela construção de um muro de isolamento entre os dissidentes em pleno pátio do Palácio do Planalto, o tão comentado e debatido “muro de Brasília”.

Em que pese a atitude tenha sido tomada tendo como objetivo o isolamento entre os cidadãos com posições políticas divergentes para evitar conflitos copiosos entre

os diversos manifestantes que ali se instalaram por diversos dias, tal providência ratificou o que há muito já se questionava: estaria a democracia brasileira em crise?

Diversos veículos de comunicação noticiaram o muro de Brasília como um trágico episódio em nossa história democrática. Frases como: “Área do muro em Brasília será cercada por gradis e terá PMs e cães” e; “Muro divide Brasília na véspera de votação do impeachment de Dilma” foram utilizadas com o desiderato de melhor descrever o que aquela aberração política representava.

Como alhures já se apresentou, desde os primórdios da democracia, que pressupõe soberania popular e governo do povo, urgia a necessidade de um espaço público que garantisse a igual participação dos cidadãos, além de permitir-lhes construir o consenso democrático por meio do diálogo.

Ora, ainda que o consenso não se estabeleça, o fato de haver a possibilidade de participação conjunta e de diálogos racionais entre os participantes do procedimento democrático, legitima a decisão da maioria exatamente porque esta é formada a partir da livre comunicação entre os destinatários da própria deliberação popular consolidada no espaço público comunicativo.

Esta necessidade, que é trazida desde os primeiros modelos de democracia, é essencial ao processo democrático justamente em razão de ser um sistema de governo que consolida o jogo político das maiorias. Vejamos o que Norberto Bobbio ensina (2002, p. 31):

No que diz respeito às modalidades de decisão, a regra fundamental da democracia é a regra da maioria, ou seja, a regra à base da qual são consideradas decisões coletivas – e, portanto, vinculatórias para todo o grupo – as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão. Se é válida uma decisão adotada por maioria, com maior razão ainda é válida uma decisão adotada por unanimidade. Mas a unanimidade é possível apenas num grupo restrito ou homogêneo (...)

Nesta noção apresentada por Bobbio, a legitimidade das decisões democráticas pressupõe a livre participação de todos no processo de construção da autoridade que irá ter a responsabilidade de decidir em nome de todos, e não apenas das maiorias.

Contudo, para uma definição ainda que mínima de democracia, não basta a atribuição a um elevado número de cidadãos o direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, mas também é preciso que os chamados a decidir ou a eleger sejam colocados em situação real de poder escolher entre as opções que se apresentam (BOBBIO, 2002, p. 32).

E para tanto, Norberto Bobbio (2001, p. 32) esclarece:

Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc. – os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico desses direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam o regime democrático.

Aos indivíduos participantes de um sistema democrático deve ser garantida a possibilidade de livre comunicação racional com seus dissidentes, sob pena de quebra do próprio fator de legitimação do sistema democrático, que é a aproximação do destinatário da norma de seu processo de elaboração por meio do diálogo racional. Nesta esteira, nos ensina Paulo Bonavides (2001, P. 279):

O espaço público poderá ser, futuramente, um dos mais importantes polos políticos de conscientização participativa da cidadania; é sem dúvida a primeira das estradas por onde, nos distritos de sua autonomia social, há de caminhar em preparação constitutiva, a democracia direta do terceiro milênio. Democracia que assume o status de direito de quarta geração, cuja universalidade e essencialidade compõem o novo ethos que o gênero humano, em sua irreprimível vocação para a liberdade, a igualdade e a justiça, toma por inspiração.

Diante desta noção, esta “democracia do terceiro milênio” pressupõe universalidade, integração. Não há necessidade de que o processo democrático siga as diretrizes levantadas ou defendidas por determinado grupo. Faz-se necessária que a decisão legitimadora de determinada posição se faça diante do diálogo racional entre os dissidentes, na medida em que o jogo político da maioria levará em consideração também o discurso das minorias quando da deliberação por esta ou aquela posição.

Uma noção contratualista do sistema democrático em si revela a necessidade de um diálogo racional por parte do demos como indispensável à pactuação do contrato social. A formação da vontade geral, que como ensinou Rousseau, estaria acima e condicionaria propriamente a vontade individual (2003, P. 23), depende de um espaço ideal de fala que aponte para o consenso. Ainda que não haja consenso, há a necessidade de integração de todos os indivíduos que compõem a sociedade específica para, pelo menos, legitimar a decisão em prol das maiorias, que definirá todas as leis que regerão a si próprios.

Diante disso, a universalidade, bem como a liberdade de autodeterminação é fundamental ao processo democrático em si, de modo que qualquer limitação a isso, corrompe o sistema democrático que, via de regra, consolida suas diretrizes a partir da

noção de que os destinatários da norma livremente puderam participar desse processo, com ampla possibilidade de manifestação de vontade, opinião e comunicação.

E é justamente por este motivo que a cisão promovida pelo muro de Brasília revela os problemas e as mazelas de nosso sistema democrático. Não há mais liberdade de mútua participação, não há mais diálogo, não há mais espaço ideal comunicativo. Por outro lado, sobra espaço para a separação e a intolerância, e isto é exatamente o oposto do que pressupõe a esse sistema: livre participação popular e participação popular no governo, marcados pela integração comunicativa na busca do consenso democrático.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De fato, a democracia brasileira se encontra em xeque. A institucionalização desta instabilidade democrática se deu em razão da atitude tomada pelos responsáveis pelo chamado muro de Brasília.

Desde os primeiros modelos e passos da democracia, esta se caracterizou pela livre comunicação entre os indivíduos, que podiam livremente expor seus motivos, razões e, pacificamente, optarem pela situação que mais lhe conviesse em um espaço ideal de fala, ou espaço ideal de comunicação, que consolidava a livre convivência entre os diversos membros da sociedade, independentemente de sua posição nos espaços público e político.

Quando se institui que a democracia somente pode ser alcançada através de um tão buscado consenso democrático, há a pressuposição de que todos os cidadãos, ou todos os destinatários das normas e diretrizes tomadas pela organização política, participaram integrados, ampla e livremente dos debates e diálogos racionais que culminaram na decisão considerada pela maioria como mais adequada ao bem comum.

Na medida em que se separa, segrega e ressalta as diferenças entre os cidadãos, o isolamento gerado em nome das dissidências revelam a crise na democracia, que deve(ria) ser instituído que pressupõe a ampla comunicação entre os indivíduos e a garantia de um espaço ideal de fala no exercício das soberania e participação popular.

Enquanto o cenário político brasileiro se caracterizar pela separação ou pela segregação dos dissidentes, o consenso democrático estará aniquilado, e isto representa uma afronta inaceitável ao princípio democrático.

Deve-se buscar sobretudo a reconstrução das conexões rompidas, de restituir, ao menos, o diálogo racional entre os dissidentes. Ainda que não se reestabeleça efetivamente a possibilidade do consenso racional democrático, a simples

perspectiva do livre agir comunicativo entre os divergentes já representaria grande avanço frente ao verdadeiro retrocesso democrático que vivemos.

É hora de derrubar os muros e reconstruir as pontes. É hora de recuperar a democracia brasileira e revesti-la de todos os atributos e predicados de um verdadeiro sistema democrático participativo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ARISTÓTELES. A política. Tradução Nestor Silveira Chaves – 2ª ed. rev. Bauru: Editora Edipro, 2009.

BOBBIO, Norberto. Três ensaios sobre a Democracia. São Paulo: Cardim Alario Editora, 1991.

\_\_\_\_\_. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. Dicionário de política I. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de filosofia política. São Paulo: Editora Atlas, 2011

\_\_\_\_\_. Curso de Filosofia do Direito. Eduardo C. B. Bittar, Guilherme Assis de Almeida. São Paulo: Atlas. 2015.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione N. Hannah Arendt e o declínio da esfera pública. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas: 2005.

DA SILVA, Felipe Carreira. O espaço público em Habermas. Universidade de Cambridge, 2001. Disponível em:  
[http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22584/1/ICS\\_FCSilva\\_Espaco\\_LAN.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22584/1/ICS_FCSilva_Espaco_LAN.pdf)

DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. Curso de Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

PALERMO, Luis Claudio Palermo. A Importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo da vida e democracia deliberativa. In PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP. Macapá, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: Martin Claret, 2003.

## **DIREITO E CINEMA: ESTUDO SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA A PARTIR DO FILME GATTACA**

Thaís Queiroz de Almeida  
Cleber Affonso Angeluci

Resumo: A proposta deste artigo é enfocar as consequências da manipulação do patrimônio genético para os indivíduos e para sociedade, tendo como ponto de partida o filme *Gattaca* (1997) e as contribuições do cinema para o direito. Para compreensão do tema, é analisado o percurso histórico da eugenia, os limites da bioética e do biodireito, e os posicionamentos dos filósofos Hans Jonas, Jürgen Habermas, Michel Foucault e Ronald Dworkin.

Palavras-chaves: manipulação genética; eugenia; bioética; direito; cinema;

Abstract: This paper aims to focus the consequences of the genetic heritage of manipulation for individuals and society, which starting point the *Gattaca* movie (1997) and the contributions from Cinema to the Law. To better understand the subject, we analyze the history of eugenics, the limits of Bioethics and Bio-law and next to topic is thought of the philosophers Hans Jonas, Jürgen Habermas, Michel Foucault and Ronald Dworkin

Keywords: genetic manipulation; eugenic; bioethics; law; cinema.

### **Considerações iniciais**

As pesquisas biotecnológicas avançaram rapidamente após a descoberta do genoma humano, tornando-se alvo de questões polêmicas e controvertidas relativas às pesquisas genéticas com seres humanos. Essa temática tem grande repercussão, suscitando dilemas éticos e filosóficos, além de mostrar as lacunas do ordenamento jurídico.

O primeiro capítulo se inicia pela análise do cinema como ferramenta para estimular o debate de temáticas jurídicas, utilizando os filmes como representação da realidade. Em seguida, vai apresentar o enredo do filme '*Gattaca, experiência genética*' que mostra uma sociedade, na qual prevalece a eugenia como forma de hierarquia ensejando a discriminação genética.

No segundo capítulo apresenta a origem do termo eugenia criado pelo inglês, Francis Galton, que posteriormente passou a ser utilizado pelos estadunidenses, Charles Benedict Davenport e Harry Hamilton Laughlin, que disseminaram pelo mundo os movimentos eugênicos. Logo depois, é exposta as consequências da eugenia na Alemanha Nazista e a nova eugenia retomada com os avanços nas pesquisas genéticas.

No capítulo terceiro são analisados a bioética e os princípios que a regem, apresentando um novo debate ético sobre o ser humano, em seguida é apresentado o biodireito, que tem como objetivo regular os desafios apresentados pelo progresso científico, tanto no âmbito internacional como nacional.

O capítulo quarto é finalizado com a abordagem dos posicionamentos dos filósofos acerca da modificação do patrimônio genético e a alteração da relação do ser humano com sua própria essência. Para isso foram analisados os estudos de Hans Jonas, Jürgen Habermas, Michel Foucault e Ronald Dworkin.

O estudo foi realizado por meio da pesquisa bibliográfica, com análise interpretativa, a partir da leitura de obras e artigos de pesquisadores da área, sendo adotado o método analítico para demonstrar dedutivamente os argumentos em resposta ao problema apresentado para a investigação.

## **1 Cinema e Direito: Gattaca, experiência genética**

Ao observar as narrativas cinematográficas, como uma das possíveis formas de representação da realidade, pode-se utilizá-las como instrumentos para fomentar o debate e a análise das temáticas jurídicas. Sendo assim, a associação entre Direito e Cinema amplia a área de estudo com diversidade de temas e enfoques próximos da realidade empírica.

Ao analisar o cinema como representação da realidade, na verdade, trata-se de uma possibilidade de apresentação do mundo real sob um determinado ponto de vista que busca provocar a reflexão sobre a dinâmica das relações humanas. De acordo com Mondro (2009, p. 35), quando se refere ao aspecto jurídico no cinema, “o que se tem em vista são as relações interpessoais dentro da sociedade e suas dimensões no que diz respeito à justiça”.

Para Santos e Bucci (2015, p. 200), muito já foi discutido acerca da interação do Direito com as outras matérias sociais como forma de dar vitalidade à ciência jurídica, de maneira que possam estimular os juristas a promover um novo vigor aos preceitos, às doutrinas e aos princípios. Uma vez que essa relação é favorável para suscitar a discussão a respeito da efetividade do Direito diante das inúmeras influências externas políticas, morais e econômicas que afetam o pensamento jurídico.

O Direito, observado por intermédio das narrativas cinematográficas possibilita agregar “uma nova abordagem mais próxima ao próprio projeto da ciência jurídica de nossos dias, na luta pela superação de uma visão meramente dogmática e normativamente recortada do fenômeno jurídico (RIBEIRO, 2015, p. 8). Essa aproximação entre ciência e arte contribui para novas abordagens do Direito com o objetivo de “humanizar a análise jurídica, desenvolvendo senso crítico no intérprete, sem que com isto se perca a cientificidade no estudo (SANTOS; BUCCI, 2015, p. 202).

Ao fazer uma análise da sociedade, o cinema auxilia como uma representação da vivência humana, no presente artigo, especificamente, na

possibilidade de manipulação genética que reflete, tanto no âmbito social quanto no jurídico, a segregação entre os indivíduos biologicamente perfeitos e os imperfeitos, e principalmente, nas relações de liberdade e poder.

Gattaca é um filme do gênero ficção científica produzido nos Estados Unidos, em 1997, cuja temática envolve a superação humana num cenário de futuro no qual o destino dos seres humanos é determinado por suas características genéticas. O título do filme é um acrônimo com a ordenação de uma série de bases nitrogenadas que compõem o DNA – Guanina, Adenina, Timina, Timina, Adenina, Citosina e Adenina: Gattaca (GATTACA, 2017, S/N).

O centro da narrativa é Vicent Anton Freeman, o personagem-narrador, que dentro de uma sociedade estratificada baseada na codificação biológica consegue ascender para classe superior burlando as regras vigentes. Nessa sociedade, há valorização da Eugenia, o melhoramento da espécie utilizando os avanços da medicina para reprogramar o código genético erradicando o máximo de doenças, imperfeições e propensões a comportamentos como violência e uso de drogas. O status social não tem mais relação com poder econômico e sim com melhores características genéticas, o currículo passa a ser o DNA.

Vicent foi concebido naturalmente sem intermédio de laboratório para escolha do melhor material genético dos pais. Sendo assim nasceu com grande probabilidade de predisposição às doenças que o classificam como inválido, pertencente a classe social mais baixa que não permite desempenhar atividades mais especializadas, apenas que trabalhe na parte de limpeza. Anos mais tarde, os pais de Vincent decidem ter mais um filho que foi concebido da forma tradicional da vigente época: desde a escolha do sexo da criança até se vai ter propensão à obesidade. Anton, irmão de Vincent, foi digno de receber o nome do pai porque tinha uma vitalidade invejável e teria um futuro melhor dentro da sociedade.

Durante a infância, Vicent descobre seu maior interesse na vida: a Astronomia e passa a dedicar muito tempo de sua vida se preparando para ingressar na carreira. Contudo, na sociedade, em que vive, seria impossível para ele, um inválido, tornar-se um navegador espacial. Os seus pais percebem o interesse e começam a incentivá-lo a desistir das falsas esperanças. Após várias tentativas negativas, Vicent percebeu que não importava o tanto que ele era competente, mas somente o código genético era relevante. Ele foi embora da casa dos pais, viajando por vários lugares, passando a sobreviver como faxineiro até que começa a trabalhar em Gattaca, uma espécie de centro de treinamento espacial.

Por intermédio de um contrabandista de identidades genéticas, Vicent assume a identidade de Jerome Eugene Morrow, um nadador cujo currículo havia

inúmeras vitórias em competições mas que tornou-se paraplégico devido a um acidente automobilístico. Para ficar parecido com Jerome, Vicente é submetido à intervenções cirúrgicas, diferentes tratamentos e aprende novos hábitos para manter sua nova identidade, tais como constante limpeza de objetos, esfoliação da pele e cuidados com os cabelos para não deixar nenhum vestígio de sua identidade verdadeira. Além disso, passa a carregar consigo amostras de sangue e de urina, porque dentro de Gattaca são realizados exames diários para confirmar a identidade dos participantes.

