

REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

Número 6

Janeiro/Dezembro 2012

A Constituição Federal de 1988 constitui-se centro de irradiação do sistema como fonte fundamental do próprio Direito nacional e legou ao Ministério Público como instituição amplas e maiores atribuições, favorecendo àquele Promotor Público como atuação isolada em sua Comarca, e, hoje, terá que enfileirar-se em busca de políticas públicas de uma forma geral e de forma especial, somente terá sucesso nas novas empreitadas com capacitação pessoal ao lado de formação de uma equipe capaz de lhe auxiliar nas suas novas e grandiosas tarefas.

Logo, a função ministerial ultrapassa perspectivas que antes não se poderia imaginar. Hoje, realmente os Centros de Apoios e Aperfeiçoamento Funcional terão que estar junto com os Colegas da área de Execução em todos os planos, para municiar com as novas atuações do Ministério Público em todo o Brasil, e com o intercâmbio salutar instalado pelo Colégio de Diretores de Escolas do Ministério Público do Brasil - CDEMP - ampliará a possibilidade de estarmos atualizado em pouco espaço de tempo.

Essa Revista prioriza o debate de todos temas atuais e serão objeto de estudo de toda a nossa classe, favorecendo o aprofundamento no ramo de direito que seus artigos se apresentem.

O CEAf - continuará convidando os estudiosos do Ministério Público a colaborar com a cultura jurídica do nosso Estado, Procuradores e Promotores, bem como Membros da Magistratura, advogados a contribuir com cada número com um artigo oferecendo o melhor para nossos leitores.

José Raimundo de Lima
Diretor do CEAf
Presidente do Conselho Editorial



ESTADO DA PARAÍBA
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

Revista Jurídica do Ministério Público

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

NELSON ANTÔNIO CAVALCANTE LEMOS
1º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

KÁTIA REJANE DE MEDEIROS LIRA LUCENA
2º SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

ALCIDES ORLANDO DE MOURA JANSEN
CORREGEDOR-GERAL

FRANCISCO LIANZA NETO
SECRETÁRIO-GERAL

JOSÉ RAIMUNDO LIMA
DIRETOR DO CEAF

CRISTIANA F. M. CABRAL DE VASCONCELLOS
COORDENADORA DO CEAF

REVISÃO:
PROF. FRANCELINO SOARES DE SOUZA

CAPA:
RICARDO ARAÚJO

FOTOS:
CÁCIO MURILO
NIGÉRIA PEREIRA

IMPRESSÃO:
IMPRIMA SOLUÇÕES GRÁFICAS LTDA.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF
Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro
CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917
E-mail: ceaf@mp.pb.gov.br / ceaf.secretaria@mp.pb.gov.br

Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado da Paraíba
A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Catalogação na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público
Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João
Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 4, n.6. (jan./dez.2012-).
Anual

Revista com interrupção do período de jul. 2008 a dez. 2009.
Passando a ser publicação anual a partir da Revista n.4.

1. Direito - periódicos I. Ministério Público do Estado
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II. Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAF.

CDU 34 (05)
ISSN 1980-9662

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

CONSELHO EDITORIAL

José Raimundo de Lima

PRESIDENTE

Cristiana F. M. Cabral de Vasconcellos

SECRETÁRIA

Doriel Veloso Gouveia

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Marilene de Lima Campos de Carvalho

PROCURADORA DE JUSTIÇA

Amadeus Lopes Ferreira

PROMOTOR DE JUSTIÇA

Francisco Glauberto Bezerra

PROMOTOR DE JUSTIÇA

Maria Áurea Baroni Cecato

PROFESSORA

Rômulo Rhemo Palitot Braga

PROFESSOR

Josinaldo José Fernandes Malaquias

PROFESSOR

APOIO EDITORIAL

Nigéria Pereira da Silva Gomes
BIBLIOTECÁRIA-CRB-15/0193 - NORMALIZAÇÃO

Geraldo Alves Flôr
DRT 5152/98 - DIAGRAMAÇÃO

Silvana Cantalice Ramos
ASSESSORA DE APOIO DO CEAF

Telma Brasil Lombardi
ADMINISTRADORA

Irenylza Carla Alves de Almeida
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Lúcia de Fátima Lucena da Costa
TÉCNICO DE PROMOTORIA

Maria Cristina Furtado de Almeida
OFICIAL DE PROMOTORIA

Rejane Gonçalves de Carvalho Formiga
OFICIAL DE PROMOTORIA

APOIO

APMP - Associação Paraibana do Ministério Público
Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega
PRESIDENTE

FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público
Francisco Glauberto Bezerra
DIRETOR-GERAL

COLÉGIO DE PROCURADORES

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho - Presidente

José Marcos Navarro Serrano

Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo

Janete Maria Ismael da Costa Macedo

Sônia Maria Guedes Alcoforado

Lúcia de Fátima Maia de Farias

Alcides Orlando de Moura Jansen

Antônio de Pádua Torres

Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena

Doriel Veloso Gouveia

José Raimundo de Lima

Paulo Barbosa de Almeida

Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos

Marcus Vilar Souto Maior

José Roseno Neto

Otanilza Nunes de Lucena

Francisco Sagres Macedo Vieira

Nelson Antônio Cavalcante Lemos

Marilene de Lima Campos de Carvalho

Jacilene Nicolau Faustino Gomes

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho

Presidente

Alcides Orlando Moura Jansen

Corregedor-Geral

José Marcos Navarro Serrano

Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena

José Roseno Neto

Nelson Antônio Cavalcanti Lemos

Marilene de Lima Campos Carvalho

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Marcos Navarro Serrano, Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macedo, Sônia Maria Guedes Alcoforado, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Alcides Orlando de Moura Jansen, Antônio de Pádua Torres, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Paulo Barbosa de Almeida, Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Otanilza Nunes de Lucena, Francisco Sagres Macedo Vieira, Nelson Antônio Cavalcante Lemos, Marilene de Lima Campos de Carvalho, Jacilene Nicolau Faustino Gomes.

PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA

Valberto Cosme de Lira, Manoel Henrique Serejo Silva, Newton Carneiro Vilhena, Joaci Juvino da Costa Silva, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulámpio Duarte, Herbert Douglas Targino, Sônia Maria de Paula Maia, Afra Jerônimo Leite Barbosa de Almeida, Francisco Antônio de Sarmento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Suamy Braga da Gama Carvalho, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Luciano de Almeida Maracajá, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Laércio Joaquim de Macedo, Valdete Costa Silva Figueiredo, Wildes Saraiva Gomes Filho, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Jonas Abrantes Gadelha, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de

Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcelos, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júlia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Gustavo Rodrigues Amorim, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Valério Costa Bronzeado, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlúgia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz Williams Aires Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes Arnaud, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Severino Coelho Viana, Priscylla Miranda Morais Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, Ana Cândida Espínola, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcanti, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Carolina Lucas, Otoni Lima de Oliveira, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Pedro Alves da Nóbrega, Francisco Lianza Neto, Anita Bethânia Silva da Rocha.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Alexandre José Irineu, Edjacir Luna da Silva, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Gláucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Morais, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Aldenor de Medeiros Batista, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Norma Maia Peixoto, Jovana Maria Silva Tabosa, Ricardo José de Medeiros e Silva, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Alessandro de Lacerda Siqueira, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Márcia Betânia Casado e Silva, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Artemise Leal Silva, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana de França

Campos, Adriana Amorim de Lacerda, Sandra Regina Paulo Neto de Melo, Rhomeika Maria de França Porto, Herbert Vitório Serafim de Carvalho, Ana Guarabira de Lima Cabral, Ana Caroline Almeida Moreira, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Marcus Antonius da Silva Leite, Raniere da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmito, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Rodrigo Silva Pires de Sá, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo Clementino Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar, Alcides Leite Amorim, Luciara Lima Simeão Moura, Edivane Saraiva de Souza, Miriam Pereira Vasconcelos, Cláudia Cabral Cavalcante, Márcio Teixeira de Albuquerque, Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas, João Benjamim Delgado Neto, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Fábيا Cristina Dantas Pereira, Ismael Vidal Lacerda, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Eduardo de Freitas Torres, Geovanna Patrícia de Queiroz Rêgo, Leonardo Fernandes Furtado, Ilcléia Cruz de Souza Neves, Túlio César Fernandes Neves, Lean Matheus de Xerez, Jamille Lemos Henriques Cavalcanti, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Diogo D'arolla Pedrosa Galvão, Lívia Vilanova Cabral, Danielle Lucena da Costa.

PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA

Jeziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana Mendes de Sá, Carlos Guilherme Santos Machado, Airles Kátia Borges Rameh de Souza, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis Cordeiro Didier.

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Antônio Braz Rolim Filho

Professor do Curso de Direito da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras - FAFIC
Servidor do MPPB
Especialista em Direito
Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Patos - FIP

Dayanna de Sousa Catão

Assessora de Promotor de Justiça do MPPB
Bacharela em Direito pelo Unipê
Especialista em Ordem Jurídica, Ministério Público e Cidadania pela FESMIP

Gustavo Donizete da Matta Ferreira

Procurador do Município de Uberaba
Especialista em Direito Público pela Universidade Newton Paiva - BH

Luciara Lima Simeão Moura

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba
Especialista em Ciências Criminais

Luiz Elias Miranda dos Santos

Advogado
Colaborador do Centro Brasileiro de Estudos Sociais e Políticos
Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela UEPB
Mestrando em Ciência Jurídico-

Políticas pela Faculdade de Direito de Coimbra.