Por meio de sua capacidade, Vicent conquista um lugar de destaque, tornando-se um dos melhores pilotos e consegue ser designado responsável por missão pelo período de um ano a 14ª. lua de Saturno, Titã. Faltando apenas uma semana para viajar para o espaço, ocorreu dentro de Gattaca, o assassinato de um dos diretores, sendo Vicent o principal suspeito devido a ter sido encontrado um vestígio dele dentro do centro de treinamento, sendo ele um inválido no meio de válidos.

No decorrer da investigação, Vicent se aproxima de Irene Cassini – classificada como uma “válida com reservas”, devido à alguns problemas de saúde – passam a ter um relacionamento amoroso que também é fundamentado pelo contexto biossocial. Jerome, que mora com Vicente, passa a ter comportamentos depressivos com vários episódios de alcoolismo.

Antes da resolução do crime, um policial descobre a semelhança de Vicent com Jerome Morrow e passa a procurá-lo, contudo somente após encontrar o verdadeiro culpado pelo crime, que é apresentada a identidade do policial: Anton, irmão de Vicent. O assassino do diretor era o chefe da missão para Titã, diretor Josef, um válido que, de acordo com o perfil genético, não tinha qualquer propensão à violência.

No final da história, Vicent conta toda a verdade para Irene. Jerome deixa estocado milhares de amostras de sangue, urina, cabelos e pele para Vicent poder usar pelo resto da vida sua identidade e se suicida no incinerador da casa. Por fim, Vincent consegue concretizar seu sonho e viaja para o espaço.

Além das questões éticas relacionadas à engenharia genética, o filme provoca um questionamento para sociedade sobre a eugenia, melhoramento e aperfeiçoamento dos seres humanos, como forma de controle social. Há sem dúvida, a necessidade de questionamentos jurídicos sobre o avanço que as tecnologias trazem para a vida humana e, por consequência, para a sociedade contemporânea, haja vista a limitação do Direito em acompanhar o ritmo das transformações que têm ocorrido nos últimos tempos, notadamente no que diz respeito à genética.

## **2 Eugenia: aperfeiçoamento dos seres humanos**

Ao longo da história, o aprimoramento dos seres humanos sempre subsistiu dentro das sociedades sendo materializado por meio de práticas de segregação e extermínio. O discurso eugênico sofreu transformações durante os séculos, no entanto, sua essência permanece igual: aperfeiçoamento dos atributos físicos e mentais com o objetivo de transmitir às gerações futuras as melhores características da espécie.

Os ideais da eugenia podem ser estudados desde a Antiguidade Clássica, na qual há indícios da prática eugênica realizada pelo 'pater familias' romano que tinha o poder de decidir se os recém-nascidos fariam parte da sociedade. A cultura romana justificava a rejeição das crianças devido às anomalias do feto, às questões relativas à aceitação social, "sendo a criança enjeitada tanto por miséria como por políticas familiares de sucessão entre os ricos, visando a permitir educação mais aprimorada para uma pequena prole, dotando-a, portanto, de melhores condições para competir naquela sociedade" (NETO, 2006, p. 95).

Na atualidade, as convicções eugênicas convergiram para uma concepção mais complexa e não menos discriminatória, "a hereditariedade determinaria o destino do indivíduo, ou seja, as condições de sua vida já estariam dadas de antemão, e seu futuro desenhado ao nascer segundo classificação de determinados critérios que o colocavam numa categoria 'inferior' ou 'superior' (MACIEL, 1999, p. 121)

Os principais apontamentos a seguir são acerca do desenvolvimento e propagação da eugenia durante o percurso histórico da humanidade culminando na constituição de uma área de conhecimento que consiste na cientificidade biológica e uso dos avanços tecnológicos com objetivo de reestruturação da ordem social.

## **2.1 Francis Galton, o inglês: pai da eugenia**

Em meados do século XIX, a Inglaterra passou por um período de grande desenvolvimento que culminou na abertura para os estudos e avanços científicos, propiciando aos cientistas como Francis Galton (1822-1911) deixarem sua contribuição para Humanidade.

Ao contrário do que muitos acreditam, o termo eugenia foi criado por Galton, mas as práticas eugênicas são utilizadas há séculos. Para Del Cont (2008), Francis se inspirou na obra *A origem das espécies* (1859) de Charles Darwin para estudar a teoria da seleção natural direcionada aos seres humanos. Darwin restringiu a teoria da seleção natural aos animais e às plantas, para evitar qualquer crítica sobre a aplicação da teoria nos seres humanos, o que seria compreendido como afronta à dignidade humana.

Com o propósito de aplicar os pressupostos da teoria da seleção natural ao ser humano, Francis Galton (1822-1911), primo de Darwin, em 1883, reunindo duas expressões gregas, cunhou o termo "eugenia" ou "bem nascido" (...) A partir desse

momento, eugenia passou a indicar as pretensões galtonianas de desenvolver uma ciência genuína sobre a hereditariedade humana que pudesse, através de instrumentação matemática e biológica, identificar os melhores membros – como se fazia com cavalos, porcos, cães ou qualquer animal –, portadores das melhores características, e estimular a sua reprodução, bem como encontrar os que representavam características degenerativas e, da mesma forma, evitar que se reproduzissem (DEL CONT, 2008, p. 202).

Para Del Cont (2013), a teoria de Galton defendia a utilização de procedimentos eugênicos na reprodução como método mais efetivo para alcançar o objetivo de melhorar as condições sociais do que os mecanismos de controle da sociedade por meio das leis e das instituições vigentes. Logo, o projeto consistia, segundo Castañeda (2003, p. 911-3, apud Del Cont, 2013, p. 513), no controle dos casamentos por meio da seleção de casais com predisposições biológicas e mentais superiores para o favorecimento da proliferação das melhores características.

Como precursor do estudo sistemático da eugenia, Francis Galton, teve seus estudos e experiências como subsídios para outros cientistas ampliarem o campo de pesquisa, por intermédio dos avanços tecnológicos, e aplicarem os métodos empiricamente na sociedade, mascarados como políticas públicas de saúde.

## **2.2 Davenport e Laughlin, os estadunidenses: os cientistas articuladores políticos**

No final do século XIX, os Estados Unidos receberam um grande fluxo de imigrantes que se submetiam ao trabalho barato tornando-se mão-de-obra comum no país, que passou a ser motivo de preocupação com relação à qualidade dos indivíduos que o país estava recepcionando. O referido contexto fez com que os estudiosos encarassem a eugenia de forma mais agressiva devido ao sentimento segregacionista. Para Farral (1975, apud Del Cont, 2013, p.515) os cientistas Charles Benedict Davenport (1866-1944), que ficou fascinado com as ideias de Galton, e Harry Hamilton Laughlin (1880-1943) reuniram-se para defender a necessidade de elaborar dispositivos de controle reprodutivo com objetivo oposto ao de Galton, eliminar as características consideradas indesejadas.

Em virtude dessas circunstâncias, Davenport incumbiu-se da função de buscar condições institucionais para implantação de programas que visavam a melhoria das características herdadas pela população norte-americana. Assim, os cientistas “procuraram estabelecer condições científicas, sociais e legislativas com o firme propósito de controlar efetivamente a capacidade reprodutiva dos indivíduos classificados e catalogados como inaptos eugenicamente” (DEL CONT, 2013, p. 515).

Por todos esses aspectos, Davenport necessitava de uma parceria que encontrou em Laughlin, de acordo com Del Cont (2013), um antigo aluno, que foi contratado para coordenar o instituto Eugenics Record Office (ERO), ao qual devotou-se para implementar um sistema de identificação, classificação e limitação dos intitulados inaptos à reprodução. Para Allen (1986, p. 238, apud Del Cont, 2013, p. 520), os estudos práticos sobre a hereditariedade humana, especificamente as qualidades sociais, tinham como objetivo disseminar informações à população em geral sobre a necessidade da pesquisa eugênica para criação de políticas públicas.

Entre o ano de 1905 e a década de 20, instituições eugênicas proliferaram por todo o território americano. A principal delas, o Eugenics Record Office (ERO), foi dirigida pelo geneticista Charles Davenport, o maior representante da eugenia americana. A primeira lei de esterilização americana foi aprovada em 1907, no estado de Indiana, e estima-se que mais de 50 mil pessoas tenham sido esterilizadas entre 1907 e 1949 em todo o país, considerando que a última lei do gênero foi revogada somente na década de 70 (DIWAN, 2007, s/p)

Para Black (2003, p. 126, apud Del Cont, 2013, p. 522), o objetivo dos cientistas estadunidenses, Laughlin e Davenport, era ultrapassar as fronteiras do país e expandir os mecanismos eugênicos para o mundo buscando eliminar os inaptos com a finalidade de poder controlar a disseminação de defeitos e doenças.

### **2.3 Eugenia pelo mundo e seu ápice na Alemanha Nazista**

A expansão dos pressupostos eugênicos pelo mundo iniciou-se no começo do século XX, por meio dos Congressos Internacionais de Eugenia, organizados pelos cientistas estadunidenses, território no qual foram compartilhados estudos que fortaleceram a utilização das práticas eugênicas por vários países.

Para Del Cont (2013), o primeiro Congresso Internacional aconteceu em Londres (1912), que teve como centro das discussões a criação de um órgão internacional para coordenação e organização das atividades eugênicas, o Comitê Internacional de Eugenia. O segundo Congresso, que estava programado para ser realizado em 1915, foi cancelado devido a eclosão da Primeira Guerra Mundial, adiando os planos dos eugenistas. Em razão disso, o segundo evento aconteceu em 1921, em Nova York, onde houve reorganização do Comitê Internacional que passou a ter caráter permanente.

De acordo com Laughlin (1922, p.446, apud Del Cont, 2013, p.524), o terceiro Congresso (1932) também foi realizado em Nova York, onde foi compartilhado todo conhecimento adquirido sobre o domínio da reprodução humana, baseado nos rígid

preceitos da eugenia, dando abertura para o início da condução de pesquisas laboratoriais, bem como o estabelecimento de políticas públicas de saúde e higiene racial. “Laughlin já tinha elaborado um modelo de legislação para orientar as medidas públicas, que mais tarde foram levadas até as últimas consequências na Alemanha nazista por Adolf Hitler” (Weis, 1987, apud, Del Cont, 2013, p. 524).

Para Sanches (2007, p. 79, apud Mondini; Cretella; Sanches; Garbelini, 2013, p. 158), durante o regime nazista, a eugenia foi utilizada como fundamento para instrumentalizar as políticas extremas de Hitler, que estimulavam as uniões matrimoniais entre alemães declarados aptos para promover a ideia de superioridade ariana. Inicialmente, foi promulgada a Lei de Esterilização Eugênica (1933), que tornou mais de 200 mil pessoas incapazes de se reproduzirem no período de três anos. Anos mais tarde, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, os métodos eugênicos transformaram-se em justificativa para implantação da eutanásia de pessoas pertencentes as classes de doentes mentais, deficientes ou judeus. Segundo Corti (2008), com a ascensão de Hitler ao poder, os estudos científicos na Alemanha sofreram influências da ideologia nazista, que utilizou da ciência para disseminar o racismo e antissemitismo.

Após a barbárie promovida pelo Nazismo, os estudos eugênicos perderam sua credibilidade como ciência dando abertura aos questionamentos éticos. Para Guerra (2006), a eugenia não perdeu sua força, apenas passou por reformulações expandindo seus pressupostos para o campo de pesquisa genética que, por meio dos avanços tecnológicos, evoluiu muito nas últimas décadas.

#### **2.4 A Nova Eugenia do século XXI: Projeto Genoma**

O progresso científico realizado, em conjunto por diversos países, no final do século XX, convergiram para decifrar o código genético dos seres humanos por meio de um mapeamento dos genes, Projeto Genoma Humano. Diante desse contexto, a eugenia encontrou espaço favorável para sua expansão silenciosa com o objetivo de controlar de transmissão das características desejáveis e contenção das indesejáveis.

Em consequência disso, as descobertas científicas passaram a ser direcionadas para identificação dos genes defeituosos causadores dos defeitos congênitos que são transmitidos hereditariamente. Para Souza (2005), as transmissões hereditárias de características indesejáveis ou doenças, como pré-disposição ao câncer ou a obesidade seriam substituídos, excluindo do código genético a informação que causará a enfermidade no futuro.

Os avanços da investigação genética permitem antecipar, em menor ou maior medida, a probabilidade de que uma pessoa desenvolva determinada

enfermidade. O uso que a sociedade pode fazer, da referida informação, abre muitas portas, as quais em sua maioria são positivas, como o é, a possibilidade de identificação, prevenção e cura de enfermidades hereditárias, porém, outras são de caráter negativo, com a possível discriminação pelo seu uso, a chamada discriminação genética (OLIVEIRA; HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 186)

Em razão do aprimoramento da medicina possibilitado pelo Projeto Genoma, houve a expansão dos debates sobre a utilização da manipulação genética com finalidade de excluir a predisposição às doenças congênitas. No entanto, o melhoramento genético está intimamente ligado aos preceitos eugênicos, que visam aperfeiçoamento das qualidades e supressão dos defeitos.

Para Mathieu (2000, p. 76, apud Oliveira; Hammerschmidt, 2008, p. 185), em alguns países, casais são submetidos a testes genéticos antes do casamento para haver permissão ou não da união matrimonial, visando objetivos de saúde pública e econômicos, excluídas a motivação de aperfeiçoamento racial. Antes da vigência do Código Civil de 2002, o Decreto-lei nº 3.200/41 permitiu o casamento entre colaterais de 3º grau, ou seja, entre tios e sobrinhos, desde que observadas as disposições do referido diploma legal, com o claro propósito de evitar quaisquer riscos 'sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole', conforme expressamente previsto no art. 2º do referido diploma legal.

Contudo, é questionável essa forma de seleção uma vez que a prática será naturalizada elevando os aspectos benéficos e escondendo os riscos de privação da liberdade reprodutiva e discriminação dos indivíduos. Desse modo, entra em confronto com os princípios fundamentais e condutas éticas culminando em intervenções genéticas eugênicas com a finalidade puramente de melhoramento dos seres humanos.

### **3 Biodireito e bioética: alguns desafios**

Após a descoberta do DNA, iniciou-se um período de intenso avanço tecnológico nas pesquisas genéticas que resultaram na abertura de novas perspectivas para análise de questões relacionadas à vida, especificamente aos procedimentos médicos, que ultrapassam os limites do universo ético. A manipulação do material genético dos seres humanos, por exemplo, é um tema que ainda necessita de muitos estudos e debates concernentes à finalidade e à regulamentação desse procedimento.

É importante ressaltar que a utilização das informações genéticas pode provocar prejuízos como "o reducionismo e determinismo genético, o eugenismo, a estigmatização e a discriminação por condições genéticas, bem como, a perda ou diminuição da capacidade de autodeterminação, ante a intromissão e o acesso, não

autorizados, nas esferas e conhecimentos reservados” (OLIVEIRA; HAMMERSCHMIDT, 2008, p. 181).

Para Morgato (2011), a globalização transforma-se em obstáculo quando se trata de reconhecimento de normas jurídicas e éticas com o objetivo de controlar as consequências negativas do desenvolvimento biotecnológico, tendo em vista que a soberania estatal passou a sofrer uma forte coerção de empresas transnacionais.

Nesse âmbito, a vida do cidadão vem sendo determinada pelo domínio subordinador do mercado mundial, cujas características são: lucro, a produtividade e a concorrência, num contexto de estados nacionais com fronteiras porosas. A globalização econômica está substituindo a política pelo mercado, dando ensejo a um modo de regulação social que gera formas inéditas de poder, autônomas e sem território, que debilitam a soberania nacional. O ordenamento jurídico positivo nacional e suas instituições são por demais limitados para regulamentar a pluralidade de situações sociais, econômicas e culturais cada vez mais diversificadas, pois foram concebidos para atuar em marcos territoriais precisos (MORGATO, 2011, p. 34-35).