Márcia Trovão Duarte Cavalcanti d'Albuquerque

Acadêmica de Direito na UFPB

Marcelo Henrique Matos Oliveira

Professor de Direito da FUCAMP - Monte Carmelo
Assessor Jurídico Adjunto do Centro Operacional de Desenvolvimento e Saneamento de Uberaba - CODAU
Mestre em Direito Coletivo, Cidadania e Fundação Social pela Universidade de Ribeirão Preto - SP

Maria do Socorro Soares Sousa

Servidora Pública Estadual do TJPB
Graduada em História pela Fundação Francisco Mascarenhas
Especializanda em Direito Administrativo e Gestão Pública pela FIP

Mazukyvicz Ramon Santos do Nascimento Silva

Professor de Direitos Humanos e Ciências Criminais na Faculdade Maurício de Nassau
Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento
Mestre em Direitos Humanos pela UFPB
Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pelo Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos pela UFPB

Consultor do Instituto Nacional
de Estudos e Pesquisa Anísio
Teixeira
Coordenador do Programa
Cidadania é Liberdade -
Secretaria da Administração
Penitenciária da Paraíba

Robson Soares Sousa
Bacharel em Direito pela UFCG
Especialista em Direito
Administrativo
e Gestão Pública pela FIP
Especializando em Direitos
Humanos pela UFCG

Rosa Cristina de Carvalho
Promotora de Justiça no Estado da
Paraíba
Licenciatura em Filosofia pela
UFPB
Especializando em Direitos
Humanos pela FESMIP

**Taiara Desirée Tavares de
Castro**
Assessora de Promotor de Justiça do
MPPB
Bacharela em Direito pelo Unipê
Pós-Graduada em Direito Ambiental
pelo Unipê



Estação Cabo Branco - João Pessoa-PB
(Acervo Banco de Imagens da PBtur)

EDITORIAL

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, do Ministério Público do Estado da Paraíba, sente-se agraciado por mais uma Revista Jurídica editada com a finalidade de cumprir com o seu objetivo principal que é o desenvolvimento da cultura e do aperfeiçoamento dos seus membros, buscando através da periodicidade deste livro, oportunizar a todos participarem com suas contribuições.

A convocação dos nossos membros, Procuradores e Promotores, será permanente no sentido de possibilitar recebermos as valiosas contribuições da inteligência e competência de todos os que fazem o Ministério Público da Paraíba.

Faço com alegria o registro do trabalho desenvolvido pela equipe do CEAFF, buscando dar solução aos problemas apresentados, atender a toda instituição durante a realização dos eventos, a fim de que todos os CAOPS ou quaisquer outros órgãos que necessitem da ação do CEAFF, receba de maneira efetiva, profissional e eficiente a nossa colaboração.

A edição do sexto número de nossa Revista será confeccionada com uma apresentação e formato adequado no momento, como fazem os nossos coirmãos dos outros Estados da Federação.

Vamos continuar a construção da ponte de conhecimento científico entre nós e a sociedade, sobretudo no momento atual do Brasil, na quebra dos paradigmas vivenciados a partir da nova Constituição Federal de 1988, conhecida pela Carta Cidadã.

É nosso propósito dar continuidade ao trabalho da produção científica dos nossos membros, em face do ganho que teremos com as reflexões por ocasião das interpretações dos nossos institutos doutrinários e até mesmo, quando for o caso, das análises jurisprudenciais pátria.

Efetivamente, continuarei convidando e convocando a todos a se filiarem ao papel das almas nobres divulgando os conhecimentos adquiridos deixando o exemplo de dedicação à causa do Ministério Público, num momento importante e de transição por que passa a sociedade brasileira.

A Doutrina do Ministério Público, precisa de ser divulgada, explicada e materializada nos meios educacionais e culturais, nas

Escolas, nas Universidades, na imprensa, com o objetivo de dar informação a esses segmentos da importância do trabalho coletivo realizado em favor do povo brasileiro.

Os interesses menores não venham a diminuir a grandeza de uma Instituição que não tem propriedade e que os seus verdadeiros donos, são aqueles que mais necessitam, o pobre, o doente, o hipossuficiente, o menor, o idoso, o índio, mediante o cumprimento do dever de todos os seus membros.

José Raimundo de Lima
Diretor do CEAf
Presidente do Conselho Editorial

SUMÁRIO



Lajedo de Pai Mateus - Cabaceiras-PB
(Acervo Banco de Imagens da PBtur)

SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO

Direito constitucional administrativo: uma visão do sistema jurídico brasileiro25
Robson Soares Sousa e Maria do Socorro Soares Sousa

O problema do antagonismo político na formação do poder constituinte originário.....49
Luiz Elias Miranda dos Santos

A ausência de limite mínimo de idade como requisito à aposentadoria por tempo de contribuição e a não configuração de risco social.....63
Antônio Braz Rolim Filho

DIREITOS HUMANOS

A hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: antecedentes históricos e principais correntes doutrinárias.....75
Luciara Lima Simeão Moura

Os direitos humanos de terceira geração: origem tutela e conceito dos interesses metaindividuais.....99
Rosa Cristina de Carvalho

DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

A ineficácia das leis ocasionais no combate à criminalidade.....127
Taiara Desirée Tavares de Castro

Princípio do promotor natural no processo penal como garantia constitucional do cidadão, do agente e da sociedade.....159
Dayana de Sousa Catão

Tribunal do Júri: o novo Código de Processo Penal sob a ótica do Ministério Público.....189
Márcia Trovão Duarte Cavalcanti d'Albuquerque

TUTELA COLETIVA E INFÂNCIA E JUVENTUDE

A educação nas prisões como direito e possibilidade.....207
Mazukyvicz Ramon Santos do Nascimento Silva

Considerações sobre a competência jurisdicional coletiva.....235
Gustavo Donizete da Matta Ferreira e Marcelo Henrique Matos
Oliveira



Pedra da Boca - Araruna-PB
(Acervo do Arquivo do CEAF/MPPB)

DIREITO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO: UMA VISÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Robson Soares Sousa

Bacharel em Direito

Maria do Socorro Soares Sousa

Bacharela em História

Resumo

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova ordem em toda a sociedade, inclusive no sistema administrativo brasileiro, a qual repercute nos moldes regulatórios da atividade administrativa nas dimensões do Estado Democrático de Direito. Há uma reestruturação no tratamento dos institutos da Administração Pública, traçando procedimentos e atos previstos e delimitando a ação estatal através de seus agentes e a disposição de órgãos e entidades públicas, integrados para a consecução do interesse público. Diante disso, busca-se delimitar uma análise sobre o sistema administrativo brasileiro perante a ordem constitucional instaurada após 1988, de maneira a aproximar os elementos normativos em um sistema único integrado. Para tanto, a análise será empreendida por meio de uma abordagem dedutiva, derivada de pesquisas bibliográficas, reabrindo o diálogo de algumas teorias constitucionais. De outra forma, desenvolve o procedimento de análise da Constituição Federal no que tange às disposições de cunho administrativo, enveredando por seu teor normativo-axiológico. Isto leva à constatação de um Direito Constitucional Administrativo, com especificações normativas e políticas na apresentação e tratamento do Estado Democrático de Direito, enveredando pelos ditames da legitimidade e eficácia destas normas constitucional-administrativas.

Palavras-chave: Constituição Federal. Sistema administrativo. Direito constitucional administrativo.

Abstract

The Constitution of 1988 inaugurated a new order for the whole society, including the Brazilian administrative system, which resonates in the mold of regulatory administrative activity in the dimensions of the democratic rule of law. There is a restructuring in the treatment of institutes of public administration, procedures and

actions provided tracing and delimiting state action through its agents and the provision of public agencies and entities, integrated to achieve the public interest. Therefore, we seek to define an analysis of the Brazilian administrative system before the constitutional order established after 1988, in order to approximate the normative elements in a single integrated system. Therefore, the analysis will be undertaken through a deductive approach, derived from literature searches, reopening the dialogue of some constitutional theories. Otherwise, develops the analysis procedure of the Federal Constitution in relation to the provisions of administrative nature, embarking on its content normative-axiological. This leads to the finding of a Constitutional Law Administrative, with specific regulations and policies in the presentation and treatment of the democratic rule of law, by embarking dictates the legitimacy and effectiveness of these constitutional and administrative rules.

Keywords: Federal Constitution. Administrative system. Constitutional law administrative.

1 Introdução

A Constituição Federal é a norma basilar de um Estado de Direito, na qual estão confluindo os ditames de organização política e a expressão de direitos fundamentais, de acordo com suas classificações empíricas expostas na doutrina, como a material e a formal.

Na configuração do Estado, a própria Constituição Federal vem consignar diversos elementos da constituição e delimitação de suas funções, geralmente alocando os fundamentos e objetivos prioritários àquela realidade pública. No caso do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muita coisa acerca da Administração Pública e do Estado foi tratada a nível constitucional, haja vista o fator de analítica dada a esta Constituição.

A partir deste enfoque, cabe avaliar o sistema jurídico administrativo abordado no patamar da Constituição Federal, amoldando ao sentido de um sistema de Direito Constitucional Administrativo, destacando os aspectos teleológicos e a valoração do interesse público na Carta Cidadã.

Em outro aspecto, cabe traçar alguns aspectos dos institutos jurídicos administrativos regulados na Constituição como avanço da cidadania e a legitimação de direitos atinentes aos administrados e aos

agentes públicos, além da organização estatal diante do Estado de Direito incorporado pelo Brasil.