Diante dessas circunstâncias, é necessário ampliar o debate das questões bioéticas e de biodireito que devem fazer uma análise profunda das implicações e perigos do desenvolvimento biotecnológico regido pelas tendências mercadológicas. Nessa lógica, a autonomia de cada país não permite a formulação de normas gerais que padronizem os procedimentos gênicos, que devem visar os preceitos bioéticos e não os da livre concorrência do mercado. Tudo isso, resulta em uma grande preocupação sobre a forma como será norteado os estudos gênicos, que devem ter como objetivo principal beneficiar a vida e a sociedade.

### **3.1 Bioética**

Os avanços e progressos científicos redimensionaram o debate ético centralizando-o no ser humano, que se tornou objeto de estudo de técnicas de manipulação genética. Em consequência disso, surge a bioética que vai trazer indagações a respeito da conduta das pessoas diante dos desafios apresentados pelo desenvolvimento biotecnológico.

Antes de tratar sobre bioética, é imprescindível apresentar a origem do conceito de ética e compreender a necessidade dos comportamentos serem éticos para o desenvolvimento do progresso biotecnológico. De acordo com Lapa (2002), a ética pode ser definida como uma orientação a partir de alguns princípios para nortear o comportamento moral das sociedades.

Na Antiguidade Clássica, a ética de Aristóteles “era concebida como educação do caráter do sujeito moral para dominar racionalmente impulsos, apetites e desejos, para orientar a vontade rumo ao bem e à felicidade, e para formá-lo como membro da coletividade sociopolítica” (CHAUÍ, 2008, p. 313). Com o desenvolvimento da Humanidade, a questão ética foi inserida no campo da ciência que passou a analisar o ser humano, segundo Lapa (2002, p. 48), “respeitando seus direitos básicos, faz-se necessário vislumbrá-lo como um fim em si mesmo, ou seja, como ser digno, e não mero instrumento para fins político-econômicos, que possuem valor de troca – coisa”. Em razão disso:

A noção de homem em Kant é espetacular para o discurso dos direitos humanos, pois não há Humanidade, segundo ele, sem a percepção do outro como um fim em si mesmo. O conceito de dignidade está baseado em que o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo (LAPA, 2002, p. 48).

Cabe ressaltar que a dignidade humana e a ética são conceitos que, de certa forma, estão conectados e devem ser usados como base para que a pesquisa científica resguarde a vida humana das possíveis violações científicas. Ao adentrar o terreno da bioética, Espolador (2010, p. 196) vai mostrar que a Bioética surge como uma resposta às necessidades morais da própria comunidade científica para atender os anseios e preocupações da sociedade.

Para melhor compreensão, o conceito bioética é expandido por Espolador (2010, p.187), a bioética tem função reguladora não dogmática do comportamento humano, sendo compreendida como uma vertente da ética voltada para reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e jurídicos desencadeados pelo desenvolvimento dos avanços biotecnológicos, com objetivo de padronizar o tratamento dessas questões.

Maria Helena Diniz (2010, p. 10-11) acrescenta que “a bioética seria, em sentido amplo, uma resposta ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos [...] alusivos ao início e ao fim da vida, às pesquisas em seres humanos [...] como também decorrentes da degradação do meio ambiente”.

Para Melissa Morgato (2011, p. 61), a finalidade da bioética “é a conduta humana especificamente no aspecto moral, visto seu comprometimento em apontar os limites da intervenção do ser humano sobre a vida”. É importante analisar os princípios da bioética para compreender as diretrizes básicas que possibilitam a resolução de dilemas éticos.

### **3.1.1 Princípios da Bioética**

Após os escândalos causados pelas descobertas dos experimentos de medicina praticados pelos nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial, foi publicado o Relatório de Belmont (1978), que apresentou os três princípios éticos básicos para conduzir a pesquisa biomédica com seres humanos:

O Princípio da autonomia que “considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia. Aquele que tiver a autonomia reduzida deverá ser protegido” (DINIZ, 2010, p. 14). Logo, as pessoas têm a capacidade de autodeterminação e liberdade de decisão que devem ser respeitados.

O Princípio da beneficência, segundo Diniz (2010), requisita que o atendimento realizado pelo médico ou geneticista tenha como objetivo o bem-estar das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas resguardando-as de quaisquer danos, ou seja, não causar prejuízos, ampliar os benefícios, minimizando os perigos.

O Princípio da justiça “requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente” (DINIZ, 2010, p. 15). Nesse caso, o conceito de justiça está ligado à equidade que representa dar a cada pessoa o que lhe é devido segundo suas necessidades, ou seja, incorpora-se a ideia de que as pessoas são diferentes e que, portanto, também são diferentes as suas necessidades.

Para Morgato (2011), os princípios são mecanismos utilizados na intervenção de conflitos éticos decorrentes de situações da biomedicina e não possuem força normativa, portanto, não podem restringir os progressos biotecnológicos. Reforçando esse contexto, Maria Helena Diniz, esclarece que “tais princípios são racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais” (DINIZ, 2010, p. 14).

Portanto, os princípios descritos são estabelecidos como uma forma de evitar abusos que podem ser cometidos pela engenharia genética após o mapeamento do genoma humano. Contudo, são apenas norteadores das atividades, não tendo força de norma para punir violações aos direitos humanos como já foram comprovadas durante as experiências eugênicas realizadas pela Alemanha nazista.

### **3.2 Biodireito**

O Direito, entendido, como instrumento responsável pela organização e pela harmonia da sociedade, passa a ter o papel de grande relevância no acelerado

desenvolvimento da manipulação genética: o de normatizar condutas para que atendam os interesses da sociedade e não prejudiquem os direitos individuais e coletivos.

É relevante perceber que, segundo Morgato (2011, p. 72), “a transição da bioética para o biodireito, requer a análise dos direitos fundamentais presentes na Constituição, [...] dada a finalidade de resguardar, entre outros valores também obrigatórios, a liberdade, a igualdade e a dignidade”. Desse modo, o biodireito, com seu caráter interdisciplinar, pode ser classificado como direito de quarta geração, que se refere ao início e ao fim da vida, tais como aborto e novas formas de concepção.

Enfim, o biodireito tem como finalidade regular juridicamente os desafios apresentados pelo progresso científico que, de alguma forma, estão relacionados à essência do ser humano – o começo e o fim de sua existência, sem, entretanto, representar óbice aos progressos biotecnológicos que podem ter finalidade semelhante.

### **3.2.1 Regulamentação internacional**

Após julgamento dos nazistas que realizaram pesquisas científicas desumanas com as vítimas do holocausto, houve a necessidade de elaborar diretrizes para a pesquisa científica em seres humanos visando proteger os direitos sobre o corpo e a mente.

De acordo com Morgato (2011), o Código de Nuremberg (1947) é considerado um marco para humanidade, pois estabeleceu regras básicas para pesquisas com seres humanos. Segundo o Código de Nuremberg, é necessário o consentimento voluntário do ser humano, que também tem a liberdade de se retirar a qualquer momento do experimento. A pesquisa deve evitar sofrimento físico e mental desnecessários e produzir resultados vantajosos para toda sociedade.

Em seguida, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tem como propósito promover o reconhecimento dos direitos e das liberdades fundamentais, mediante normas progressivas nos âmbitos nacional e internacional. Alguns anos mais tarde, foi publicada a Declaração de Helsinque (1964), pela Associação Médica Mundial, que apresenta princípios para orientação da pesquisa médica, também considerada uma referência importante no estabelecimento de preceitos éticos.

Quase uma década depois, em 1975, foi publicada a Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, que dispõe sobre os benefícios do progresso científico que devem ser estendidos para toda a população, bem como a proteção dos seres humanos das possíveis repercussões negativas devido ao emprego inadequado da ciência e da

tecnologia. Em 1978, foi publicado o Relatório Belmont que apresentou os princípios básicos para nortear a ética na pesquisa em seres humanos.

Quase 20 anos depois, em 1997, foi publicada Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, que vai se concentrar na necessidade de assegurar a proteção dos interesses das gerações futuras. Também em 1997, foi publicada Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, que apresenta regras para minimizar os dilemas éticos diante do progresso científico acelerado.

Em 2004, foi apresentada a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, que preconiza a proteção dos direitos e liberdades fundamentais relativas à coleta, ao tratamento, ao uso e preservação de dados genéticos. Em seguida, em 2005, foi publicada Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que vai nortear e unificar as normas éticas para o domínio das ciências biomédicas.

Nota-se que as organizações internacionais estão com a atenção voltada para todas as atividades humanas que de alguma forma ferem direitos e liberdades fundamentais. A preocupação das referidas instituições internacionais com o bem-estar das pessoas iniciou-se quando as pesquisas médicas atrozes realizadas pelos nazistas foram denunciadas, persistindo até hoje, diante das mais recentes descobertas científicas, que se tornaram objetos de diretrizes internacionais que servem como recomendação para os países elaborarem suas próprias legislações. Devido ao caráter recomendatório, não é possível praticar sanções ficando a critério de cada país adotar ou não, o que acaba por representar um certo paradoxo, pois ao mesmo tempo em que se observa a quase imperiosa necessidade de regulamentação, há uma certa maleabilidade em fazê-lo pelos países em geral.

### **3.2.1 Regulamentação nacional**

Após a análise das principais diretrizes internacionais, é necessário observar como o ordenamento jurídico brasileiro protege o patrimônio genético e controla a pesquisa científica com seres humanos. A regulamentação nacional é composta pela Constituição Brasileira, como Lei Maior e legislações infraconstitucionais.

A Constituição Federal, conforme artigo 225, § 1º, incisos II e V, atribui ao Estado a proteção da diversidade e da integridade do patrimônio genético brasileiro, bem como fiscalizar as entidades envolvidas com pesquisa e manipulação genética. Para Echterhoff (2007), o artigo 5º, inciso X, assegura o direito à privacidade que pode ser considerado como uma forma de delimitação às pesquisas biotecnológicas genéticas.

Os princípios constitucionais que dizem respeito à essência humana, podem ser inseridos, nesse contexto, como delimitadores da atividade científica biotecnológica, tendo em vista preservar o ser humano.

(...) a grande preocupação é com a dignidade humana, princípio que norteia a Carta Magna de 1988, formada por princípios gerais que tomam por base o respeito à inviolabilidade, à integridade e à proteção do corpo humano e da vida, tendo como função primeira de proteger o ser humano, não só interesse do próprio indivíduo, mas também no interesse da sociedade (MORGATO, 2011, p. 55).

Em 2005, foi publicada a Lei de Biossegurança, lei n. 11.105/05, que “regulamenta os incisos II, IV e V do artigo 225 da Constituição Federal, e estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização que envolvam organismos geneticamente modificados; cria o Conselho de Biossegurança; reestrutura a Comissão Nacional Técnica de Biossegurança” (MORGATO, 2011, p. 53). A referida legislação, proíbe a manipulação genética em organismo vivo, incluindo genoma humano, conforme art. 1º.; art. 5º, incisos I e II, § 1º. e § 2º; e art. 6º, incisos III e IV, bem como tipifica crimes e penas, de acordo com artigos 24, 25, 26. A lei atual da Biossegurança, revogou a lei n. 8974/1995, que estabelecia normas para uso das técnicas de engenharia genética, porque tornou-se ineficiente. No entanto, essa lei é uma referência importante porque denota a necessidade de regulamentar as pesquisas biotecnológicas.

No âmbito das normas infralegais, atualmente em vigor, o Conselho Nacional de Saúde publicou as Resolução nº 340/2004 e Resolução nº 466/2012 – que fixam alguns parâmetros para a pesquisa envolvendo seres humanos e, conseqüentemente, asseguram a privacidade dos dados genéticos obtidos durante a realização destas investigações. Dentre as normas revogadas, pode-se verificar que a preocupação com a pesquisas em seres humanos iniciou-se em 1996, com a Resolução nº 196, que aprovou as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Em seguida, em 2000, com a Resolução nº 303, que complementou a Resolução CNS nº 196/96 que trata das diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas em seres humanos.

É perceptível que as diretrizes nacionais que estabelecem limites para pesquisa com seres humanos e manipulação do material genético são recentes, mostrando que ainda existe um caminho enorme a ser percorrido para formulação de novas normas, bem como adequá-las à realidade do progresso biotecnológico sem esquecer do debate ético, que deve ter caráter emergencial na tentativa de acompanhar o acelerado avanço das pesquisas.

#### **4 Filosofia: algumas provocações**

O ser humano sempre foi naturalmente movido pela vontade de adquirir conhecimento, desde pequenos questionamentos sobre fatos cotidianos até dúvidas sobre o significado e essência da vida. De um lado está a ciência, que explica os fenômenos por meio de resultados conclusivos e muitas vezes irrefutáveis do ponto de vista racional. Do outro, a filosofia que busca a verdade, o fundamento do conhecimento e compreender a realidade em seu contexto mais universal.

No século XXI, o uso em grande proporção das tecnologias para produção de conhecimento científico criou um período de rápido avanço que inseriu o saber científico numa posição de destaque, sendo priorizado diante dos demais modos de conhecimento. Apesar disso, a filosofia não perdeu seu papel de grande aliada da ciência devido a sua relevância estar fundamentada na formulação de respostas a partir de posicionamentos e ideias diferentes para produzir um novo modo de pensar a realidade do mundo.

As técnicas de manipulação genética suscitam questionamentos filosóficos, tais como, até que ponto o ser humano pode intervir na vida? A essência humana está na busca pela perfeição? A perfeição utilizada como meio de evitar o sofrimento? O medo da morte faz com que se busque formas de adiá-la? A necessidade de controlar suas origens biológicas e sua própria finitude é inerente ao ser humano? Em razão de questionamentos como estes, o debate filosófico se abriu para tentar compreender os impactos dos avanços da engenharia genética na vida de cada indivíduo e na sociedade.

#### **4.1 Hans Jonas e o Princípio Responsabilidade**

O filósofo alemão, Hans Jonas (1903-1993), em suas pesquisas sobre os dilemas éticos surgidos da evolução biotecnologia, desenvolveu um estudo denominado o Princípio Responsabilidade, que busca um novo direcionamento ético para possibilitar a existência das gerações futuras. Para Battestin e Ghiggi (2010, p. 17), o Princípio Responsabilidade tem como finalidade fundamental filosoficamente uma ética para as gerações futuras, na tentativa de protegê-las da intervenção tecnológica, ou seja, da manipulação do material genético.

Nesse sentido, de acordo com Pontin (2007), Jonas vai apontar três questões essenciais que emergem dos experimentos biotecnológicos, que modificam a relação do ser humano com a morte e alteram a compreensão de si mesmo. A primeira questão trata da percepção do fim da vida, porque todo ser humano compreende o mundo pela perspectiva de uma experiência finita, que termina com o destino final: a morte. O segundo apontamento diz respeito aos avanços científicos que não podem visar

superar a morte ou impor como alguém deve morrer. Por último, o terceiro questionamento versa sobre a impossibilidade de renunciar valores morais coletivos na busca de possíveis benefícios individuais.

Contudo, Hans Jonas recebeu muitas críticas relativas aos fundamentos utilizados em seu trabalho, sendo uma delas a de “procurar fundar a ética na vida – atribuindo a ela um valor inerente e afirmando que há a obrigação de se garantir sua viabilidade futura -, Jonas recai, implicitamente, em metafísica da vida” (BATTESTINI; GHIGGI, 2010, p. 23). Outra restrição é o uso da “crença de que a natureza deve servir de guia para o agir moral, devendo o homem interpretá-la para dali extrair premissas factuais para delas derivar a normatividade” (BATTESTINI; GHIGGI, 2010, p. 23). É possível perceber que o estudo filosófico de Jonas é bastante rígido com relação à modificação genética não resultando em uma orientação para os dilemas éticos. Mas pode ser encarado como um dos caminhos percorridos pela filosofia para compreender o impacto do progresso biotecnológico para Humanidade.