Nesse passo, recorre-se ao método de abordagem dedutiva, com a construção uma acepção geral sobre o sistema jurídico constitucional-administrativo, por meio de pesquisas empreendidas na lei e na doutrina pátria, ou seja, bibliográfica. Ademais, como método de pesquisa adequa-se o embate científico pelos aspectos histórico-analíticos, baseado nos fatores que compõem o tema referente ao Direito, sociedade e organização política.

Com isso, percebe-se a relevância da percepção deste paradigma inter-relacional entre Direito Administrativo e Direito Constitucional, baseado em seu desenvolvimento histórico e a congruência de princípios e natureza normativa. Em especial, pela renovação perpetrada após a promulgação da Constituição de 1988 e as transformações sociais decorrentes desta na sociedade e na Administração Pública.

Nesta feita, há o incentivo e contribuição para a comunidade jurídica sobre a relevância na delimitação do Direito Constitucional Administrativo, conhecendo suas veredas e normatividade perante o Estado e o contexto social.

2 Estado e Direito: acepções fundamentais

No patamar das relações humanas, destacam-se diversos fatores que recebem interferências, ao mesmo passo que fornecem alguns elementos para o molde de tais relações, gerando a dinâmica própria da sociedade no decorrer do tempo e do espaço.

O indivíduo, em meio a esta contingência de fatos, valores e regras, é motivado a tomar decisões que interferem em sua vida e na convivência com as demais pessoas que se encontram em seu redor. Vez por outra, uma decisão subjetiva pode coadunar ou confrontar com outra decisão; em meio a isso, dificilmente se garantem os direitos de seus interessados nas relações, sendo que a vontade proveniente de tais decisões carece de legitimidade¹ e reconhecimento imperativo.

Dito isto, leva-se o debate para o complexo contexto de uma

¹“O discurso de legitimação almeja justificar, aduzir boas razões, isto é, argumentar em favor da validade jurídica e moral das práticas, normas e instituições positivas” (SILVA, 2011).

sociedade, com dimensões grotescas provenientes de relações intersubjetivas, inseridas no meio ambiente no qual as pessoas estão inseridas no dia a dia. Em certos momentos, exige-se deste grupamento uma decisão comum, de maneira a manter a ordem e a paz social, tornando propício o campo de desenvolvimento da convivência humana.

Dentre as figuras importantes para o estabelecimento de uma harmonia social, atenta-se para dois especiais, historicamente perceptível, que são as figuras do Estado e do Direito. Sem apresentar um aprofundamento neste debate, cabe mencionar que o Estado e o Direito sempre motivaram estudos e meditações, elogios e críticas, criação de teorias e análises empíricas, cada qual aliada às correntes movidas por interesses e necessidades individuais e sociais.

Cada uma dessas instituições possui autonomia científica, com ciências próprias que aperfeiçoam sua definição diante das variáveis que reafirmam determinado enfoque ou preceito. Entretanto, dificilmente conseguirá traçar um ponto de limite entre um e outro, principalmente quando analisado no contexto da realidade e na conexão com a sociedade, como uma situação afirmativa da integração de fatores sociais, tais como o político e o jurídico.

Retomando as circunstâncias que geraram a justificação do aparecimento do Estado, termo especial nesta parte do estudo, tem-se que a necessidade de uma representação da vontade geral, por meio de uma entidade legítima e soberana, fez com que surgisse a figura do Estado. Em outros momentos, tal função era exercida por um líder patriarcal ou um grupo oligárquico, geralmente utilizando a força e o medo para impor suas decisões para os demais integrantes da comunidade e, geralmente, apenas detendo interesses egoístas.

As formas de dominação vão se aperfeiçoando no passar dos tempos, sendo que a integração de elementos essenciais ocasiona o aparecimento de uma entidade organizada, com um corpo de funções e agentes, ainda que no início não totalmente situado nos ditames dos do Direito, mas capazes de oferecer à população uma maior garantia nas tomadas de decisões.

Como referido anteriormente, houve (e há!) deturpação nesta maneira de gerir a máquina política e a sociedade, por isso que existe uma constante capacitação dos conceitos e instrumentos que envolvem o Estado; nisto, conta-se com o ordenamento jurídico para regular atos e relacionamentos entre os súditos e o Estado. Podem-se citar, entre as

teorias emergentes, a do contrato social, da racionalização da política, do jusnaturalismo, as concepções modernas e pós-moderna sobre o Estado, adjetiva por liberal, bem-estar, social, garantista, etc.

Todavia, entre outras discussões, relata-se apenas o conceito sobre o Estado, retomando as palavras de Norberto Bobbio (2000, p. 95) quando menciona que,

Do ponto de vista de uma definição formal e instrumental, condição necessária e suficiente para que exista um Estado é que sobre um determinado território se tenha formado um poder em condição de tomar decisões e emanar comandos correspondentes, vinculatórios para todos aqueles que vivem naquele território e efetivamente cumpridos pela grande maioria de seus destinatários na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada.

Partindo desta proposição, consegue compreender que o Estado aparece no patamar de agente legítimo para tomar decisões, baseado em legitimações por procedimentos determinados e finalidades que se destinem a todos, inclusive, exigindo-se destes o seu cumprimento. Também é possível avaliar que é mais fácil compreender o Estado por seus elementos integrantes e medidas teleológicas do que por sua natureza político-jurídica.

Tais elementos constitutivos de um Estado o identificam e o diferenciam de outras definições, como o de Nação. Segundo Paulo Bonavides (2012, p. 71), na mesma esteira da passagem anteriormente exposta, diz que “o Estado ‘é a corporação de um povo, assentado num determinado território e dotada de um poder originário de mando’”.

Logo, conforme uma uniformidade doutrinária, seguida neste trecho, afirmam-se o território, o povo e o poder soberano. Nenhum Estado pode subsistir se faltar uma destas condições fundamentais, especificadamente sobre a soberania essencial para vincular a decisão perante a sociedade e os demais Estados, respeitando cada um as decisões e limites expostos pela entidade jurídica de personalidade pública. Outros fundamentos podem ser adotados, mediante uma ponderação de valores e intenções a serem perseguidas pelo Estado e a sociedade, como a cidadania e os direitos fundamentais.

Junto ao Estado, acompanham-se alguns atributos essenciais, mais

ou menos intensos em cada localidade e o modo em que são expressos na realidade. Estes atributos remetem aos termos da imperatividade, coercibilidade e as funções dotadas por indispensáveis, como a executiva, jurisdicional e legiferante². No exercício dos poderes-deveres³ tutelados pelo Estado torna conveniente a potencial utilização da força para exigir o cumprimento das decisões pelos destinatários.

Isto é posto à disposição da própria sociedade, na consecução de objetivos e anseios sociais apregoados e erigidos sobre uma ordem a ser alcançada, no fato do Brasil, chega-se a descrever o art. 3º, da Constituição Federal (CF), que diz o seguinte:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

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

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

A configuração de cada Estado está condicionada por outros fatores, como a economia, a religião, a filosofia jurídico-política adotada, entre outros, reiterando a observância dos elementos e atributos fundamentais outrora relatados, ainda que superficialmente. Na égide deste enredamento se coloca a regência de um instrumento legal, positivado, surgindo o Direito.

À disposição do Estado, o Direito regula as relações desde os paradigmas sociais até os enlaces entre as pessoas e o Estado, coadunando os interesses e condutas de todos para a promoção da paz social.

Todo Estado implica um entrelaçamento de situações, relações, de comportamentos, de justificativas, de objetivos, que compreende aspectos jurídicos, mas que

²Art. 2º. São poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, executivo e judiciário.” (BRASIL, 2012).

³O poder-dever administrativo significa que “as competências administrativas, por serem conferidas visando ao atingimento de fins públicos, implicam ao mesmo tempo um poder para desempenhar as correspondentes funções públicas e um dever de exercício dessas funções”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 216)

contém, ao mesmo tempo, um indissociável conteúdo político. De fato, não é possível estabelecer-se a nítida separação entre jurídico e político (DALLARI, 2012, p. 128).

Nessa esteira, há a convergência entre os elementos oferecidos pelo Direito e pelo Estado, baseado em uma crítica levantada pela modernidade voltada não apenas para uma conveniência da constituição do Direito face ao Estado, mas sim uma necessidade para a existência legal deste.

Uma das acepções que emergem no diálogo entre o setor político e o jurídico é o Estado de Direito, uma das configurações do Estado emergente no plano teórico, juntamente com os termos jurídicos de Estado, entre os séculos XVII e XVIII.

A noção de Estado de Direito se entrelaça com o desenvolvimento do Estado liberal, também em contrapartida ao Estado absolutista, mas reafirmando os termos da legalidade que aquele ainda não possuía, especialmente com relação aos direitos individuais. Conforme expôs Paul Amssek (1982, p. 278), tem-se que o Estado de Direito “contribuiu para dessacralizar o poder, colocando as autoridades no mesmo nível que os outros cidadãos, no sentido de estarem submetidos ao direito, de serem objeto de normas jurídicas; os governantes não estão acima e fora do direito”.

Na regência do arquétipo de um Estado pelo Direito, não somente os administrados, mas os demais cidadãos e governantes estão submetidos às disposições normativas, que são constituídas pelas conquistas emancipatórias em meio às revoluções e lutas, paralelo ao processo de regulação dos direitos outrora declarados.

De outra maneira, o Estado de Direito não está apenas atrelado às normas do soberano; passa a amoldar-se aos princípios que surgem do processo de racionalização e humanização das instituições sociais decorrentes dos movimentos liberais.