#### **4.2 Habermas e a eugenia liberal**

O filósofo e sociólogo alemão, Jürgen Habermas (1927), dedicou, uma parcela dos seus estudos, aos questionamentos éticos relativos à manipulação do material genético, especificamente com o objetivo eugênico. Em sua obra, classifica a eugenia em negativa, positiva, liberal e conservadora para fundamentar seu posicionamento parcialmente a favor da modificação genética.

Não sendo totalmente contrário às manipulações, cabe informar que o filósofo classifica a eugenia em dois tipos: uma para fins terapêuticos (eugenia negativa) e outra de aperfeiçoamento (eugenia positiva), com finalidade puramente estética de melhoramento da espécie. Com essa classificação, acaba por ser parcialmente favorável a uma eugenia negativa. Isso porque a pessoa que recebe modificações genéticas, a seu ver, sejam elas de fins terapêuticos ou de melhoramento da espécie, não participa da decisão, sendo apenas o objeto dessa decisão. Desse pensamento resulta que as intervenções genéticas de ordem negativa são justificáveis, já que o sujeito destinatário da intervenção genética, se pudesse escolher, provavelmente optaria pela intervenção. Entretanto, a modificação para melhoramento da espécie, motivada puramente por preferências dos pais, não se legitimaria (MEURER, 2015, p. 23-24).

Para Feldhaus (2005), Habermas defende que deve ficar a cargo da esfera pública, das sociedades democráticas, a decisão sobre quais casos (ou doenças) devem ter autorização para a manipulação genética com a finalidade de correção. De acordo

com Pontini (2007), Habermas acredita ser uma afronta à liberdade a intromissão de terceiros na autodeterminação genética, ou seja, as decisões acerca da manipulação genética determinadas por terceiros, suprimindo o consentimento individual. É possível verificar que Habermas parte de uma análise mais flexível com relação a alteração do material genético, aceitando-a em alguns casos, mas permanece a dúvida de como será regulada e até que ponto será permitida a intervenção gênica.

#### **4.3 Foucault e a Biopolítica**

O filósofo francês, Michel Foucault (1926-1984), é conhecido por seus estudos sobre as relações de poder elevando a complexidade do debate para além dos limites do Estado, criando o conceito biopolítica, que converte a vida biológica em objeto da política. “Trata-se de uma biopolítica porque os novos objetos de saber, que se criam ‘a serviço’ do novo poder, destinam-se ao controle da própria espécie” (DANNER, 2010, p. 184).

Diante da concepção apresentada, segundo Pontin (2007, p. 62), toda política se transforma em uma busca por um espaço, em que o próprio indivíduo controla sua vida, sendo de um lado, o biopoder como instância de restrição do modo de viver e da estrutura biológica do ser humano, e de outro, a necessidade, por parte dos indivíduos, de exercer o direito sobre seu próprio corpo e usufruir dele do seu próprio modo. Danner (2010) define o termo biopolítica como processos biológicos relacionados ao ser humano como espécie, estabelecendo uma nova forma de normatização.

Uma vez compreendida a relevância da questão abordada, faz-se necessário conectar o conceito de Foucault com a realidade biotecnológica, tendo em vista que a decodificação do genoma se iniciou após a morte do filósofo.

Neste sentido, as técnicas de reprodução contemporâneas são também um dispositivo de poder, especialmente quando utilizadas para escolher características potenciais de embriões antes de sua implementação. Se o limiar biopolítico da modernidade é o colocar em jogo a própria espécie, transformando a dinâmica sexual em um dispositivo de poder, a eugenia que se avizinha na forma de clonagem ou de Diagnóstico de Pré-Implementação de embriões, constitui uma última forma de domínio político da vida. (...) A reprodução, mecanismo do dispositivo da sexualidade (do qual o sexo também faz parte), torna-se um ato controlado por seus agentes, (...) destituído do fator do inesperado, de mistério. O mistério do surgimento de um novo indivíduo é substituído pela certeza do surgimento de um organismo cujas características são escolhidas externamente (PONTIN, 2010, p. 63-64).

Nesse aspecto, pode-se acrescentar, segundo Danner (2011), que devido à crescente interferência da racionalidade econômica em outras esferas da vida, pode-se caracterizar o neoliberalismo com uma prática biopolítica estratégica cujo desenvolvimento tem como foco fenômenos específicos da sociedade, tais como, saúde, educação e progresso da engenharia genética. Sendo assim, nota-se que a população está submetida ao poder dominante “de instituições normalizadoras que tentam impor padrões de comportamento individual e coletivo, em vista do controle político, da formatação cultural e da maximização do processo de acumulação econômica” (DANNER, 2011, p. 150).

Portanto, Foucault em sua teoria sobre biopolítica vai estabelecer que os seres humanos, enquanto seres biológicos, são utilizados como instrumentos da política e da racionalidade econômica, sem perceber o controle ao qual são submetidos.

#### **4.4 Dworkin e o transumanismo**

O filósofo do Direito norte-americano, Ronald Dworkin (1932-2013), durante suas pesquisas tornou-se adepto das ideias transumanistas, que defendem a necessidade do aperfeiçoamento do ser humano. “Para o filósofo, transumanismo é o movimento intelectual e cultural que afirma a possibilidade e a conveniência de melhorar a condição humana por meio da razão aplicada” (MEURER, 2015, p. 43).

Diante do posicionamento controverso dos transumanistas, não há uma preocupação com os questionamentos éticos da manipulação do material genético e dos impactos da intervenção genética na autocompreensão do ser humano.

De acordo com essa linha de pensamento, a tecnologia seria capaz de acabar com todos os defeitos de nossa essência enquanto humanos. Propõem romper os limites impostos ao homem por sua biologia com a aplicação dos avanços obtidos em áreas-chave da ciência. Seu objetivo é usar a ciência para aumentar as capacidades físicas, intelectuais e até emocionais das pessoas. No limite, pretende estender a vida humana, extirpando dela todo o sofrimento. (...) Para quem defende a biotecnociência, como é o caso dos transumanistas, pode-se afirmar, portanto, que a natureza humana resume-se a mapeamentos genéticos e exames da rede neural sem interferência na autocompreensão do sujeito (MEURER, 2015, p. 63-64).

É relevante compreender o caráter radical do movimento transumanista que menospreza os dilemas éticos, afirmando que “a engenharia genética pode tornar obsoletos alguns de nossos valores e o que a sociedade teme não é o medo de estarmos

fazendo algo errado, mas o medo de perder a nossa segurança sobre o que é certo e o que é errado” (DWORKIN, 2005, apud MEURER, 2015, p. 61).

Desse modo, Dworkin traz para debate do progresso científico biotecnológico uma temática desprovida de questionamentos morais ou éticos, justificando o aperfeiçoamento humano como mero melhoramento biológico, sem cogitar a possibilidade de discriminação genética.

### **Considerações Finais**

A reflexão sobre as possíveis consequências decorrentes da manipulação do material genético humano está longe de ter um fim. O filme *Gattaca*, como recriação da realidade, apresentou-se como pano de fundo para desenvolver os estudos sobre as consequências das alterações do patrimônio. Nesse caso, o cinema conseguiu vislumbrar um dos prováveis resultados de uma sociedade regulada pela eugenia positiva, na qual o poder é mantido nas mãos dos indivíduos com as melhores características genéticas, ensejando em uma hierarquia rígida, culminando na discriminação genética.

Os avanços nos campos da Bioética e do Biodireito estão ocorrendo de forma lenta, de modo inversamente proporcional ao progresso das pesquisas biotecnológicas que avançam rapidamente movidas pelos interesses do livre mercado. Os dilemas éticos suscitados pelas intervenções genéticas e experimentações em seres humanos cada vez mais se multiplicam e continuam sem nenhuma orientação ética para nortear as pesquisas biotecnológicas. As falhas no ordenamento jurídico vigente trazem a necessidade de elaboração de novas normas em âmbito nacional e padronização da legislação na esfera internacional.

No contexto filosófico, as discussões tentam dar possíveis respostas para a interferência das pesquisas genéticas na autonomia dos seres humanos. A pesquisa partiu da análise da argumentação dos filósofos visando transcender a questão da manipulação do material genético do âmbito científico para uma visão mais ampla sobre o entendimento dos indivíduos enquanto seres humanos e o impacto dessas alterações nas relações sociais.

Iniciado com Hans Jonas que, por meio do Princípio Responsabilidade, tentou fundamentar uma ética para as gerações futuras com a finalidade de protegê-las, sendo totalmente contra a manipulação do genoma. A rigidez do referido princípio e a fraca argumentação tornaram a teoria de Jonas apenas uma tentativa para resolver os dilemas éticos.

Em seguida, Jürgen Habermas tem um ponto de vista mais flexível, aceitando parcialmente a alteração do material genético, que deve ser possibilitada nos casos de eugenia negativa. A teoria de Habermas abriu caminho com seu conceito de eugenia liberal que deve ser repudiada, no entanto persistiu a dúvida sobre como será regulada e até que ponto será permitida a eugenia negativa.

Logo depois, é analisada a teoria de Foucault que apresenta o conceito biopolítica que estabelece uma relação entre os seres humanos e a política, de forma que as pessoas, enquanto seres biológicos, tornam-se instrumentos da política e da racionalidade econômica, sem terem a percepção de tal controle ao qual são submetidos. Na referida teoria, é possível observar que os discursos de poder relativos à autonomia corporal do ser humano estão sendo utilizados conforme a conveniência dos interesses do livre mercado.

Em seguida, Dworkin, por meio da teoria transumanista, apresenta um posicionamento desprovido de questionamentos éticos ou morais, baseando o aperfeiçoamento genético como um simples melhoramento biológico, sem cogitar nenhuma forma de discriminação genética. Ou seja, uma argumentação bem propícia para embasar os interesses científicos deixando de lado os dilemas éticos.

De um lado estão Habermas e Foucault que afirmam a existência da intervenção das forças do livre mercado nas pesquisas genéticas em seres humanos, o pensamento da racionalidade econômica propaga a imagem de preocupação com saúde, patrocinando os avanços da medicina, no entanto, na realidade buscam um novo produto para venda: a possível escolha do ser humano perfeito. Do outro lado, em posições extremas estão Hans Jonas com o argumento rígido totalmente contra a manipulação genética humana e Dworkin, completamente a favor, suprimindo qualquer questão ética.

Portanto, enquanto não houver uma padronização das normas, no âmbito mundial, para garantir que os procedimentos de manipulação genética não sejam movidos pelos interesses do livre mercado não pode cessar a preocupação sobre a discriminação genética. Bem como, os questionamentos filosóficos podem ser caracterizados como iniciais necessitando de mais discussões e novos posicionamentos.

### **Referências Bibliográficas**

BATTESTIN, Cláudia; GHIGGI, Gomercindo. O princípio da responsabilidade de Hans Jonas: um princípio ético para os novos tempos. Thaumazein, Santa Maria, ano 3, n. 6, 2010, pp. 69-85.

BRASIL. Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 30/03/2017.

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10/04/2017.
- BRASIL. Lei da Biossegurança, Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em: 15/04/2017.
- CHAUÍ, Marilena. A filosofia moral. In. Convite à filosofia. São Paulo: Editora Ática, 2008, p. 310-329.
- CÓDIGO de Nuremberg. Disponível em: <http://www.gtp.org.br/new/documentos/nuremberg.pdf>. Acesso em 10/04/2017.
- CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução CNS 340/2004. Disponível em: [http://bvsm.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340\\_08\\_07\\_2004.html](http://bvsm.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340_08_07_2004.html). Acesso em: 15/04/2017.
- CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução CNS 466/2012. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>. Acesso em: 15/04/2017.
- CORTI, Ana Paula. Violência e propaganda foram as armas de Adolf Hitler. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/historia/nazismo-violencia-e-propaganda-foram-as-armas-de-adolf-hitler.jhtm>. Acesso em: 05/04/2017.
- DEL CONT, Valdeir. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. *Scientiae studia*. São Paulo, v.6, n.2, p.201-218, 2008.
- DEL CONT, Valdeir. O controle de características genéticas humanas através da institucionalização de práticas socioculturais eugênicas. *Scientiae studia*. São Paulo, v.11, n.3, p.511-530, 2013.
- DECLARAÇÃO DE HELSINQUE. Disponível em: [http://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao\\_de\\_helsinque.pdf](http://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf). Acesso em: 10/04/2017.
- DANNER, Fernando. O Sentido da Biopolítica em Michel Foucault. *Revista Estudos Filosóficos* n. 4, São João Del Rei-MG, 2010, pp. 143-157.
- DANNER, Fernando. Biopolítica e liberalismo: a crítica da racionalidade política em Michel Foucault. 2011. 168 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIWAN, Pietra. Eugenia, a biologia como farsa (2007). Disponível em: [http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/eugenia\\_a\\_biologia\\_como\\_farsa.html](http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/eugenia_a_biologia_como_farsa.html). Acesso em: 02/04/2017.
- ECHTERHOFF, Gisele. O direito à privacidade dos dados genéticos. 2007. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas. 2010. 251 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

FELDHaus, Charles. O futuro da natureza humana de Jürgen Habermas: um comentário. *Ehtic@*, Florianópolis, v. 4, n. 3, 2005, pp. 309-319.

GATTACA, experiência genética. Direção de Andrew Niccol. Estados Unidos: Sony Pictures, 1997. DVD (106 minutos). Legendado. Português.

GATTACA. In. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Gattaca>. Acesso em 18/02/2017.

GUERRA, Andréa Trevas Maciel. Do holocausto nazista à nova eugenia no século XXI. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 58, n. 1, 2006.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Direito e discriminação genética. *Revista do direito privado da Universidade Estadual de Londrina, Paraná*, v. 1, n.2, 2008.

LAPA, Fernanda Brandão. Bioética e biodireito – um estudo sobre a manipulação do genoma humano. 2002. 204 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia, Sociologia e Teoria do Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

MACIEL, Maria Eunice. A Eugenia no Brasil. *Revista Anos 90: Revista de pós-graduação em história da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 7, n.11, 1999, p.121-130.

MEURER, Quétilin Nicole. A eugenia: um estudo a partir do contraponto entre a teoria bioconservador de Jürgen Habermas e a teoria liberal de Ronald Dworkin. 2015. 73 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2015.

MONDINI, Camila; CRETELLA, Julia; SANCHES, Leide da Conceição; GARBELINI, Maria Cecília Da Lozzo. Eugenia: a ovelha negra da ciência. In: III JOINTH - Bioética, família e cuidado, 2013, Curitiba. III Jornada Interdisciplinar de Pesquisa em Teologia e Humanidades, v.3, n.1, 2013.. Curitiba: Champanhath, 2013. v. 3. p. 156-169.

MONDRO, Nielson Ribeiro. O mundo jurídico no cinema. Blumenau: Nova Letra, 2009.

MORGATO, Melissa Cabrini. Bioética e Direito: Limites éticos e Jurídicos na manipulação do material genético humano. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NETO, Francisco Quintanilha Vêras, Direito Romano Clássico: Seus institutos jurídicos e seu legado. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.), Fundamentos de história do direito. Belo Horizonte: DEL Rey, 2006, p. 83-114.

OLIVEIRA, José Sebastião de; HAMMERSCHMIDT, Denise. Genoma humano: eugenia e discriminação genética. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 8, n. 1, p. 179-191, jan./jun. 2008.

ONU. Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-uso-do-progresso-cientifico-e-tecnologico-no-interesse-da-paz-e-em-beneficio-da-humanidade.html>. Acesso em: 10/04/2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:  
<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 10/04/2017.

PONTIN, Fabrício. Biopolítica, eugenia e ética: uma análise dos limites da intervenção genética em Jonas, Habermas, Foucault e Agamben. 2007. 104 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

RIBEIRO, Fernando Armando. Prefácio. In. NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. (Org.). Direito e cinema: por que devemos filmar narrativas? Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

SANTOS, Queila Rocha Carmona dos; BUCCI, Alexandre. Interface entre direito, filosofia e cinema. Uma análise jurídico-filosófica da ética em Kant sob a perspectiva do filme Concorrência Desleal de Ettore Scola. In. CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; POLI, Luciana Costa; e BOAS, Regina Vera Villas. (Org.). Direito, arte e literatura. Florianópolis: CONPEDI, 2015. (Congresso)

SOUZA, Sidney de Oliveira. Projeto genoma: a busca incansável pela eugenia. Estud. Biolog., v.27, n.59, 2005.