A partir daí, podem-se utilizar as palavras de José Afonso da Silva (2010, p. 113) que menciona o seguinte:

A concepção liberal do Estado de Direito serviria de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres, consoante nota de Verdu, a qual,

contudo, se tornaram insuficiente pelo que a expressão Estado de Direito evoluíra, enriquecendo-se com conteúdo novo.

Portanto, o Estado de Direito se concebe pela determinação para todos seguirem os preceitos postos pelo ordenamento jurídico, ou seja, os administrados, na sua relação com o Estado-entidade, devem observar as normas, tal como o Estado, na pessoa de seus líderes e governantes, deve predeterminar seus atos nos limites legais. Dito isto, pode-se avaliar que o Direito garante os direitos individuais face ao poder estatal e evita a prática de atos arbitrários ou contrários à ordem legal.

Embora esta noção conceitual e funcional do Estado de Direito seja importante, este mesmo pode se representar de diversas formas em cada Estado, a depender da cultura do povo e das prioridades elencadas em lei para certa condição social.

Diante disso, o Direito se aponta como um instrumento fundamental ao Estado, senão dizer um próprio elemento constitutivo deste, ainda que não haja uma positivação tal como nos Estados Constitucionais, dado que “a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básico de cidadania”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 64)

Da mesma maneira, não se esgotam no Estado de Direito as multiformas de apresentação sociojurídica do Estado moderno, já que, nos últimos tempos, se aliou ao “Direito” o sentido democrático e liberal, houve a emergência do Estado Social, dentre outros. Ainda há muitas veredas a se percorrer quanto ao sentido de Estado de Direito, tanto pela sua definição histórica, quanto à renovação científica perpetrada atualmente, ainda mais pela relação existente entre Estado e Direito.

3 O surgimento do Direito Público: do constitucionalismo à especialização dos ramos públicos

De acordo com a exposição anteriormente realizada, salienta-se que o Direito está intimamente aliado às relações decorrentes de condutas e aos fatos estatais e, da mesma maneira, irradia-se na sociedade nas relações intersubjetiva entre os particulares. Nesta última situação, o mesmo Estado pode se apresentar como particular, desde que, na sua

situação jurídica, esteja apartada dos atributos públicos, colocando-se em igualdade horizontal a um cidadão ou empresa privada, por exemplo.

De antemão, é necessário mencionar que o Direito, em sua completude, é um sistema ou ordenamento único, sem divisões ou especialidades na interpretação ou aplicação, ou seja, há integração de todas as normas jurídicas coercitivas e imperativas, à disposição do Estado, o qual detém o poder para criar, alterar, extinguir, executar, interpretar e aplicar a norma jurídica, inclusive no caso de litígios.

Nos moldes do aperfeiçoamento da ciência do Direito⁴, houve o desenvolvimento de acepções teóricas, como o positivismo jurídico, baseado na racionalização dos ordenamentos jurídicos.

Embora o entendimento da unidade do Direito permeie no âmbito da enciclopédia e didática jurídica, o Direito passa a ter divisões e subdivisões, o que facilita o estudo desta complexa ciência e, da mesma forma, o desenrolar das atividades jurídicas pragmaticamente. Nesse mesmo sentido, na análise de um dos ramos do Direito, também se acompanha a avaliação dos movimentos estritos a cada um.

Em meio a isso, localiza-se o debate do Direito Público, o qual teve suas raízes teóricas surgidas em Roma, com a diferenciação de normas e nomenclaturas, mas alcançando apenas o *status* de ciência e positividade no final do século XVIII, corroborado pelas circunstâncias de Estado de Direito. Com um conceito singular, expõem-se as palavras de Rizzatto Nunes (2009, p. 147), pois

Aponta o Direito Público como aquele que reúne as normas jurídicas que têm por matéria o Estado, suas funções e organização, a ordem e a segurança internas, com a tutela do interesse público, tendo em vista a paz social, o que se faz com elaboração e a distribuição dos serviços públicos, através dos recursos indispensáveis à sua execução.

Partindo desta expressão, pode-se conceituar o Direito Público através do sujeito, das atividades e da finalidade, respectivamente

⁴“O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais”. (BARROSO; BARCELLOS, 2011)

entendido pelo Estado, funções estatais e o interesse público. A variação da definição jurídica é perceptível na doutrina. Não obstante isso, a confluência de normas de conteúdo publicista é rotineiramente identificada em razão da matéria das subdivisões do Direito Público, como o Direito Tributário, Penal, Administrativo e Constitucional. Para este estudo, cabe a concentração do direito de ordem pública em relação a estes dois últimos ramos.

Torna conveniente falar que a inauguração do Direito Público está intimamente aliada ao surgimento do Direito Constitucional, ápice daquela ramificação do Direito, decorrente de um longo movimento, conhecido como constitucionalismo moderno. Aqui existem duas observações: a primeira, a compreensão de um ramo jurídico por seu movimento teórico, como anteriormente abordado, e o segundo, a especificação do Direito Público nos ditames político-constitucionais, com a concentração no patamar constitucional e administrativo.

As primícias do constitucionalismo começam ainda na Idade Média, no combate ao absolutismo, com a insurgência de lutas e revoluções pelo povo no interesse de conquistar direitos emancipatórios. No decorrer de alguns séculos, passa-se a perceber os fundamentos do constitucionalismo com a publicação de instrumentos políticos e jurídicos, os quais detinham alguns elementos que foram concentrados em declarações futuras. “O constitucionalismo escrito surge com o Estado, também com a função de racionalização e humanização, trazendo consigo a necessidade de proclamação de declarações de direitos”. (MORAES, 2011, p. 3)

Destarte, o constitucionalismo é identificado por duas acepções ideológicas principais balizadas nos ditames da ciência e humanização de instituições sociais, dentre as acepções, tem-se a organização de um Estado legítimo e garantidor de direitos individuais. A outra vertente é a declaração reconhecida destes direitos, que servem como um paradigma de limitação do poder soberano em face dos súditos, afastando os abusos e desvios porventura dotados por um governante.

De acordo com a análise de Dallari (2012, p. 198), “aí estão os três grandes objetivos, que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder”. A partir deste fenômeno mundial, alcança-se uma relevante vitória para a emancipação humana e,

poucos momentos depois, a regulação é perpetrada para garantir as conquistas da população.

Inaugura-se com o constitucionalismo moderno, com destaque à Revolução Francesa e a Declaração de Direitos do Homem, dentre outros fatos, o qual proporciona também importantes transformações no contexto jurídico.

Uma destas transformações ocorre com a institucionalização de cartas político-jurídico, com maior grau de imperatividade normativa, traduzidas geralmente em Constituições. Tais constituições derivam de um poder especial que inaugura a ordem jurídica de um Estado, agora com os ditames do constitucionalismo moderno, sendo este dispositivo considerado uma lei fundamental que, segundo Bobbio (1999, p. 59), “a norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem às normas constitucionais o dever de obedecê-las” (sic).

Tamanho é a importância da Constituição e a deontologia de suas normas que, ao mesmo tempo em que parte dela a validade de outras normas (binômio constitucional/inconstitucional), há também uma maior imperatividade de suas disposições incidentes sobre o Estado e em toda a sociedade.

Atenta-se ao constitucionalismo e não se confunde com a constituição, já que esta última pode existir em um Estado ainda que este não seja considerado constitucional no que tange ao seu movimento moderno. Todavia, geralmente um Estado constitucional detém em seu ordenamento uma Constituição, ao mínimo em seu sentido material de classificação, podendo expor as palavras de José Afonso da Silva (2010, p. 43) ao defender que

As constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

É, partindo desta concepção sobre constitucionalismo e constituição, que emerge, na realidade jurídica, a positivação de um Direito

Constitucional, capaz de entender os aspectos hermenêuticos neste campo normativo e possibilitar o aperfeiçoamento. Em meio a isso, torna conveniente dizer que, a partir do Direito Constitucional, é que se nota a presença de um Direito Público.

É, a partir da instituição de um Direito Público, que se permite uma relação mais perceptível entre o Estado e os particulares, o exercício de prerrogativas do poder por algum representante de governo ou Estado ao mesmo tempo em que defende os direitos dos administrados. Da mesma maneira, começa com a positivação do Direito Público a concentração das prerrogativas e atributos estatais em um Estado legítimo, atendendo os anseios da sociedade.

Surge, assim, o regime jurídico de direito público, que tem o condão especial, pois “resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade”. (MELLO, 2009, p. 55) Bem se vê a salutar verticalização da relação submetida pelo Poder Público na regência do Direito e, grande parte do conteúdo deste sistema se encontra nas normas constitucionais expressadas por um poder constituinte.

Convém delimitar o sentido de regulação dada pelo Direito Público, porque este não põe em xeque o interesse estatal, mas sim a representação e a guarda de um interesse coletivo, social, público.

Ainda assim, é indiscutível a situação de superioridade que ocupa o Estado perante os particulares, embora, em algumas hipóteses, possa aquele ocupar uma relação como se particular fosse, numa horizontalidade jurídica. Assim, esquadrinha pelo sistema jurídico público a expressão da vontade da coletividade, regulada em diversos instrumentos legais, como penal, tributário e administrativo.

É nesse caminho em que se coloca a ponderação realizada por Maria Coeli Pires (2006, p. 22), ao mencionar que, “desse modo, sob os auspícios da filosofia do Estado de Direito, na prevalência do liberalismo, a salvaguarda da sociedade civil efetiva-se, por meio do Direito Público, como o mínimo de leis gerais editadas para assegurar ampla liberdade, a cada um”.

Contando com isso, compreende pelo direito público que abrange aspectos da organização estatal paralelo aos ditames assecuratórios dos direitos individuais, destes em face daquele. Garantindo esse aspecto dos direitos e liberdades individuais, há uma permissão adequada para o

Estado de Direito direcionar seus atos, desenvolver seus procedimentos, firmar seus contratos e executar suas políticas.

Sob os auspícios do Direito Constitucional e as prerrogativas do Direito Público, emerge o Direito Administrativo, em destaque neste estudo, podendo ser avaliado nos moldes que se seguem.

Primeiro, tem-se como corolário do movimento constitucional e o aparecimento das constituições no Estado, logo revelam as lições de Di Prieto (2012, p. 2),

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o Direito Constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação dos poderes, que têm por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Como falado anteriormente, é o Direito Constitucional que inaugura a regência do público e, a partir dele, aparecem outros sistemas jurídicos públicos, ainda que houvesse resquícios político-sociais anteriores à regulação da máquina administrativa. Enquanto o Direito Constitucional promove os valores da sociedade e os objetivos essenciais do Estado, o Direito Administrativo demonstra juridicamente o enfoque da atividade executiva do Estado. “O Direito Administrativo é fruto, em suma, de um processo de autolimitação do Estado, na medida em que ele se institucionaliza e, por via de consequência, gera controles sobre sua própria atividade”. (TÁCITO, 2006, p. 22)

Portanto, o Direito Administrativo se afigura um setor do Direito Público, espraiando-se pela complexidade do poder executivo emanado do Estado e a normatividade das funções, tudo em favor do interesse público. A par disto, o Direito Administrativo se aproxima mais da figura do Estado, não protelando os direitos individuais, mas gerando o campo essencial para o desenvolvimento das atividades estatais, com princípios e regimes deontológicos específicos.

Passando por estas concepções, afirma-se, até meados do século XX, tanto no Brasil quanto em outros lugares do mundo, que “o Direito Administrativo é concebido com Direito do Estado, fundado nos pilares da imperatividade, da supremacia do interesse público e da insindicabilidade do mérito do Poder Judiciário e, assim, com ênfase nas prerrogativas do poder público”. (PIRES, 2006, p. 189)

Contudo, esta apresentação de conceito sofre uma mutação, para se adequar aos discursos dos direitos fundamentais, que se revela ainda mais forte após as duas grandes guerras e, em especial no Brasil, promove uma renovação jurídica e axiológica a partir da Constituição Federal de 1988. Isso vai ao ponto de identificar um sistema ímpar de Direito Constitucional Administrativo, conforme se verá adiante.

4 Direito Constitucional Administrativo: uma nova ordem jurídico-administrativa

A história da política no Brasil está repleta de altos e baixos, de avanços e retrocessos, pautados em lutas e repressões sociais que possibilitaram a renovação político-jurídica na década de 1980. Avaliar tais fatores que contribuíram para estas transformações e os fatos históricos envolvendo o Estado-império e o Estado republicano, chegando ao que hoje se denomina constitucionalmente de Estado Democrático de Direito, tudo isso seria extenuante. Dessa maneira, concentram-se esforços na análise das mudanças perpetradas pela promulgação da Constituição Federal de 1988 de cunho eminentemente jurídico.

Tomando como ponto de partida a Constituição Federal de 1988, pensa-se na pressão que fora da sociedade para que a mesma viesse a atender aos interesses coletivos e, no mesmo sentido, resguardar os direitos das minorias. Baseado no sistema implantado pelo regime militar, isto significaria uma alteração no modelo de Estado que, salienta-se, não atendia aos objetivos e fundamentos outrora expressos nas Cartas políticas de 1964, e a Emenda Constitucional de 1969.

Nesse contexto, seria necessário que a nova Constituição da República viesse a impor limites ao Estado e garantir aos indivíduos tal cumprimento das normas pelo Poder Público. Talvez, somente desta forma se proporcionaria a superação dos traumas do regime militar e o desenvolvimento da sociedade nos moldes de liberdade e justiça, logo a própria Constituição Federal teria maior respaldo jurídico, especialmen-

te pela tutela dos direitos fundamentais. No pensamento enveredado por Paulo Bonavides (1995, p. 2013), afirma-se que

Somos, portanto, um país singular onde até o advento da Nova República não havia Constituição jurídica nem Constituição real legítimas. Tudo se deslocou debaixo do regime tecnocrático-militar para o campo fático e casuístico, cuja lei suprema era menos a vontade da Constituição do que a vontade do decreto-lei.

Neste paradigma exposto pelo autor, o Brasil se assimilava, e muito, a um sistema absolutista, senão dizer autoritário-militar, em a Constituição regente do Estado e da sociedade se localizava em um plano periférico diante do Poder Público, o qual agia sem legitimidade e com o mínimo de respeito aos direitos humanos. Com isso, os ideais do constitucionalismo encontraram roupagem propícia na realidade brasileira do final do século XX, exigindo-se do povo a força necessária para as conquistas vindouras e, nesse passo, “combatendo com redobrada e intransigente energia, que nesta grave batalha do presente não se continue enganando o povo e furtando-lhe os direitos por meio de uma política de disfarce e de mentira”. (LASSALE, 2003, p. 130)

Nos parâmetros da Constituição de 1988, não obstante ela ser taxada por formal, têm-se seus pilares na organização estatal e nos direitos fundamentais, sob a luz do Estado Democrático de Direito. Há um encargo grande de estudos sobre os direitos fundamentais e a Constituição Federal, mas pouco se analisa sobre os aspectos estatais abordados pela Carta Fundamental, especificamente acerca da administração Pública e os liames com o Direito Administrativo.

Alude-se ao fator emergente do Estado de Direito no Brasil, que vem consolidar os princípios referentes à legalidade e, da mesma maneira, reger a manifestação estatal cotidiana aos parâmetros da Constituição Federal. No cerne contido na significação de Estado de Direito, J.J. Canotilho (2003, p. 98) coloca que “o Estado de Direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder”.

Na teoria da constituição apresentada, põe a direção que esta oferece para a elaboração abstrata fundamental do Estado e a forma de

governo, paralelo aos instrumentos essenciais para a consecução das políticas a serem desempenhadas sobre a sociedade, convergindo às restrições necessárias para não eivar o poder de máculas de abuso ou ilegalidade.

Daí se imbricam os aspectos da Administração Pública e dos reverendos constitucionais, emergindo uma acepção eminente do Direito Constitucional Administrativo, pois, partindo da ponderação apresentada por Justen Filho (2009, p. 15), pode-se afirmar que

Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados. É fundamental dotar o país de uma Constituição, mas isso não basta para produzir um Estado democrático ou a realização dos valores desejados. A transformação concreta da realidade social e da sua adequação ao modelo constitucional depende primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas. O enfoque constitucionalizante preconizado consiste em submeter à interpretação jurídica de todas as instituições de direito administrativo a uma compreensão fundada concreta e pragmaticamente nos valores constitucionais.

A Constituição Federal traça um novo perfil ao sistema administrativo brasileiro e busca uma real estruturação do Estado, atingindo as entidades públicas, agentes e órgãos, e em grande medida, estabelecendo a constitucionalização de alguns institutos e a renovação exegética de outros, especialmente com maior proteção aos direitos fundamentais e adequação ao interesse público. A incidência direta deste acontecimento traz ao contexto político-jurídico uma limitação aos governantes no desempenho das atribuições constitucionais e legais e tende a afastar alguns vícios medievais da estrutura administrativa, como a corrupção.

Na premissa deste fenômeno, está a característica de traços hermenêuticos e interpretativos que a Constituição passa a oferecer no desempenho da atividade administrativa, pois os limites e a legitimidade da mesma alcançam, nas normas constitucionais, forte teor deontológico. O Poder Público passa a ser exigido e atrelado aos princípios constitucionais e ao interesse público de forma a atingir os objetivos propostos

pelo constituinte, sem a qual a aplicação de normas administrativas estaria exaurida de eficácia.

Outro fator determinante foi o fato de considerável parcela de o sistema administrativo ser fundamentado no bojo da Constituição Federal de 1988, com a preleção de princípios específicos e de institutos que passam a ter maior grau de normatividade, já que classificados por constitucionais. Destarte, “o comando de uma nova ordem constitucional vai desembocar, em suma, em uma revisão e ampliação dos institutos do direito administrativo, na medida em que a administração representa o braço operante do Estado intervencionista”. (TÁCITO, 2006, p. 26)

Algumas tendências de regulação constitucional de institutos do Direito Administrativo continuaram, a exemplo do caso dos servidores públicos, entretanto houve um avanço na definição jurídica e adequação aos ditames sociais e públicos. A intenção é de aproximar o tratamento constitucional, inclusive quanto à configuração do Estado e das funções exercidas por este, da vontade coletiva, considerando-se a tipologia dada por constituintes pátrios de “Constituição Cidadã”, composta por direitos dos administrados perante o Estado.

Logo, os direitos apregoados na Constituição são efetivados pelo administrativo, da mesma forma que muitas disposições administrativas são reguladas pela Constituição. Este viés permite a percepção de que Direito Constitucional e Direito Administrativo estão próximo e, em alguns momentos, até mesmo se misturam. Isto se aduz em vista de a Constituição Federal de 1988, revelando seu cunho analítico, ultrapassou da regulação dos fundamentos do Estado para incidir sobre elementos da máquina administrativa e tendente a ser tão próximo da concretização que abordou alguns procedimentos necessários para o funcionamento da Administração Pública, como apontamentos aos concursos e licitações em seu art. 37.