UNESCO. Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos. Disponível em:  
[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf). Acesso em 10/04/2017.

UNESCO. Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras Disponível em:  
<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001108/110827por.pdf>. Acesso em 10/04/2017.

UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em:  
<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 10/04/2017.

UNESCO. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Acesso em 10/04/2017.

## ABUSO DO DIREITO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Luis Fernando Nogueira  
Carla Roberta Ferreira Destro

### INTRODUÇÃO

O abuso do direito guarda intrínseca relação na jurisprudência. Segundo Orlando Gomes tratar-se-ia de um conceito “amortecedor” e sua “função precípua é aliviar os choques frequentes entre a lei e a realidade [...]”. Dessa forma trata-se de um instituto que rompe, por assim dizer, com a tradição jurídica bastante enfática no século XIX, ligada ao pensamento liberal da liberdade no exercício de uma posição jurídica. O abuso do direito não despreza essa liberdade, mas atua para além dela, em um contexto de adequação social em relação ao exercício dessas mesmas posições jurídicas.

Há que se ter um cuidado quanto a sua banalização ou mitificação. Percebe-se tanto no direito português e no brasileiro, o uso indiscriminado do abuso do direito como forma de concretização na boa-fé. O problema que se coloca é o de levar a boa-fé para fundamentar decisões judiciais como “sinônimo de equidade, de moralidade, ou como uma espécie de conceito-síntese de todo o ordenamento jurídico.” Com efeito é imperioso delinear contornos para se ter critérios minimamente objetivos que ajudem na aplicação da boa-fé. A abordagem levará em consideração os ordenamentos jurídicos brasileiros e lusitano. Diferentemente do que ocorre em Portugal, o Brasil ainda é muito incipiente na concretização do abuso do direito e, sobretudo, na correta aplicação da boa-fé objetiva em contexto do direito de família.

### 1. O EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS

O abuso do direito está relacionado com o exercício de uma posição jurídica, mas que nem sempre estará relacionado, por sua vez, a um direito subjetivo. É um ato jurídico de objeto lícito, mas seu exercício, porquanto levado a efeito sem a devida regularidade, transbordará em um resultado que se considera ilícito, por isso, dizer que se trata de um ato que é lícito em seu conteúdo e ilícito pelas consequências.

Inácio de Carvalho Neto explica que existem as teorias subjetivas e objetivas que servem de critério para a qualificação do abuso. Da perspectiva subjetiva, segundo sua opinião, haverá abuso do direito quando o seu titular exercitar seu direito mantendo dentro de si a intenção de prejudicar outrem, sem que seja necessário fazê-lo. O autor ensina que para esta teoria são três os elementos do abuso do direito: a) um direito em exercício conjugado à b) intenção de causar dano e à c) inexistência de interesse econômico. De outro lado, pela teoria objetivista, o abuso do direito é pura e

simplesmente a consequência do exercício anormal do direito, sem que para isso se indague a intenção do agente em praticar a conduta abusiva.

Nas teorias subjetivas (internas) a solução do abuso do direito encontra-se firmada no próprio conteúdo de cada direito subjetivo porquanto servem de limite ao exercício desse direito por parte de seu titular. O desrespeito a estes limites, intrínsecos ao direito subjetivo, teriam o condão de manifestar o abuso. Mas de outro lado, como visto em uma perspectiva objetivista, encontram-se as teorias externas do abuso do direito, consubstanciadas em prescrições inerentes ao exercício do direito por parte do sujeito, mas que estariam para além do espectro subjetivo do mesmo. Tais prescrições se inclinam à exigência de determinada conduta do sujeito como limitações comuns ao exercício dos direitos.

As teorias internas podem ser observadas da ótica das doutrinas emulativas e funcionais, como também, por intermédio das doutrinas interpretativas e de axiologismo formal. A intenção de prejudicar é o mote principal para a visão emulativa, que é, por sua vez, o conjunto de fatores que se diferem das exigências externas impostas através de normas jurídicas. Leciona Menezes Cordeiro: “A interioridade exprimiria de modo sugestivo uma essência: no abuso jogar-se-ia um fenómeno que, não sendo permitido, também não cairia na ilicitude comum, imposta do exterior, através de normas que apontariam os limites formais dos direitos.”

Firmado na doutrina jheringiana de direito subjetivo, enquanto interesse juridicamente protegido, Jusserand inaugurou a doutrina interna funcional, porquanto “entende que os direitos subjetivos são concedidos com uma determinada função”, isto é, em outras palavras: “a ideia de que todos os direitos tem uma finalidade social, pelo que o direito não pode ser legitimamente utilizado senão de acordo com essa finalidade”.

Tal finalidade pode encontrar guarida na satisfação de interesses “pessoais” do próprio sujeito, ou ainda, para a realização de um programa cujo o exercício visa a satisfação de interesses da sociedade. Em quaisquer das hipóteses a crítica é a de que o resultado que se obtém do desrespeito ao exercício do direito é a ilicitude do ato e não o abuso. O argumento se reforça exatamente porque o tal direito subjetivo estaria firmado em um princípio ou critério geral exigido pelo próprio sistema que de certa forma ofereceria ao direito subjetivo uma certa base ou justificação. É certo que nesse espaço para o livre exercício de um direito, também se deve cogitar a existência de limitações, para que a ordem jurídica não seja refém de si mesma.

O que se abstrai é que o exercício do direito deve ser feito com o devido respeito às regras mestras do ordenamento jurídico. Mas é possível surgir uma outra questão: qual é esse limite imposto verticalmente pela ordem jurídica? Saber qual o limite

implica em interpretação porque é preciso saber o que a regra mestra quer ou pretende em um desafio teleológico do exegeta.

O alerta é denunciado por Menezes Cordeiro quando explica que ao existir um direito subjetivo será preciso questionar até onde vai a permissão normativa que foi por ele mesmo pressuposta. Neste caso não se estaria diante de situações exclusivas de “direitos” mas também deveres. Ademais a interpretação pode mudar diante dos novos arranjos sociais, esboçando uma reação distinta em cada tempo correspondente.

Com maior ou menor ênfase, não se pode de todo descartar a necessidade de interpretação. Quando, por exemplo, se visualiza a boa-fé, pergunta-se: como essa se caracteriza hoje e qual seu alcance daqui anos ou décadas? Menezes Cordeiro leciona que as teorias internas são incapazes de atuar na prática, porque seu perfil teórico, em suas palavras, “recorta-se no neo-kantismo formal, alheio ao desenvolvimento material do sistema” , o que de certa forma permite concluir que a interpretação possui uma importante função no desenvolvimento e atualização contextual das regras e a sociedade.

As teorias externas, por sua vez, explicam o abuso do direito como resultado entre a violação do uso ou exercício do direito subjetivo face a limitação do respectivo exercício, seja porque determinado em norma específica que limite a prática de determinado direito, seja por causa da diferença entre lei e direito. Neste caso o abuso se dá em relação ao desrespeito ao direito, isto é, respeita a lei mas viola o direito. Neste ponto é que se introduz a temática do pensamento em torno da disfuncionalidade dos comportamentos, porquanto se reconhece a existência de limitação, mas esta relativa aos direitos subjetivos, ou seja, às posições jurídicas da esfera dos direitos do seu titular.

## **2. COMPORTAMENTOS DISFUNCIONAIS**

A existência de um direito inerente ao sujeito não lhe permite o exercício livre sem qualquer limitação. O surgimento do abuso do direito encerrou, por assim dizer, com a ideia forjada no âmago da tradição liberal, em que a liberdade ilimitada era exatamente a significação de um conjunto de direitos que, uma vez subsumidos ao caso concreto, ensejariam um livre exercício pelo seu titular.

A influência de um modelo constitucional de cunhagem social, capitaneados por movimentos do início do século XX, traduziram a percepção de um Direito voltado ao indivíduo (base liberal) e sua relação social. O exercício de um direito subjetivo não pode ser ilimitado, porquanto encontra na própria ideia de sistema sua limitação. O abuso do direito é, portanto, “uma via intermediária entre o permitido e o proibido.”

Vezes há em que o exercício de um direito conflita com o direito de outrem. Neste caso, distinguem-se abuso do direito e colisão de direito porque neste último caso

se pressupõe o exercício de dois direitos legítimos (no sentido de lícito) que recaem sobre objetos diferentes, enquanto que o exercício abusivo é aquele em que o sujeito, ao exercê-lo, ultrapassa certos limites exigidos pelo ordenamento.

Existirão hipóteses em que o exercício do direito será abusivo porque ultrapassa os limites impostos pelo sistema de forma a tornar inadmissível que a posição jurídica contrarie o sistema. Afinal, o direito, visto sob a perspectiva social, necessita cumprir uma função e, portanto, exercer um direito ilegítimo equivale contrariar o próprio sistema.

O abuso do direito encontra na boa-fé, nos bons costumes e no fim social ou econômico certos limites que são efetivas ao exercício de posições jurídicas. Menezes Cordeiro explica que por dedução, “retira-se que a boa fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e econômico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício.” Por essa ótica afirma-se que o sistema faz exigências para determinados comportamentos relevando assim a prática de certas condutas que uma vez contrárias às tais exigências serão, portanto, disfuncionais, logo abusivas.

Pondere-se a proposta de critério deduzida por Coutinho Abreu quando assim propugna: “Há abuso de direito quando um comportamento, apresentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem.”

Sobre o tema manifesta-se Menezes Cordeiro:

Um sistema jurídico postula um conjunto de normas e princípios de Direito, ordenado em função de um ou mais pontos de vista. Esse conjunto projecta um sistema de acções jurídicas - portanto de comportamentos que, por se colocarem como actuações juridicamente permitidas ou impostas, revelam para o sistema. O não-acatamento das imposições e o ultrapassar do âmbito posto às permissões contraria o sistema: há disfunção.

Haverá possíveis disfuncionalidades nas condutas quando contrariarem o sistema, porque estão desviadas dele; nele estão contidas as regras que exigem a função do exercício do direito. Quando ocorre o comportamento contrário à função é imprescindível buscar no Direito a reposição da integração perdida.

Esses comportamentos podem (como na maioria dos casos) advir de um exercício, contudo, não se pode descuidar que ele também pode estar atrelado ao não-agir (comportamentos omissivos) porque o sujeito do direito deixa de usufruir seu direito para prejudicar outrem. Isto praticamente obrigaria qualquer pessoa ao exercício de um direito, contudo, exercer ou não determinado direito subjetivo é prerrogativa do seu titular (liberdade de escolha). Mas se o sujeito deixa de exercer seu direito subjetivo com o

intuito de prejudicar outrem, a sua escolha se torna incompatível com as exigências do sistema, como por exemplo, rompendo a proteção da confiança ou da boa-fé.

### **3 O ABUSO DO DIREITO E SUA CONCRETIZAÇÃO NA BOA-FÉ**

A boa-fé é responsável por exprimir os valores fundamentais para o sistema, porque o exercício inadmissível ou disfuncional de uma posição jurídica implica o desrespeito à regra que consagre os parâmetros que irradiam por todo o ordenamento jurídico. Quando o sujeito pratica o abuso (seja ele subjetivo ou objetivo) desrespeita a boa-fé, por isso dizer que o sistema exige que o exercício dos direitos respeite a boa-fé. Esta surge, por assim dizer, como uma via que permite ao sistema, reproduzir, melhorar, corrigir e completar as suas soluções.

No entanto a determinação para a conduta pautada na boa-fé somente obterá uma verdadeira densificação quando tiver ao seu auxílio certos princípios de concretização e enquadramento de grupos ou institutos ligados à atuação abusiva tais como a) a tutela da confiança, b) a primazia da materialidade subjacente c) o venire, d) a suppressio, e) a surrectio, o f) tu quoque e g) o desequilíbrio no exercício. Tais não se esgotam em si mesmos, sendo possível cogitar outros e aceitar possíveis áreas de sobreposição de dois ou mais.

Tanto o modelo português quanto o brasileiro, adotaram a boa-fé enquanto princípio norteador. Equivale dizer que a boa-fé é princípio que, juntamente com outros que lhe são atrelados ou conexos, estabelece as coordenadas que visam a concretização do abuso do direito. Não se fala em boa-fé subjetiva traduzida em um dever ético firmado no querer ou na vontade, mas ao contrário, “a boa-fé objetiva é fonte autônoma e primária de deveres, atuando independentemente de qualquer manifestação de vontade.”

Para a construção do princípio da boa-fé é necessário que certos parâmetros venham a ser concretizados, a fim de que seu conteúdo seja melhor densificado. A densificação não ocorre diretamente da lei, mas da análise judicial.

Isto é, enquanto cláusula geral, a boa-fé deve ser compreendida como norma orientadora “que autoriza o juiz a adequar os valores por ela protegidos ao caso concreto, na busca da melhor solução para o conflito de interesse.”

As situações em que se pode cogitar o abuso ocorrem porque há ofensa ao sistema, que por sua vez, exige um comportamento pautado na boa-fé. Mas é a realidade dos fatos da vida que permitirão tal concretização, não sendo possível falar em preenchimento prévio do seu conteúdo, exatamente porque a sua amplitude é generalista em permitir nos casos concretos que a conduta abusiva possa ser

denunciada. Com efeito, esta mobilidade permite ao sistema adequar-se ao seu respectivo tempo, cultura, sociedade, costumes, história etc., porquanto o sistema fica de certa forma aberto.

É, portanto, intrínseca a relação entre abuso do direito e boa-fé, porquanto “em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança ditados pelo conteúdo desse fundamental princípio, independentemente de qualquer propósito de prejudicar. Por isso, [...] boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento.”

#### **4 PREVISÃO LEGAL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: ART. 187**

O Código Civil brasileiro (CCb), em uma visão sistematizada, dispõe no Livro III – Dos Fatos Jurídicos, no Título II – Dos Atos Ilícitos, o Artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Da redação e sistematização pode-se aferir que a reforma consumada em 2002, introduziu no direito brasileiro a figura do abuso do direito, bem como, a adoção da boa-fé enquanto conceito legal indeterminado ou cláusula geral.

Miguel Reale - no projeto do CCb de 2002 - explica que são três os princípios basilares que fundamentaram a revisitação de certos institutos. O primeiro deles é o da Socialidade traduzido no rompimento com o caráter egoístico e individualista do anterior Código Civil (de 1916). Afirma que nos séculos XX e XXI, muitas mudanças ocorreram e uma das conquistas obtidas foi exatamente a concepção em torno da socialidade para que fosse possível prevalecer os valores coletivos sobre os individuais sem que para tanto se perdesse outra importante conquista referente ao valor fundante da dignidade da pessoa humana. Com isso, da análise de uma concepção social, nasceu, por exemplo, uma nova dinâmica em torno de ramos do Direito, como o direito de família

Outro princípio que serviu de base para a construção desse atual código é o da Eticidade, em que foi possível enfatizar a ética e a boa-fé, superando-se o campo da intenção, observável na concepção de boa-fé subjetiva. Mas houve o ingresso no campo dos atos, das práticas de lealdade e confiança. Tal princípio implica o rompimento com a tradição civilista inserida no Direito brasileiro que se firmava em um excessivo rigorismo formal; é romper com a crença na plenitude hermética do Direito Positivo.

Por fim, Reale, ressalta a “adoção” do princípio da Operabilidade em que se busca facilitar o Direito Privado, mediante a efetividade: as cláusulas gerais como janelas abertas bem como, à imposição da boa-fé enquanto cumprimento de certos deveres

anexos, tais como a lealdade, confiança, etc. Com efeito, a intenção é permitir que o Direito seja mais facilmente realizado (“realizabilidade”).