Ademais, é por meio deste art. 37 que trata de matérias ligadas à Administração Pública, que pode configurar-se pontualmente o relacionamento entre matérias administrativas contidas na Constituição Federal numa acepção ativa do Estado, ou de sua relação com os particulares-cidadãos. Para Caio Tácito (2006, p. 27), pode-se destacar que

O Direito Constitucional e o Direito Administrativo se imbricam e se completam na prestação efetiva do Estado de Direito. Assim como o Direito Administrativo encontra seus

espaços no altiplano das Constituições, estas se tornarão inoperantes, como meras cartas de princípios, sem o socorro do Direito Administrativo, que fará do sonho a realidade, da norma programática a efetividade das prestações administrativas, como duas faces que se contemplam na concretização dos ideais de justiça e igualdade social.

Caminhando pelas ideias expressas acima, toma-se por lição que o conteúdo administrativo contido na Constituição brasileira de 1988 passa a exigir do Estado, por meio de sua Administração, uma maior participação na concretização de direitos, por meio de atos e procedimentos contidos no texto da Carta. Nesse diapasão, a instituição de aspectos administrativos, presentes ou não nos dispositivos constitucionais, oferece maior eficácia das determinações apregoadas a partir de 1988, com a promulgação da referida Lei Maior.

Mais uma vez, toma-se a nomenclatura de Direito Constitucional Administrativo, não se apresentando como um novo ramo do Direito, mas sim por uma integração de normas de Direito Público que, ao mesmo tempo, são abstratas e ativas na atividade estatal, oferecendo aos elementos do Direito Administrativo uma força maior na regência da realidade brasileira no plano constitucional.

Dialogando com Konrad Hesse (1991, p. 16), “a força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa”. Ou seja, a contingência de aspectos do Direito Administrativo, oferecida pela Constituição Federal de 1988, proporcionou maior aproximação desta da realidade social e do Estado (atividade administrativa), tornando-a mais eficaz no discurso da organização e funcionamento estatal. Bem se vê que o Direito Administrativo sofreu uma transformação após 1988 e com o aperfeiçoamento contínuo derivado da eficácia de normas constitucionais, direcionando o estudo de institutos administrativos outrora não obedecidos pelo Estado.

Se o olhar de Hesse é aproximar a Constituição de um Estado à realidade, dotando-a de maior força normativa, há um propício campo com as normas administrativas constitucionais, já que carregam em si diretrizes para o exercício de atribuições pelos agentes nos órgãos e entidades públicos, para consecução da atividade administrativa e eficácia de direitos fundamentais contidos na Constituição de 1988.

E o que se percebe é que, nestes mais de vinte anos de vigência da Constituição, embora a necessidade de uma constante evolução de conceitos e combate às mazelas contidas no Estado, é que a exigibilidade do teor constitucional e a interpretação e orientação de suas normas são frequentemente avultadas na realidade brasileira, seja na via administrativa ou judicial.

Também isso é um ambiente que contribui com Direito Constitucional Administrativo, pois, pela interpretação do conteúdo constitucional, leva-se a uma atualização sem que haja reformas consideráveis na legislação infraconstitucional. Em atenção a este fato, tem-se a confirmação de que

A inevitável aproximação – ou mesmo confusão – entre as normas do Direito Constitucional e do Direito Administrativo não torna este último mais rígido. Ao contrário, a aplicação de referidas normas abertas aos fatos da vida, que estão em constante evolução, permite que o Direito Administrativo possa melhor responder às novas necessidades da sociedade de forma mais pronta e efetiva. (FURTADO, 2007, p. 59)

Enfim, verificam-se o perfil e os fundamentos de um Direito Constitucional Administrativo e a consolidação deste proporcionada pela Constituição Federal de 1988, segundo as determinações normativas acerca da Administração Pública do Estado de Direito existente no plano político-jurídico do país.

Ademais, tal situação em se identificar este patamar jurídico administrativo a partir da Constituição concede maior legitimidade e eficácia perante os governantes, na medida de eficácia e delimitação de suas ações, ao mesmo tempo em que contribui para a efetivação dos direitos dos administrados, inclusive de caráter fundamental.

5 Conclusão

Por tudo que fora exposto e analisado, cinge-se dizer que há um Direito Constitucional Administrativo presente nos moldes da juridicidade oferecida pela Constituição Federal, dada a percepção de um processo histórico que teve especial modulação a partir de 1988, sempre

reverenciando os anseios sociais e o conteúdo normativo proveniente da constitucionalização de institutos jurídicos.

Percebeu-se que o Direito Público tem particular relevância nas searas constitucionais e administrativas e na realidade construída historicamente; especialmente no cenário brasileiro, há uma aproximação mais forte entre estes dois ramos do Direito desde que analisados perante a égide da organização do Estado, fruto preponderante do movimento do constitucionalismo moderno.

Concomitantemente, estabeleceu-se um paradigma dos estatutos proveniente do Direito Administrativo e a particular exegese que estes ocupam na Constituição Federal brasileira de 1988, amoldando-se em um modelo sistemático de renovação de valores e normas trazidos por sua inserção no plano constitucional. Mas, não apenas isso; também expressou as contribuições disto para a eficácia da mesma Constituição na realidade estatal e social, com a redefinição dos objetivos escolhidos no Estado Democrático de Direito na concretização de direitos fundamentais.

Por fim, estabeleceu os preceitos básicos deste Direito Constitucional Administrativo na natureza oferecida pela convergência de elementos do Estado, no diálogo da abstração e concretização desempenhada pela atividade administrativa, bem como seu processo de atualização aplicável pela hermenêutica específica de interpretação e aplicação das normas constitucionais e, assim, de normas administrativas alocadas na Constituição que se irradia pelas normas infraconstitucionais.

Referências

ALEXANDRE, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AMSELEK, Paul. L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales. In. _____. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. 1982, 2.v., p. 254-284. Disponível em: <<http://paul-amselek.com/travaux-philodroit.php>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Fórum administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v.4, n. 37, mar. 2004. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32895>>. Acesso em: 7 abr. 2012.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Santos. 10.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 19.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. *Teoria do Estado*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Organização do texto: Valério de Oliveira Mazzouli. Coletânea de Direito Internacional/Constituição Federal. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Leme: JG, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires;

BRANCO; Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIRES, Maria Coeli Simões. A revisão paradigmática do Estado e do Direito: um exercício em prol da democratização do sistema administrativo. In: LIMA, Sérgio Correa. *Temas de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da. Teoria do discurso, neopragmatismo e legitimação dos direitos humanos. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2007. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito administrativo. In: LIMA, Sérgio Correa. *Temas de Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

O PROBLEMA DO ANTAGONISMO POLÍTICO NA FORMAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Luiz Elias Miranda dos Santos
Advogado

Resumo

O presente trabalho consiste numa investigação sobre o problema do antagonismo político na formação do poder constituinte originário e uma peculiaridade especial sobre o mesmo. Em geral, ao se pensar política, não se ressalta o caráter conflituoso que a mesma possui. A breve investigação em questão busca ressaltar o conflito existente por trás do poder constituinte originário em que o mesmo não se forma por meio de um consenso, mas sim do conflito e, por meio desta compreensão antagonística da política, ressaltar a natureza essencialmente limitada do poder constituinte originário em contraposição com a clássica concepção do mesmo como uma criação *ex nihilo*. No presente artigo, utilizam-se essencialmente as concepções políticas do autor alemão Carl Schmitt (1888-1985) que sempre se caracterizou pela busca da autonomia da compreensão do político.

Palavras-chave: Antagonismo. Carl Schmitt. Fraternidade. Poder constituinte originário.

Abstract

The present work is an investigation into the problem of the political antagonism in the original constituent power's formation and a special peculiarity about it. In general, when considering policy is not underscored the conflictual character that it has. A brief investigation in question seeks to highlight the conflict behind the original constituent power where it is not formed by a consensus but conflict and, through this understanding antagonistic policy, emphasizing the essentially limited nature of constituent power originating in contrast with the classical conception of it as a creation *ex nihilo*. In this paper we used essentially the political conceptions of the german author Carl Schmitt (1888-1985), which has always been characterized by the search for an understanding of political autonomy.

Keywords: Antagonism. Carl Schmitt. Fraternity. Original constituent Power.

1 Considerações preliminares e colocação do problema

O poder constituinte é um dos grandes temas do direito constitucional clássico. Sua teorização foi impulsionada pelo constitucionalismo francês de cariz revolucionário que enfatiza a brutal ruptura institucional com o poder previamente constituído.

Segundo a definição mais recorrente para o fenômeno do poder constituinte originário, ele consiste no poder máximo de criação ilimitado de uma nova ordem jurídica, não se submetendo a qualquer limitação no momento de seu exercício.

Contudo, tal compreensão do poder constituinte pode apresentar alguns problemas. É o que se pretende demonstrar no presente trabalho: a incorreção da concepção do poder constituinte originário como fenômeno político de natureza ilimitada/incondicionada.

Outra questão que se busca esclarecer no presente trabalho é o mito da sociedade plural e da fraternidade que se busca disseminar como existente no âmbito do Direito Constitucional na atualidade. Trata-se de entender o papel das minorias dentro do sistema de direitos e garantias fundamentais da Constituição, papel que hoje fica muito mais evidente com a heterogeneidade e a questão do risco na sociedade pós-moderna¹.

Neste panorama problemático, no qual coexistem o princípio da maioria e a proteção das minorias, percebe-se a natureza conflituosa da política, conflito esse que se expressa através do próprio exercício do poder constituinte originário, como a seguir se demonstrará.