Já se afirmou algures que o abuso do direito encontra limites na boa-fé, logo, o referido Art. 187 não deixa de ser uma porta aberta para ser visto como espécie de ato ilícito, mas ter-se-ia uma espécie de ato ilícito objetivo, face ao desrespeito de certos deveres anexos, sem a repercussão da intenção, elemento este crucial para a determinação da subjetividade da boa-fé. Isso se deve às funções que a boa-fé possui, isto é, a de interpretar, a de integrar a criação de deveres anexos ou acessórios à prestação principal e, por fim, a função controle ou restritiva do exercício abusivo de direitos. A boa-fé objetiva cumpre a função integrativa porque o que exerce uma posição jurídica em contrariedade à boa-fé, pratica um exercício abusivo. É esta a orientação acolhida segundo Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: a reponsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo finalístico.

De outro lado, o Art. 334 do (Código Civil português – CCp) é o dispositivo legal em que se consagra a instituição do Abuso do Direito e sua concretização na boa-fé. Assim preconiza: É legítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. O exercício ilegítimo não é termo empregado em sentido técnico, mas o legislador teve a pretensão de dizer “é ilícito” ou “não é permitido”. Porém tal exercício é realizado manifestamente, isto é, no mínimo de forma não oculta ou implícita, mas que de certa forma releva o apelo a uma realidade que necessitará ser densificada. Já os limites impostos pela boa-fé dizem respeito, assim como no Direito brasileiro, à boa-fé objetiva.

## **5 ABUSO DE DIREITO, CONCRETIZAÇÃO NA BOA-FÉ E O DIREITO DE FAMÍLIA**

A esta altura importa lançar luzes na relação existente entre a concretização do Abuso do Direito na boa-fé objetiva e o Direito de Família, para tratar das ideias em torno da integração do princípio da confiança, este umbilicalmente ligado à boa-fé, funcionando como espécie de substrato para a sua melhor compreensão e, conseqüentemente, melhor delinear sua concretização. Isto porque os deveres conexos ou acessórios repousam nesta relação existente entre o exercício inadmissível de uma posição jurídica e a formação da confiança ou da primazia da materialidade que lhe é subjacente. Quando se tem o rompimento dessa confiança ou dessa primazia material, o exercício de um direito (com ou sem intenção de fazê-lo) se revelará inadmissível diante da ordem jurídica.

Fernanda Gurgel é categórica ao afirmar que “em termos gerais, podemos dizer que a confiança é um dever jurídico de não serem realizados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas nas outras pessoas. Trata-se, pois, da efetivação material do princípio da boa-fé objetiva por meio de um paradigma de conduta pautado na preservação da confiança alheia”.

Tais considerações podem também ser relevadas no âmbito do Direito de família, porquanto a boa-fé, enquanto princípio geral, estabelece limites para o exercício que seja admissível dentro do sistema. Note-se que a confiança, no dizer Carneiro da Frada, constitui uma ponte entre as boas fés (objetiva ou subjetiva) eis que ela constitui a base de um comportamento que não se traduz em uma mera esperança. É o que acontece, por exemplo, no caso do venire contra factum proprium (que será melhor trabalhado abaixo), em que, a grosso modo, há a construção de um comportamento posteriormente contrariado, violando, por assim dizer, a observância da boa-fé. Logo, manifesta-se um comportamento que o sistema precisa repulsar, portanto, inadmissível que exista no ordenamento. Eis aí o abuso do direito.

Menezes Cordeiro sintetiza um modelo móvel de concretização da confiança, uma vez aproximada da boa-fé, isto é, deve existir no mínimo uma situação de confiança que é justificada mediante elementos razoáveis capazes de nutrir a adesão de uma pessoa, que investe nessa confiança permitindo-se imputar a responsabilidade pela criação desta confiança.

No âmbito do Direito de família verifica-se a possibilidade de ocorrência de exercícios inadmissíveis, isto é, abusivos, porque evocam o dever de cooperar e preservar uma relação de confiança alheia. É que o direito de família “é composto por um complexo de normas jurídicas reguladoras de relações intersubjetivas de ordem pessoal ou patrimonial, as quais possuem como origem o casamento, a união estável, a relação paterno-filial, o vínculo de parentesco e os institutos da tutela e da curatela”.

Extrai-se disso que o direito de família deve erradicar toda e qualquer conduta que, uma vez abusiva, não venha contribuir para a superação dos interesses individuais; mas, ao contrário, deve-se proteger a atitude leal que se consubstancia na colaboração que vise a saudável e harmoniosa convivência entre os membros que compõem as mais diversas relações familiares.

## **5.1 Para além das fronteiras negociais**

Logo acima afirmou-se (aqui dito em outras palavras) que o exercício inadmissível de posições jurídicas provocado por um comportamento disfuncional com as exigências do sistema, serve como ponte para ligar o abuso do direito à boa-fé. Isto

porque trata-se de valor ético-jurídico que impõe a toda a ordem jurídica um dever geral de conduta que ultrapassa a esfera negocial e atinge também as relações de família.

Neste passo, o conceito do abuso do direito construído a partir de conceitos legais indeterminados ou cláusulas gerais revelam um dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que não alcança apenas as relações negociais, mas também as relações no âmbito do direito de família e, estas, podem ser de cunho patrimonial ou ainda de conteúdo pessoal (existencial).

É que as relações familiares são solo fértil para esses tipos de ocorrências visto conter elementos essencialmente ligados ao afeto (que valoriza o ser humano e protege sua personalidade), bem como, às relações de trânsito puramente negocial (que enfatizam partilhas de bem, por exemplo). Por isso, o que se espera dos indivíduos de uma relação familiar é “um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no outro. É um verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as de conteúdo pessoal, existencial.”

Mais uma vez são precisas as palavras de Fernanda Gurgel quando sinaliza que é inegável que “a boa-fé objetiva nasceu e desenvolveu em um contexto exclusivamente negocial, concretizando-se, ao longo do tempo, como uma forma de interpretação e fonte de deveres anexos [...]”

Mas o âmbito de atuação transbordou para outras áreas como o direito de família, traduzindo-se, neste caso, na obediência aos deveres de colaboração, lealdade e cuidado. Tais deveres são anexos ao conteúdo axiológico da boa-fé e assim abrangem tanto uma perspectiva voltada à ideia negocial de cunhagem patrimonial, como ainda à visão pessoal (não patrimonial). Nesse sentido, escreve Anderson Schreiber que “agora, a boa-fé objetiva parece direcionar-se, por toda parte, à superação da sua última fronteira: as das relações existenciais.”

## **5.2 Grupos típicos que concretizam o abuso do direito no direito de família**

A boa-fé enquanto princípio aberto (cláusula geral) necessita identificar-se em critérios objetivos que auxiliem sua regular e correta aplicação. Nesse sentido é importante a criação de grupos típicos de condutas que uma vez caracterizadas evidenciarão a aplicação objetiva da boa-fé.

Chama-se atenção para crítica que antecipadamente aqui se deixa em relação ao direito brasileiro em que os tribunais até fundamentam muitas situações com base na ofensa à boa-fé, mas no momento de tornar densa a estrutura teórico-jurídica fica a desejar. Isto porque evocam, por exemplo, a conduta contraditória manifesta na

fórmula venire contra factum proprium, entretanto, se contentam em dizer que tal uma segunda conduta é apenas contrária à primeira, sem passar antes pela verificação do elemento crucial que motiva a contrariedade, isto é, a instauração de uma relação de confiança suficiente para fazer a outra pessoa acreditar que tal conduta se efetivaria.

É incontroverso que a boa-fé objetiva exerça um papel de válvula de escape para o sistema que vise a realização do Direito e, sobretudo, da Justiça. O que é controverso é a forma como vem se delineando nas decisões judiciais.

O primeiro desses “grupos típicos” é o venire contra factum proprium que significa “contradizer o seu próprio comportamento”, isto é, contradizer “o exercício de uma posição jurídica em contradição com uma conduta antes assumida ou proclamada pelo agente” desde que não tenha nenhum um fator de justificação. É que a ideia subjacente é a da confiança que implique continuidade e estabilidade. Dessa forma é possível constar na sua estrutura “duas condutas da mesma pessoa lícitas entre si e diferidas no tempo” em que “a primeira – o factum proprium – é contrariada pela segunda” sendo que o abuso se revela “na relação de oposição entre ambas”.

Já na fórmula tu quoque “a pessoa que viole uma norma jurídica não pode depois, sem abuso ou prevalecer-se da situação daí decorrente; ou exercer a posição violada pelo próprio; ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada.” Veja que no tu quoque se “fere a sensibilidade primária, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir exigir a outrem o seu acatamento.

Por fim, na supressio, “a posição do direito subjetivo – ou, mais latamente, a de qualquer situação jurídica – que, não tendo sido exercida, em determinadas circunstâncias e por um certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outro modo, e contrariar a boa-fé.”

### **5.3 Grupos típicos e perspectiva jurisprudencial**

Determinadas condutas que são exercidas de forma inadmissíveis, ora estarão ligadas ao conteúdo patrimonial do Direito de Família e em outro momento ao seu conteúdo pessoal ou existencial. A concretização do abuso do direito nos limites da boa-fé objetiva é vista como um princípio aberto que estabelece uma cláusula geral. No Direito de família as relações devem se pautar nos moldes da boa-fé. E mais, por ser um valor aberto, abre-se certa margem de atuação do magistrado na sua densificação.

Diante disso, não se pode descuidar da verificação do tema da perspectiva jurisprudencial especialmente aos casos relacionados ao Direito de família. Em um primeiro momento se verificarão os casos classificados (para todos os efeitos) como de conteúdo patrimonial para posteriormente tratar daqueles de conteúdo pessoal ou existencial. Isto porque, como se verá, no primeiro caso sua proximidade à esfera

negocial é maior quando em relação ao segundo tema, isto é, os de cunhagem pessoal ou existencial, talvez esses, mais propriamente relacionados ao Direito de família.

Quanto ao conteúdo patrimonial, como visto, estes caso se assemelham ao abuso de Direito em sua base negocial, isto é, muito embora estejamos no domínio do Direito de família, o pano de fundo será na realidade de conotação negocial. Para tanto, são exemplos:

a) efeito vinculante dos chamados ajustes de divisão de bens celebrados “por fora” no momento da dissolução da união conjugal;

b) hipóteses em que se discutem prestações patrimoniais inerentes a uma relação de família. Neste sentido este aspecto tem ampla aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Passemos a relacionar os casos e seus respectivos comentários, visando tornar o mais didático possível a leitura dos grupos típicos acima mencionados, nessa ordem: venire contra factum proprium, tu quoque, surrectio/supressio.

TJRS – Apelação Cível – n. 70057539827 (30-01-2014) – Em ação que nomina como “anulatória de doação”, o apelante buscar reverter a realização de ato jurídico pelo qual o imóvel urbano do patrimônio do então casal tocou à sua ex-mulher, usando como fundamento a alegação de nulidade por realização de doação inoficiosa. Houve, em verdade, em decorrência de homologação de acordo na ação de divórcio consensual a cessão à divorcianda da parte do varão, apelante, referente à meação do imóvel. Tratou-se de mero acertamento das questões patrimoniais pelo fim do casamento com disposição da parte do imóvel por ato de livre e escorreita deliberação de vontade. É deveras simplista a postura do recorrente ao almejar voltar atrás nos atos praticados com o ajuizamento desta ação, em evidente comportamento contraditório que mais denota seu arrependimento - situação que, aliás, enseja lembrar do princípio “venire contra factum proprium”.

Percebe-se a contradição da conduta do recorrente em querer rever acordo homologado em juízo em que abria mão da parte que lhe cabia diante da meação dos bens adquiridos na constância do casamento. E mais, fica bem claro o caráter negocial não se destacando qualquer ocorrência que fosse típica do direito de família. Verifica-se nesse caso a aplicação do venire como possibilidade de aplicação em qualquer outra questão para além do direito de família. A estrutura aqui também poderia cogitar a figura do tu quoque, este visto, em nosso ver, como decorrência ou especificação do venire, em especial porque se cogita a ofensa ao ato jurídico formado com a homologação do acordo. Neste caso a boa-fé contracena com a tutela da confiança, tendo em vista a imputação de uma espécie de ônus para aquele que nutriu esta convicção em outrem.

Isto é, o recorrente (ex-marido) após ter-se acordado, arrependeu-se e voltou atrás. Fere e frustra, em nosso ver, a boa-fé. Logo o ato é abusivo nos termos do art. 187.

TJMG – Apelação Cível – n. 1.0016.03.026488-7 (10-03-2005) – viola a boa-fé a filha que utiliza os estudos como artifício para manter a pensão alimentícia dada pelo seu pai. Neste caso esboçando o Tu quoque.

Rolf Madaleno noticia a relação entre o abuso do direito e a obrigação alimentícia, especialmente nos casos em que filhos maiores e capazes que possuam renda própria ou já tenham deixado de estudar, continuam a receber a pensão alimentícia protelando maliciosamente eventual ação visando à exoneração da respectiva obrigação. Ele explica que “por esta faceta sucede evidente abuso de parte do ex-cônjuge ou alimentando que continua recebendo alimentos quando já tem meios próprios de subsistência, recasou ou constituiu relação estável.” De outro lado cogita também abuso na situação inversa em que um alimentante busca obstruir a complementação dos estudos do seu dependente alimentar. Por fim, argumenta que o “alimentando maior e capaz, que segue recebendo alimentos pelo vínculo da mera obrigação alimentar, não obstante já tenha desaparecido as causas originárias do direito alimentar.”

Como visto acima, a fórmula tu quoque está relacionada à violação de uma norma jurídica porque posteriormente pretende prevalecer-se da situação que daí decorre, ou exerce a posição violada pelo próprio, ou exige que terceiro acate a situação já violada. No caso em tela, quando a filha se utiliza dos estudos com o intuito de fazer prolongar a prestação alimentícia, exerce um direito em completa disfunção ao seu espírito e, portanto, faz sucumbir a ideia exigida pelo sistema pois relacionada ao comportamento funcional das pessoas em suas relações. Imaginemos que o pai tenha acordado em seu divórcio o pagamento da pensão até que a filha completasse seus estudos. Então ela propositalmente posterga, “repete” os anos de estudo para que não perca a prestação alimentícia. O comportamento não pode ser aceito como de boa-fé.

TJRS – Agravo de Instrumento n. 70042234179 (18-08-2011) - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO. RITO ARTIGO 733. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL PELO COMPORTAMENTO CONTINUADO NO TEMPO. CRIAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO QUE CONTRARIA FRONTALMENTE A REGRA DA BOA-FÉ OBJETIVA. SUPRESSIO. Em atenção a boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 12 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa no devedor e na efetividade social de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no

devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da supressão. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, o filho deixou de exercer seu direito a alimentos, por mais de 12 anos, admitindo sua representante legal que a paternidade e auxílio econômico ao filho era exercido pelo seu novo esposo. Caso em que se mostra ilegal o decreto prisional com base naquele vetusto título alimentar.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de Agravo de Instrumento, julgou ação que visa estabelecer o pagamento dos. Não há prazo prescricional, mas a situação indica que durante 12 anos não se cobrou qualquer alimento. É óbvio que as situações e adversidades da vida, podem vir fazer alterar a questão da relação necessidade-possibilidade. Neste caso, percebe-se que aquilo que não era importante passou a sê-lo. Há, aparentemente, uma mudança nesta condição. Entretanto, não tendo sido exercida, em determinada circunstância e em um certo lapso temporal, suprime-se o direito.

Na esfera patrimonial, Priscila Fonseca, aponta a ocorrência de “manobras maliciosas tendentes a ludibriar o outro partícipe do negócio jurídico, induzindo-o a um estado de falsa noção da realidade contratual, denotam-se rotineiras, diante da iminência de separação judicial ou dissolução da união estável.” O cônjuge ou convivente passa a adotar determinados comportamentos que visam frustrar os direitos de partilha daquele consorte que não tem o poder de administração dos bens. Assim é a hipótese do cônjuge que pretendendo a separação/divórcio passa a efetuar a venda de bens antes de pedir a separação ou divórcio. Dessa forma o decurso de tempo é crucial no sentido de que o outro consorte ou convivente perceba a prática de atos.

Naquelas hipóteses que não estão diretamente ligadas ao espectro negocial, também é possível cogitar a ocorrência de prática abusiva, tal como na hipótese julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vejamos.

TJRS – Embargos Infringentes n. 70049383375 (10-08-2012) - DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. RECONVENÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONVINDO QUE CONTAMINOU A RECONVINTE COM O VÍRUS HIV SABENDO SER PORTADOR DA DOENÇA. O companheiro que sabe ser portador de doença sexualmente transmissível ainda incurável e causadora de diversas desordens no organismo infectado e, mesmo assim, pratica sexo sem prevenção, pratica ato ilícito. DANO MORAL. PEDIDO INDENIZATÓRIO. Ainda que praticada conduta ilícita com comprovação de dano moral e nexos de causalidade, aquele que pretende indenização não pode atuar de forma manifestamente contrária ao seu direito. No caso dos autos, a reconvinte continuou a união estável após a ciência inequívoca da conduta ilícita do

companheiro por mais 04 (quatro) anos. Assim, aplicam-se os Princípios da venire contra factum e da supressio à pretensão da embargante. DESACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES. Unânime.

Nesse caso, as consequências advindas do abuso do direito, aproximaram o tema ao ato ilícito que, por sua vez, levaram à responsabilidade civil por danos morais. Entretanto, o fato que distingue este caso é que aquele que descobriu que havia sido infectado, continuou a viver sob o mesmo teto, invocando (e bem, diga-se de passagem) a sobreposição de tanto de um comportamento contraditório, como o decurso do tempo fazendo nascer a impossibilidade do exercício do direito.

No direito brasileiro é comum referir-se à chamada “adoção à brasileira”. Para além das impropriedades desta terminologia, o fato é que ela é utilizada para designar a situação em que mesmo não sendo seu filho, determinado homem procede o registro. Assim a Berenice explica: “é proibido o uso da ação negatória de paternidade por parte do pai que registrou voluntariamente o filho sabendo não ser seu. Admitir a ação violaria a legítima confiança do filho. Tal comportamento afrontaria a boa-fé objetiva incidente sobre aquela relação familiar, ou um dever mais amplo de solidariedade no âmbito da família.”

Mas de outro lado, pode-se cogitar que se está em jogo o melhor interesse do menor, de tal modo que aplicar o venire contra factum proprium equivaleria a “transferir a uma relação existencial uma lógica originariamente negocial, em oposição a toda a elevada existencialidade que se vai reconhecendo às relações entre pais, biológicos ou não, e filhos.” Percebe-se claramente neste caso o uso indiscriminado da boa-fé objetiva sem que com isso reflita-se nos aspectos técnicos em torno do tema, porquanto, viabilizar tal hipótese equivaleria manifestar uma certa contradição do sistema, quando da conjugação de relações essencialmente existenciais e um caráter geneticamente negocial.

## **6 CONCLUSÃO**

Conclui-se que é possível a aplicação do abuso do direito nas relações de direito de família utilizando-se como via de atuação o princípio da boa-fé. Neste caso ultrapassando os limites da boa-fé subjetiva, mas rumando para a boa-fé objetiva. Como consequência, verificou-se a necessidade de dar maior concretude ao princípio da boa-fé mediante a adoção de critérios mais objetivos que auxiliem o magistrado no momento da decisão advinda da interpretação de uma situação abusiva. Existem casos, no direito de família, que possuem ligação estrita ao tráfico negocial e obrigacional e, portanto, passíveis de conterem a aplicação do abuso do direito por meio da boa-fé objetiva. Mas

não somente isso, verificou-se a possibilidade de ultrapassar os limites negociais e atuar também em situações de cunho existencial, conforme apontaram doutrina e jurisprudência. Mas ao mesmo tempo, verificou-se que a aplicação se limita, quando muito, a apenas indicar qual o grupo típico como critério de objetivação do abuso, como por exemplo, nos casos de venire contra factum proprium, em que as decisões jurisprudenciais fazem referência a esta fórmula, contudo, não adentram à questão, por exemplo, da tutela da confiança para delinear melhor os fundamentos jurídicos que levam decisão judicial. No Brasil, ainda pouco se explora esta visão mais dogmática, muitas vezes importantes para que o princípio da boa-fé não perca espaço para si mesmo, isto é, sua aplicação constante e sem critérios venha esvaziar o seu conceito, notadamente, nos casos de abuso de direito em sede de direito de família.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Abuso de Direito: ensaio de um critério em Direito Civil e nas deliberações sociais. Coimbra : Almedina, 1999.

ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo : IOB Thomson, 2006, pp. 481-505.

CARVALHO NETO, Inácio de. Abuso do direito. 5ª ed. Curitiba : Juruá, 2012.

CORDEIRO, António Menezes Cordeiro. Tratado de Direito Civil. Vol. V: parte geral, legitimidade, representação, prescrição, abuso do direito, colisão de direitos, tutela privada e provas. Coimbra : Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. Da boa-fé no Direito Civil. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coleção Teses. Coimbra : Almedina, 1984. Vol. I e II.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 8 ed. São Paulo : RT, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Variações do abuso do direito nas relações de família: o Venire contra factum proprium, a supressio/surrectio, O duty to mitigate the loss e a violação positiva do Contrato. In: Revista Jurídica da Faculdade Regional da Bahia (UNIRB): O Direito contemporâneo em debate. Dejar dos Anjos S. Junior (Coord.) Salvador : Bahia, 2010. (pp. 4-15).

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. As manobras dolosas e contrárias à boa-fé objetiva perfilhadas ao ensejo da partilha de bens. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister ; Belo Horizonte : IBD FAM, v. 7, (dez./jan. 2009), pp. 38-45.

FRADA, Manuel António de Castro Carneiro da. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra : Almedina, 2004.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva. Curitiba : Juruá, 2012.

JOSSERAND, Louis. De l'esprit des droits de leur relativité. 2.ed. Paris: Dalloz, 1939.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro : Forense, 2008, pp. 729-732.

REALE, Miguel. Comentário ao Código de Direito Civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>. Com acesso em 17/09/2014 às 17:47.

SEQUEIRA, Elsa Vaz de. Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2004.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo : IOB Thomson, 2006, pp. 125-143.

TARTUCE, Flávio. Direito de família. 7 ed. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo : Método, 2012, V. 5, pp. 242-246.

\_\_\_\_\_. O Princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2> Último acesso em 17/09/2014 às 20:50

USTÁRROZ, Daniel. Direito dos contratos: temas atuais. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

# **INCLUSÃO DA DISCIPLINA DE DIREITO CONSTITUCIONAL NA EDUCAÇÃO BÁSICA COMO MECANISMO DA PLENA CONSCIÊNCIA DA PRÁTICA DA CIDADANIA**

Jacqueline Martins da SILVA  
Renato Tinti HERBELLA

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo refletir e justificar acerca da necessidade da inclusão de uma disciplina que aborde o conteúdo da Constituição Federal e sua história no ensino básico. Através de uma análise da história da educação, é possível perceber como foi um importante instrumento para manutenção e transformação da sociedade. Ao longo dos anos, de acordo com o contexto da época, a educação foi se modificando e sua democratização foi um grande avanço, abrindo para possibilidade de adquirir novas responsabilidades. Uma das mais importantes propostas da educação básica hoje é o desenvolvimento social pleno do indivíduo para prepará-lo para vida em sociedade, ou seja, torná-lo um cidadão consciente de suas responsabilidades em um Estado Democrático de Direito. A proposta citada, vem para que a essa função social da educação possa ser executada de forma efetiva e eficaz.

**Palavras-chave:** Educação. Cidadania. Ensino Constitucional. Constituição.

## **1 INTRODUÇÃO**

A Constituição de 1988, traz em seu texto, que a educação é um direito fundamental do ser humano, dentro do rol dos Direitos Sociais. Por consequência, a educação é de extrema importância para o desenvolvimento e vida em sociedade, não só do ser humano, como para o desenvolvimento social, cultural e econômico de um Estado. Através da educação, é possível que haja cidadãos mais conscientes do seu papel em uma sociedade e críticos aos fenômenos que ocorrem em decorrência das relações existentes. Uma tentativa válida para concretização dessa função da educação, seria, que aqui expondo o objetivo deste artigo, a inclusão do ensino constitucional na grade curricular do ensino básico, objetivando contribuir para a formação de um jovem mais participativo e preparado para o exercício da cidadania em prol da democracia.

## **2 EDUCAÇÃO E O ESTADO NO BRASIL**

Dentre as diversas atividades praticadas pela humanidade, a educação talvez seja a mais tipicamente humana, por isso, antes de adentrar ao assunto proposto por este artigo, é importante a exposição prévia do que é educação e como foi concebida no Brasil.

Ainda bebês, o ser humano dá vestígios que está apto ao aprendizado, processo esse se que inicia pedagogicamente e perdura ao longo de sua vida. Dessa maneira, a nossa “educação” ocorre a todo momento.

Essa educação, que podemos dizer informal, primeiramente ocorre através de nossos pais e pessoas mais próximas, logo depois, somos influenciados pelos meios de comunicação, como a internet, televisão, rádio etc. Assim, segundo Humberto Maturana, e educação não é um processo individual e isolado, mas algo de aspecto social e natural.

O educar se constitui no processo em que a criança ou o adulto convive com o outro e, ao conviver com o outro, se transforma espontaneamente, de maneira que seu modo de viver se faz progressivamente mais congruente com o do outro no espaço de convivência.

O educar ocorre, portanto, todo o tempo e de maneira recíproca. Ocorre como uma transformação estrutural contingente com uma história no conviver, e o resultado disso é que as pessoas aprendem a viver de uma maneira que se configura de acordo com o conviver da comunidade em que vivem. A educação como “sistema educacional” configura um mundo, e os educandos confirmam em seu viver o mundo que viveram em sua educação. (MATURAMA, 2016)

Antigamente, a educação limitava-se ao simples exercício das atividades diárias, seria o que chamamos de “aprender fazendo”. Assim, é o que se sabe que ocorria entre os índios aqui no Brasil. O conhecimento era transferido pelos mais velhos para os mais novos no dia-a-dia na tribo, ensinamentos estes que iam desde de convívio social às práticas individuais. Como dito anteriormente, as características do ensino em tempos mais remotos da história, assemelha-se com a educação informal, que ainda é presente e fundamental na sociedade. A educação formal, ainda não sistematizada e evoluída como hoje, surgiu com a chegada dos portugueses no Brasil. Hoje, a educação formal, difere-se da informal, justamente pela sua sistematização e o âmbito em que ocorre. Utilizando-se de um método pedagógico, a educação formal, é dada em instituições escolares.

## **2.2 A História da Educação no Brasil**

Em 1549, com vinda dos padres jesuítas, inicia-se a história da educação do Brasil. Uma educação que não podemos dizer genuinamente brasileira, pois devido ao contexto em que o Brasil se encontrava ainda era colônia de Portugal, portanto sua cultura era predominantemente portuguesa, mesmo havendo especificidades distintas da educação dada em Portugal. Por mais de duzentos anos, os jesuítas, embora tivessem instituído diversas escolas básicas, para ensinar os índios a ler, escrever, contar, fundaram também, como prioridade, escolas que ofereciam modalidades de ensino análogo ao nível superior. Este movimento influenciou fortemente na cultura e civilização do país, uma vez que, o que movia os padres jesuítas da Companhia de Jesus, era a

missão de propagar a fé cristã, ou seja, totalmente coberto por um sentimento religioso de evangelizar.

Tamanha foi a contribuição dos jesuítas na educação, que a atuação não foi exclusiva no Brasil. Colégios na Ásia, Europa e em mais países da América eram dirigidos por eles. Diante disso, surgiu a necessidade regulamentar e unificar a ação pedagógica da Companhia de Jesus, constituíram o Ratio Studiorum, documento contendo mais de 400 regras e que foi promulgado em 1599. Este documento veio a estreitar ainda mais a relação entre educação e religião tão fortemente fundamentada pela ordem.

Neste período colonial, é possível perceber a influência da Companhia de Jesus na educação dos índios e negros escravos no Brasil, bem como, no auxílio aos portugueses na colonização do Brasil (AZEVEDO, 1963, p. 538).

Todavia em 1759, essa responsabilidade dos jesuítas sobre a educação, foi retirada por Marquês de Pombal e atribuída ao Estado. Diversos países passavam por diversas mudanças irradiadas pelo conjunto de ideias que iam contra o Antigo Regime dos Iluministas, que pregavam os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. Fundamentados nesses princípios, acreditam que o mundo deveria ser transformado, e a ferramenta para essa transformação seria a educação.

As reformas pombalinas marcaram a história da educação com a expulsão dos jesuítas, inclusive no Brasil, e especialmente a criação de aulas de comércio na Universidade de Coimbra, criação do Colégio dos Nobres em Portugal e de aulas Régias no Brasil, que compreendiam o estudo da humanidade. (COSTA; MENEZES, 2009, p. 42). Entretanto, ainda existe paralelamente a persistência da pedagogia religiosa a pedagogia laica.

Em 1822, com a Independência do Brasil, mudanças na política educacional começaram a acontecer, devido ao cenário sócio-político e econômico do país sofrer alterações. Uma época que vinha sendo marcada pelo avanço das indústrias, a nova estrutura de trabalho sem escravos, Revoluções e a primeira Guerra Mundial. Anteriormente, a Constituição de 1824, pela primeira vez, trazia em seu texto que a instrução primária seria gratuita a todos os cidadãos.

Até 1932, várias reformas foram propostas, porém havia sempre a resistência da elite e da Igreja Católica tentando impedir.

No mesmo ano, surge o Manifesto dos Pioneiros da Educação, liderado pela primeira grande geração de educadores, como Fernando de Azevedo e Almeida Júnior, entre outros. Documento histórico que propôs uma reforma na estrutura educacional no Brasil, regulamentando-a desde o primário ao ensino superior e marcou a emergência e

desenvolvimento da pedagogia nova como tentativa de superação dos limites da pedagogia tradicional.

Para Anísio Teixeira (2000), grande educador que defendeu a democratização do ensino brasileiro, o homem deveria ser preparado pela escola para acompanhar as mudanças que a sociedade sofria. Machado completa:

Nela os indivíduos seriam preparados para a vida; assimilariam conteúdos de forma sistematizada, com o objetivo de compreender as relações políticas, sociais e econômicas.

Assim, a escola visava a formar o homem bondoso, gentil e tolerante, de acordo com os princípios liberais. Esse homem deveria buscar riqueza, harmonia e liberdade, dentro do ambiente de transformação e progresso iniciado com a industrialização, uma vez que o modelo social a ser mantido era o modelo burguês (MACHADO, 2009, p. 109)

Com a promulgação da Constituição de 1934, a educação havia sofrido avanços significativos, trazendo para si ações que haviam sido debatidas ao longo dos anos. Entretanto, com a instauração do Estado Novo, em 1937, foi outorgada uma constituição autoritária, gerando um grande retrocesso. A nova Constituição deu um enfoque ao ensino pré-vocacional, ou seja, diz-se do ensino, principalmente de trabalhos manuais, ministrado antes do acesso às escolas profissionais, visando a descobrir uma tendência vocacional e ao ensino profissional. Isso devido ao interesse e necessidade de mão-de-obra para o mercado. Nas escolas a presença de professores do sexo masculino com formação em outras áreas, como Direito e filosofia era maior. Havia também, a separação de gêneros para os alunos após o primário, organizando-os em classes separadas. As regras escolares eram rígidas, com vigilância grande e pena de expulsão para caso não muito graves. Os ideias e mudanças advindas do Manifesto dos Pioneiros da Educação sofreram uma inflexão.

Com o fim do Estado Novo, em 1945, o país ganha uma nova Constituição, os ideais foram retomados e incorporadas no Projeto de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), proposto em 1948 e somente aprovado em 1961. Somente a União legislaria sobre as bases da Educação. Como até 1960, a política foi marcada pelo populismo, os movimentos realizados foram em prol da educação popular, uma vez que, os privilégios de algumas classes, impediam que a maioria gozar de certos direitos, como a educação. Foram iniciativas muito importantes para a educação, que foram propostas por Paulo Freire. Para Freire, a escola organiza politicamente as classes populares e funcionada, ainda, como um centro irradiador de cultura inserido à sociedade. Desta maneira, a escola deve assumir como função, a inserção do aluno nos movimentos sociais, organizações públicas e de instituições públicas, concomitante a

função de promover e organizar as atividades educativas e culturais em parceria com a comunidade (FREIRE 2000).