A ênfase do presente texto não recai no exercício do poder constituinte em si, mas sim na “decisão política de elaborar uma lei fundamental”². Na realidade, este momento está na origem daquele que dá forma (Constituição).

Em suma, nosso objetivo é demonstrar o caráter antagonista da política moderna e as consequências de tal conflito na formação do Estado e da Constituição.

¹Sobre a questão da sociedade de risco: um dos estudos mais interessantes na atualidade é realizado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

²CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 77.

2 O poder constituinte e sua atual concepção no âmbito do direito constitucional

Não há um consenso sobre a real natureza do poder constituinte, se política, jurídica ou se seria uma mescla entre as duas.

Apesar de o poder constituinte, em verdade, revelar-se “como uma questão de poder, de força ou de autoridade política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição”³, o mesmo não pode ser compreendido como algo puramente político, mas sim como uma categoria que deve ser pensada sob o prisma político, jurídico e filosófico.

A dificuldade de determinação da natureza do poder constituinte não é algo dele exclusiva. Semelhante dificuldade pode ser encontrada ao abordarem-se temas capitais da filosofia política e direito constitucional, como é o caso do estado de exceção⁴, da guerra ou da revolução⁵.

De fato, pode-se afirmar que a ideia de poder constituinte se situa em uma zona de indeterminação (zona gris) entre o direito e a política, não sendo propriamente um conceito jurídico, nem muito menos uma questão de pura força determinada exclusivamente pela dinâmica das forças políticas do Estado.

Habitualmente, para a compreensão da teoria do poder constituinte há três modelos distintos, quais sejam, o historicista (revelar a norma), de matriz inglesa; o americano (dizer a norma); e o francês (criar a norma), também conhecido por sua natureza revolucionária. Devido às proporções do presente texto, vamos centrar nossas atenções no modo como o constitucionalismo francês compreende o poder constituinte.

Da forma como o Direito Constitucional brasileiro compreende a teoria do poder constituinte, em especial o denominado poder constituinte originário, que cria a primeira Constituição ou que marca a substituição da vigente por uma nova ordem positiva, por qualquer motivo que

³CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 65

⁴Para uma tentativa de compreensão jurídica desse obscuro instituto, Cf. AGAMBEN, Giorgio, Estado de Exceção. São Paulo: Boitempo, 2004. Entre os trabalhos clássicos, Cf. SCHMITT, Carl. *Teologia política: Quatro Capítulos sobre a Doutrina da Soberania*. In: A Crise da democracia parlamentar. São Paulo: Scritta, 1996, p. 81 e ss.

⁵Interessante conceito de guerra e revolução (e a distinção entre os dois) pode ser encontrado em ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 35-46.

seja (revolução, golpe de Estado, transição democrática de regime, etc.), percebe-se a clara influência da doutrina constitucional francesa, ainda muito forte, nos estudos que definem o poder constituinte originário como manifestação “inicial, ilimitada e incondicionada”⁶.

Em suma, o constitucionalismo revolucionário – encabeçado pelos escritos do abade francês Sieyès – vê a possibilidade de um radical rompimento com todo o sistema institucional anterior à revolução e, com essa ruptura, a possibilidade de criação constitucional a partir do nada.

Percebe-se, em tal forma de raciocínio, uma forte influência da teologia cristã, o que dá margem à formação de uma teologia política, conferindo características quase divinas ao poder constituinte (originalidade, autonomia e onipotência), de forma muito parecida com o conceito de soberania formulado pelos filósofos medievais e também da era moderna (quando do florescimento dos Estados Nacionais) a partir da fórmula da suprema *potestas superiorem non recognoscens*⁷.

Deve-se repelir a ideia que se tenta propagar por meio do constitucionalismo francófono de uma possibilidade de criação jurídico-político a partir da ausência de qualquer referência normativa (axiológica, jurídica, religiosa, etc.), como que na tentativa de criar um Deus secular, um resquício de metafísica (e da teologia política de característica medieval) na ordem estatal que deve ser repelida pela tese republicana do caráter estritamente laico do Estado. A propósito, este é um dos principais pontos do projeto liberal (ou liberdade dos modernos⁸) que embasa a revolução francesa, ou seja, o Estado e (principalmente) o direito como frutos da criação racional humana.

Desta forma, na atualidade não é possível concordar com a concepção que os revolucionários franceses (1789) deram ao poder constituinte originário, mais ainda nos tempos de Estado secular da atualidade, quando se rejeita (ou se deveria rejeitar) a influência de uma

⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 198.

⁷Poder Superior que não reconhece outro acima de si. A genealogia desse termo e conceito pode ser claramente vista a partir do estudo sobre a soberania realizado pelo filósofo italiano FERRAJOLI, Luigi. In: _____. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 1 e ss.

⁸Sobre a distinção entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, esclarecedor é o texto de J. J. Gomes Canotilho. O Círculo e a linha: Da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, pp. 1 e ss.

teologia secularizada (por mais contraditória que tal expressão possa parecer) na formação da dinâmica política.

Cabe ressaltar, portanto, que a Constituição não se forma a partir de um vazio normativo e o poder constituinte originário mesmo que, em sua primeira aparição na sociedade, não crie o Estado a partir do nada.

A partir da tese de que o poder constituinte originário não atua construindo tudo a partir do nada, vislumbra-se a necessária vinculação jurídica do mesmo a determinados princípios.

Isto significa que a liberdade de criação do poder constituinte é relativa, por mais que a sua atividade venha a plasmar a forma que o Estado e o próprio processo político deverão assumir. Portanto, além da vinculação política (vontade popular⁹), o poder constituinte submete-se a limitações das mais variadas formas (jurídica, econômica, sociológica, ética, princípios internacionais, etc.). E são exatamente tais limites que conferirão legitimidade à Carta Política ante a sociedade que ela busca conformar.

3 O antagonismo e sua presença na política pós-moderna¹⁰

Na atualidade, cresce uma voz de natureza otimista que tenta tornar sólida a ideia de que a política é um espaço plural que busca a realização da felicidade de todos, sem distinção alguma, ou seja, a política seria o espaço para propagação da felicidade. De acordo com

⁹ A referência à vontade popular aqui externada é a ideia de povo como grandeza pluralística (Peter Häberle). Não obstante tal conceito de povo, é sempre importante não olvidar as leituras biopolíticas que podem ser feitas sobre o conceito de povo. Nesse sentido, é pertinente a crítica de Giorgio Agamben, em Povo como corpo político integral, e, em outro sentido quase que oposto, em povo como multiplicidade fragmentária de corpos (pessoas) necessitados e excluídos. Sobre a dualidade de Povo como grandeza política organizada e povo sinônimo de 'cidadãos de segunda classe' e massa excluída do processo político, Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è un popolo?* In: _____. *Mezzi senza fine: notte sulla politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008, p. 31.

¹⁰ Sobre a questão modernidade/pós-modernidade como uma tensão entre ruptura ou continuidade da modernidade sob um projeto que não se sabe constituir como outra modernidade ou como projeto antimoderno, cf. AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como exercício de passagem nos limites da juridicidade: imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 221 e ss. Ainda sobre o conceito de pós-modernidade, cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad del México: Herder, 2006, p. 905 e ss. Para uma crítica da pós-modernidade e assunção da modernidade como uma projeto inacabado, cf. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

esse objetivo, a fraternidade teria papel essencial como princípio informativo da ação política, regulador do exercício razoável da liberdade e igualdade¹¹.

Por mais animadora ou até mesmo sedutora que seja tal ideia, não é possível seguir por tal senda. Afinal de contas, a natureza da política, desde seus primórdios, está ligada ao antagonismo.

A fraternidade pode ser mais aplicada como princípio jurídico do que como elemento essencialmente político. A política é ação humana que sempre tenta fugir das esferas de controle, mostrando-se incompatível, comumente, com a mediação, com o sopesamento de interesses. Por sua vez, é sempre o direito que busca a conciliação não alcançada pela política, o equilíbrio no intuito de preservar a instância de convivência que conhecemos como sociedade.

Por mais que possa a política “ser vista como uma espécie de espaço de convivência (a *polis* do mundo antigo) dentro da qual os seres humanos procuram sua realização coletiva”¹², este espaço convivencial sempre será marcado pelo conflito e pela contraposição – moderada ou extrema, dependendo do caso – dos interesses políticos de vários grupos sociais.

Ao se observar a práxis política contemporânea, pode-se encontrar com muito mais facilidade a contraposição mais ou menos intensa entre facções políticas do que a mediação fraterna de interesses, como já afirmado anteriormente. Isto ocorre porque o ser humano é um animal naturalmente conflituoso, que tende sempre a maximizar a plausibilidade de seus interesses em detrimento dos interesses diversos dos seus. Da mesma forma, o homem tende a agrupar-se em torno dos seus semelhantes, daqueles que demonstram ter interesses compatíveis ou parecidos com os seus na intenção de atingir sua máxima satisfação.

A reunião de grupos com membros possuidores de interesses semelhantes e sua confrontação com outros grupos de interesses contrapostos remissiva aos primórdios da humanidade é a raiz da política contemporânea, em especial se analisarmos a ordem internacional.

¹¹ Em tais termos, Cf. BAGGIO, Antônio Maria (org.). *Il principio dimenticato: La fraternità nella riflessione politologica contemporanea*. Roma: Città Nuova, 2007.

¹² ALMEIDA FILHO, Agassiz. Carl Schmitt e o antagonismo político. In: _____; BARROS, Vinícius Soares de Campos. *Novo manual de ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 468.