Em 1964, as iniciativas em prol da educação, como as de Paulo Freire, foram interrompidas com o Golpe Militar e o Brasil passa a viver momentos de repressão. Com o Estado autoritário, e educação sofre mudanças e assume um papel político direcionado à modernização e ao desenvolvimento econômico do país. Uma atitude tipicamente capitalista para atender às necessidades advindas da crescente industrialização. Assim, Veiga no texto abaixo esclarece o modelo político daquela época:

O modelo político econômico tinha como característica fundamental um projeto desenvolvimentista que busca acelerar o crescimento socioeconômico do país. A educação desempenhava importante papel na preparação adequada de recursos humanos necessários à incrementação do crescimento econômico e tecnológico da sociedade de acordo com a concepção economicista de educação (VEIGA, 1989, p.34)

Por este modelo de governo, a educação foi a ferramenta novamente para a formação da mão-de-obra especializada para o mercado em expansão. O aluno tornou-se o alvo principal do governo para sustentar essa demanda da economia. (GHIRALDELLI, 2000).

Na década de 1980, é retirada das escolas a obrigatoriedade da profissionalização e repensando a possibilidade de retornar a disciplina de Filosofia.

Com a redemocratização do Estado e a Constituição de 1988, a educação sofre mudanças com a universalização do ensino fundamental e a proposta de erradicação do analfabetismo, entretanto, ainda carrega traços do modelo da pedagogia produtivista do cenário anterior.

### **2.2.3 Função da Educação**

A maneira pela qual a educação foi exercida foi se modificando ao longo dos anos de acordo com o contexto de cada época. Fica muito claro que a educação é ponte que une a sociedade e Estado. O desenvolvimento das sociedades resulta em uma exigência específica da educação, para atender diversos interesses. Portanto, a educação é um processo que está em permanente transformação e jamais será algo findo.

Quer seja crianças, jovens ou adultos, a finalidade do aprender é de acordo com uma necessidade imposta ou uma manifestação da própria vontade para os mais diversos objetivos, como, sanar uma curiosidade, pela descoberta ou para praticidade no dia-a-dia.

Para o chegarmos no estágio da educação fornecida nas escolas, ela passa por vários processos individuais em que sua função pode ser diversa da educação formal, entretanto, Kuroski, define como sendo a função da educação nas escolas:

Proporcionar educação formal, assim como um processo de caráter intencional e sistemático em busca do desenvolvimento intelectual, físico, emocional, social, moral do indivíduo, ou seja, preparar para a vida. (KUROSKI, 2008, p.23).

Kuroski, ao finalizar com o "preparar para a vida", percebemos a grande importância da função social da educação, tanto para o indivíduo, quanto para o Estado. Essa ideia ainda, é reforçada pelo sociólogo francês criador da sociologia da educação, Émile Durkheim, que contribuiu com suas ideias acerca da função social da escola.

A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver na criança certo número de estados físicos, intelectuais e morais reclamados pela sociedade política no seu conjunto e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destina." (Durkheim, 1952, p.41)

Ainda para Durkheim, o ideal da educação será determinado pela sociedade e cada meio social particular. Portanto, ele não acreditava que pudesse existir um modelo ideal de educação para todos, mas sim em diferentes modelos de educação e cada uma com sua particularidade para atender as necessidades de sua respectiva sociedade.

Para tanto, é importante um modelo de educação mais estratégico e mais comprometido com os verdadeiros interesses da sociedade, ou seja, ela deve promover a valorização da escola e do conhecimento passado por ela, um compromisso com a aprendizagem, abordando o respeito às diferenças de cada um. Fazer também que o indivíduo saiba com clareza reconhecer seus direitos, condições à justiça e liberdade e principalmente seu papel como cidadão.

### **3 EDUCAÇÃO E CIDADANIA**

Cidadania é a qualidade ou condição do cidadão. Juridicamente falando, é a condição em que uma pessoa se torna membro de um Estado e plenamente no gozo de direitos que lhe permitem participar da vida política. SIQUEIRA JÚNIOR, em seu entendimento, diz que o termo cidadania advém do latim civitate, que significa cidade ou aquele que tem ligação com a cidade.

A Constituição Federal de 1988 fortaleceu a ideia de cidadania e trouxe a ela o novo significado, de que os cidadãos são sujeitos sociais ativos que colaboram para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

O exercício da cidadania, no processo democrático, é extremamente importante para elaboração e aplicação de políticas públicas no país.

### **3.1. Como a Educação Contribui para o Exercício da Cidadania**

A cidadania está ligada à educação, pois ao longo da vida escolar e acadêmica do indivíduo é que são apresentados o valor e a importância da sua contribuição no desenvolvimento de seu país e de que são portadores de direitos e deveres. Desta forma, a educação deve despertar no aluno o desejo em participar, como cidadão, das transformações sociais, e ainda, fará o papel de um alicerce no crescimento de suas práticas.

Desta maneira trabalha-se para despertar no aluno este anseio em se tornar um ser partícipe das transformações sociais. A educação torna-se o pilar para o desenvolvimento e crescimento do sujeito como cidadão, assim:

A educação para a cidadania e os programas educacionais voltados para esse fim pressupõem a crença na tolerância, a marca do bom senso, da razão e da civilidade que faz com que os homens possam se relacionar entre si. (SANTOS, 2001, p. 151).

A cidadania é citada no texto constitucional no art. 1º, inciso II, como sendo um princípio fundamental assegurado por ela. Desta maneira, é assegurado ao cidadão exercer seus direitos civis, políticos e sociais no nosso país, que segundo Siqueira Junior, o sociólogo Thomas Humprey Marshall, descreveu conforme segue:

(a) civil, composto das garantias e liberdades individuais; (b) político, capacidade de organizar partidos, votar e ser votado; (c) social, que são as condições mínimas necessárias para a vida digna, tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, da herança social (Siqueira Junior, 2007, p. 243).

Assim sendo, é evidente a importância da cidadania desde a democracia até à dignidade da pessoa humana. E a relevância de ser abordada à luz da Constituição, como sendo um direito fundamental inerente ao homem e enraizada através da educação desde os primeiros anos do ensino.

## **4 INSERÇÃO DA DISCIPLINA DE DIREITO CONSTITUCIONAL NA EDUCAÇÃO BÁSICA**

Encontramos em doutrinas conceitos diferentes para a Constituição, sendo eles o conceito jurídico, político e sociológico.

Quanto ao sentido jurídico, podemos citar o conceito dado por Hans Kelsen, que é o mais abordado nas academias de Direito, que diz que a Constituição é caracterizada como sendo um conjunto de normas positivas que regem a produção do direito em um Estado. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a este tema discorre:

O conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação (Ferreira Filho, 2012, p.157)

Para o sentido político, podemos citar o de Carl Schmitt, que diz que a Constituição é produto da vontade política de um povo, que estes mesmos decidem a forma e modo de política fundamental.

A Constituição em sentido positivo surge mediante um ato do poder constituinte. (...). Este ato constitui a forma e modo da unidade política, cuja existência é anterior. Não é, pois, que a unidade política surja porque se haja 'dado uma Constituição'. A Constituição em sentido positivo contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política. (SCHMITT, 1932, p. 24). "A essência da Constituição não está contida numa lei ou numa norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, quer dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica". (SCHMITT, 1932, p.27).

Por fim, no sentido sociológico, Lassale conceitua a constituição como sendo a soma dos fatores reais do poder, assim:

Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá a expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado. (LASSALE, 2002, p. 48).

Lassale, não nega a existência de uma constituição escrita, que vem completar os fatores reais que cita em sua teoria, porém, está escrita, só terá validade se pactuar-se à Constituição real.

Diante a difícil tarefa de conceituar a Constituição, eles são dados em diversos sentidos para não correr o risco de limitá-la. Entretanto, este risco não corre quanto a sua importância para o Estado, importância essa que não é fundamentalmente questionada por ser a lei maior que o organiza e o estrutura, e não só isso, mas que traz em seu texto princípios que regem o país e os Direitos e Garantias fundamentais.

Diante da importância do conteúdo e aplicabilidade da Constituição e o papel da educação na construção de um ser humano consciente de suas obrigações e também

garantias como cidadão, fica claro, que o conhecimento o ensino constitucional deve ser aplicado ainda na educação básica, e não limitado aos cursos de Direito.

A inserção da disciplina de direito constitucional como obrigatória na grade curricular do ensino médio, irá abordar noções básicas do que é uma constituição, sua importância para um Estado, sua origem, evolução e principalmente seu conteúdo. O aluno, antes iniciar sua vida civil, estará preparado quanto aos seus direitos e deveres e entender sua função como um elemento ativo da sociedade.

No ensino médio, o jovem teria o contato mais profundo com a disciplina, em relação ao que seria abordado ao longo do ensino fundamental, para melhor contextualiza-lo.

Há quem defenda a ideia de um aluno do ensino médio é jovem demais para o contato com o texto constitucional, entretanto, o objetivo da disciplina de direito constitucional não para se limitar ao texto da lei, e sim a compreensão de sua essência. Seria correto um aluno ser convidado a votar a partir dos 16 anos sem entender o porquê dessa ação e o funcionamento do Estado? Estudar os movimentos sociais que ocorreram durante a história, como a Revolução Francesa e a Revolução Americana, sem entender o um dos resultados, foi a elaboração ou melhoria de um documento que garantia, além da liberdade, outros direitos a uma nação?

É inadmissível no mundo em vivemos, o jovem sair da educação básica, na grande maioria dos casos, sem o conhecimento da lei maior de um Estado e sem entender o porquê e como as leis são elaboradas. Obviamente, que não é defendido neste artigo, um conhecimento da Constituição equiparado ao oferecido nas academias de Direito, e sim conhecimento e noções básicas do texto constitucional.

De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a função da educação, como citado já neste artigo, é preparar o aluno para o exercício da cidadania, conforme:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (LDB, Lei nº 9394, 1996).

Mas, muito mais do que somente orientação quanto aos seus deveres como uma pessoa civil, a educação deve contribuir para a formação de um cidadão crítico, no entanto, o que vemos ocorrendo, é uma prática tipicamente capitalista, enfatizando a preparação para o trabalho, como o próprio art 2º da LDB traz, ou seja, preparar a mão de obra para construção de riquezas e fazer girar a economia.

Diversos autores são a favor dessa ideia, bem como, vários artigos foram elaborados acerca desse tema. Há também, um Projeto de Lei nº 6954 e 2013, de autoria

do Senador Romário (PSB/RJ), quando ainda era deputado, que propõe alteração da redação dos arts. 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para inserir novas disciplinas obrigatórias nos currículos dos ensinos fundamental e médio, que seria a disciplina de Constitucional.

Em outubro de 2016, o Senado aprovou o projeto substitutivo PLS70/2015, que foi acrescentado além do estudo da constituição, o estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente. O projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados para ser votado pela Comissão de Constituição e Justiça e, se aprovado, virará lei sob a justificativa abaixo:

O objetivo deste projeto de lei é expandir a noção cívica dos nossos estudantes, ensinando-lhes sobre seus direitos constitucionais, como cidadão e futuro eleitor, e, em contrapartida, aprenderem sobre seus deveres. Ao completar 16 (dezesesseis) anos o jovem brasileiro tem a faculdade de tirar seu título de eleitor e exercer seu direito de cidadão, que é escolher seu representante político através do voto, iniciando sua participação ativa nos assuntos da sociedade. Esses jovens estudantes já têm uma base educacional sólida ao cursar o ensino médio para compreender a importância de ser um cidadão consciente e as consequências geradas à gestão pública ao escolher um candidato despreparado ou ficha suja. Especialmente após as manifestações de junho deste ano, tornou-se necessária maior atenção aos nossos jovens, quase adultos, que nos remetem à lembrança dos caras pintadas de outrora. (ROMARIO, 2015)

Por fim, o jovem que não tem o conhecimento e compreensão da carta maior de um Estado desde os primeiros anos da sua vida escolar até o início da sua vida cívica, dificilmente conseguirá atingir seus objetivos e finalidades dentro da sociedade.

## 5 CONCLUSÃO

Para finalizar, como demonstrado no presente artigo, uma das funções mais essenciais da educação é contribuir para formação de jovens reflexivos, críticos e preparados para atuar como um cidadão dentro da sociedade. Somente através da educação é que transformamos uma nação, para que possamos conviver com menos discriminações e mais respeito, justiça e igualdade.

Uma forma efetiva e viável para se chegar a esses resultados é o proposto por este artigo, o conhecimento da Constituição pelos jovens ainda no ensino básico de maneira reflexiva, introdutória e dinâmica, acompanhado de uma boa orientação pedagógica.

Levar a conhecimento os direitos e garantias fundamentais ao jovem, é apresentá-lo desde cedo à diversas coisas que lhe são garantidas e que não são

requeridas pela falta de conhecimento. Quanto mais jovem tomar conhecimento dessas informações, mais cedo poderá aproveitar oportunidades que por muitos são despercebidas e não aproveitadas. Outros assuntos também muito importantes, são os conhecimentos sobre a Administração Pública, a tripartição de poderes, como se cria e promulga leis, entre outros. Que sentido faz obedecer uma lei soberana sem ao menos conhecer como e no que foi fundamentada?

A reforma do ensino é urgente e necessária, se clamamos por pessoas éticas, críticas e ativas na democracia e objetivamos uma sociedade justa e igualitária, justifica o investimento para uma educação transformadora.

Desse modo, a inclusão de uma disciplina que trate conhecimentos constitucionais se torna importante para a sociedade, pois trata-se de uma condição sine qua non para que o jovem exerça a cidadania plena.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. História da Educação. Moderna, São Paulo, 1996.  
AZEVEDO, F. A cultura brasileira: introdução ao estudo da cultura no Brasil. 4. ed. Brasília, DF: Editora da Universidade de Brasília, 1963. (Biblioteca básica brasileira; n. 4).

CAMARGO, Marilene Meira de. A função social da escola no mundo globalizado: uma análise do discurso a realidade. Guairacá (PR): 2011.

DURKHEIM, Émile. Definição de educação. In : ----- . Educação e sociologia. 3. ed. Tradução de Lourenço Filho. São Paulo: Melhoramentos, 1952

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional. 38ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FREIRE, P. A Educação na Cidade, 4. Ed. São Paulo: Cortez, 2000.

GHIRALDELLI, Paulo. História da Educação. São Paulo: Cortes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MACHADO, Maria Cristina Gomes. Rui Barbosa: pensamento e ação: uma análise do projeto modernizador para a sociedade brasileira com base na questão educacional. Campinas, SP: Autores Associados; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2002.

MATURANA, Humberto. O que é educar? Rede de Direitos Humanos e Cultura. Disponível em:  
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas/maturana/oqueeducar.html>  
> Acesso em 15 abr. 2016

ROSSI, Edneia Regina; RODRIGUES, Elaine; NEVES, Fátima Maria, organizadoras. Fundamentos Históricos da Educação no Brasil. 2ed. rev. e ampl. Maringá: Eduem, 2009

SAVIANI, Dermeval. Histórias das Ideias Pedagógicas no Brasil. Campinas, SP: Autores Associados. 2ed. rev. e ampl, 2008

SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. Direitos humanos e cidadania. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 286 p.

SOUZA, Romário Faria. Projeto de Romário sugere que jovens estudem Constituição nas escolas. 12 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.romario.org/news/all/projeto-de-romario-sugere-que-jovens-estudem-constituicao-na-escola/>> Acesso em: 15 abr. 2016

VEIGA, Ilma Passos (coord.). Repensando a Didática. Campinas: Papirus, 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](mailto:nepe@unitoledo.br) ou pelo telefone (18) 3901-4004.