Neste contexto, literalmente, o século XXI notabilizou-se pela radical divisão do globo entre amigos e inimigos, dependendo dos seus interesses, nem sempre totalmente aparentes e, muitas vezes, portadores de discursos demagógicos, em que o que se defende não é aplicado dentro de seu próprio território¹³.

Desta forma, adotando-se o paradigma antagonista para a compreensão de fenômeno político, ganham relevância as ideias do jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985), um dos bastiões do Direito Público tedesco antinormativista no século XX – em clara oposição à escola neokantiana encabeçada por Hans Kelsen¹⁴ – e grande opositor da República de Weimar (1919-1933). Schmitt também foi colaborador do regime nacional-socialista, assim como algumas outras figuras intelectuais alemãs, como Martin Heidegger (1889-1976), Ernst Jünger (1895-1998) e Karl Larenz (1903-1993).

A proposta de Schmitt é a reconstrução (que, ao mesmo tempo, não deixa de ser uma desconstrução, como bem nos lembra Jacques Derrida), do político na busca de um conceito autônomo¹⁵.

Segundo Schmitt, não há uma definição independente sobre o que é o político. Tal conceito é sempre remissivo a alguma outra realidade (moral, estética, religião, economia, etc.). Em geral, “o Estado surge (...) como algo político, o político, porém, como algo estatal; evidentemente um círculo que não satisfaz”¹⁶.

¹³Referimo-nos aqui à mudança de tom na política internacional – e até mesmo nacional, já que, nos últimos anos, tem se fortalecido, principalmente no Direito Penal, o discurso antigarantista, com a interpretação limitadora e até mesmo o retrocesso dos direitos e garantias fundamentais – ocorrida após 2001, com a sem sentido guerra ao terror. Esta consiste na imposição forçada (muitas vezes por meio de intervenções militares) de regimes democráticos em alguns países do mundo considerados pela doutrina da guerra preventiva como Estados fracassados, entre outras construções doutrinárias que se baseiam na negação do outro em moldes antagonistas e na prevalência dos argumentos mais fortes (ou mais bem armados). Sobre este panorama sombrio da política externa no atual século, Cf. CHOMSKY, Noam. *Estados fracassados*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2009.

¹⁴A disputa intelectual entre Schmitt e Kelsen até meados dos anos 1930/1940 pode ser compreendida como uma das mais acirradas do século XX. Sobre o debate dos dois em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos*, n. 86, pp. 195-227.

¹⁵Sobre a busca de Carl Schmitt por um conceito autônomo do político, Cf. FLICKINGER, Hans Georg. A luta pelo espaço autônomo do político. In: SCHMITT, Carl. *O Conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992, pp. 9-26 (apresentação).

¹⁶SCHMITT, Carl. *O Conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 44.

A grande busca do pensador alemão é a construção de um conceito do que seria o político que não fizesse referência a nenhum outro conceito existente no pensamento contemporâneo. Schmitt sempre autouou em prol da autonomia da definição do político, um dos tópicos mais obscuros e espinhosos da filosofia política desde a época clássica¹⁷.

A partir de alguns conceitos platônicos presentes em “A República”, Schmitt formula uma tese bastante original. O político, segundo o autor alemão, seria baseado unicamente na aproximação entre amigo (*Freund*) e inimigo (*Feund*), ou seja, a distinção amigo-inimigo seria o critério do político e apenas esta distinção de aproximação ou repulsão definiria o que vem a ser político: “na medida em que ela não é derivável de outros critérios, corresponde, para o político, aos critérios relativamente independentes das demais contraposições”¹⁸.

Em suma, pode-se afirmar sobre o projeto intelectual deste pensador alemão que

Schmitt não se propõe a estabelecer uma definição da política, mas fixar o critério derradeiro cuja aplicabilidade a certa instituição, ideia ou ação permite qualificá-la de política e diferenciá-las de outras instituições, ideias ou ações que carecem de valor político¹⁹.

Contudo, apesar de certa correspondência entre o conceito schmittiano de política e a conjuntura política contemporânea, haveria um liame entre a distinção amigo-inimigo e o poder constituinte originário?

Tal relação é bastante evidente. O caráter heterogêneo assumido pela sociedade contemporânea torna a dinâmica política um *pluriversum* de grupos mais próximos (amigos) ou mais distanciados (inimigos). Tais grupos necessariamente irão lutar – com maior ou menor possibilidade

¹⁷ Não devemos confundir a autonomia buscada por Schmitt para o que vem a ser o político com a pureza metodológica preconizada por Kelsen, promovendo, assim, uma aproximação indevida e impensável. Sobre as origens da pureza buscada por Hans Kelsen na construção de sua Teoria do Direito, Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

¹⁸ SCHMITT, Carl. *O Conceito do político*. Op. cit., pp. 51-52.

¹⁹ BRAVO, Ramón Campderrich. *La palabra de behemoth: derecho, política y orden internacional* en la obra de Carl Schmitt. Madrid: Trotta, 2005, p. 42.

de um confronto que pode ultrapassar as mobilizações pacíficas ou a retórica política, sempre estando presente a possibilidade de conflito bélico²⁰ como uma situação emergente num eventual futuro²¹ – pelo controle do Estado, procurando moldá-lo segundo seu próprio modo de entender a convivência.

A partir daí, podemos observar o poder constituinte originário sob uma perspectiva diferente da tradicionalmente difundida pelo pensamento constitucional; o momento diretamente posterior ao conflito político que interessa o presente estudo.

4 A decisão política fundamental e a moldagem do Estado

Tradicionalmente o exercício do poder constituinte originário é entendido como algo ligado à elaboração da Constituição por meio de uma assembleia constituinte. Não é esse o entendimento aqui externado, como já demonstrado anteriormente (p.2).

Mais importante do que a institucionalização do poder constituinte²² é a tomada de decisão por parte da comunidade, a escolha fundamental de ter uma (ou uma nova) Constituição. Em verdade, é esta decisão que será realmente o ente formador do Estado. É a partir da definição de quem tomará a decisão política fundamental (grupo que se

²⁰O desencadeamento da guerra como decorrência da hostilidade entre amigos e inimigos na obra de Schmitt não se mostra como algo obrigatório. Dela também não resulta necessariamente a construção de um estado de beligerância permanente, a exemplo da guerra de todos contra todos do estado de natureza hobbesiano. Percebe-se que, na obra de Carl Schmitt, a guerra é vista como última *ratio* do conflito entre amigos e inimigos, uma última solução ante a intensificação do conflito entre as grandezas políticas e a impossibilidade de conciliação. Nessa mesma linha que Lívio preconizava que “é justa a guerra que é necessária, e sagradas são as armas quando não há esperança senão nelas”. Apud ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 37.

²¹Ressalte-se que defendemos a interpretação da teoria política de Carl Schmitt segundo a qual a guerra não pode ser um estado permanente dentro do ente estatal, mas tão somente uma eventualidade que poderá acontecer quando do choque entre amigos e inimigos. Superada a fase de conflito e moldado o Estado segundo a vontade do grupo vencedor, desaparece o estado de guerra, apesar da tensão sempre presente entre o grupo vencedor e os remanescentes do grupo vencido na disputa pelo poder. Em sentido contrário à nossa posição, Cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Fundamentos do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 241.

²²Com a institucionalização da decisão política, aquilo que figura entre os indivíduos como força convivencial viva, relativamente desprovida de sistematização, converte-se em linha mestra sobre a qual a vida em comunidade vai se estruturar. ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Fundamentos do direito constitucional*. Op. cit., p. 243.

sobrepuser no conflito político) que se definirão os caminhos a serem seguidos na fase de institucionalização do poder constituinte.

Desta forma, entendemos que importante para a compreensão de poder constituinte originário é a decisão política fundamental da comunidade de ter uma constituição. Contudo, tal decisão deve sempre se ater aos marcos estabelecidos pela sociedade e certas compreensões ideológicas inerentes à própria sociedade, ou seja, seu exercício é necessariamente um expressão de poder limitado.

Contudo, certos problemas emergem da presente compreensão de poder constituinte e do próprio antagonismo em si.

Em primeiro lugar, não se pode negar o caráter necessariamente democrático que uma Constituição deve ter na atualidade. Pensar de forma oposta iria de encontro às ideias primordiais que fundaram a sociedade contemporânea (inspirada nos ecos da Revolução Francesa). Por outro lado, com a complexidade social que vislumbramos hoje em dia, fica cada vez mais difícil contemplar todos os segmentos da sociedade de forma igualitária, da forma como preconiza o moderno entendimento de democracia e pluralismo político.

O problema da complexidade se agrava com a compreensão da política sob uma perspectiva antagonista. Se há sempre um conflito mais ou menos intenso no seio da sociedade, conflito este onde necessariamente haverá uma divisão entre vencedores e derrotados, como realizar o ideal democrático do pluralismo político por meio da Constituição?

A partir da vitória de um grupo na disputa pelo monopólio da decisão política fundamental, poderão seguir-se dois caminhos, caminhos estes que implicam em opções totalmente diversas entre si.

Em primeiro lugar, há a possibilidade de que, após a vitória no conflito, o grupo vencedor, agora politicamente preponderante, seguirá rumo a uma democracia da identidade nos moldes formulados por Carl Schmitt²³. Desta forma, haveria a perpetuação do conflito pré-constitucional entre amigos e inimigos, de modo que, após a formação da Constituição, criar-se-ia um bloco político preponderante e outro marginalizado, com a única opção de aderir ao projeto político adversá-

²³ A ideia de democracia da identidade em Carl Schmitt manifesta-se como a identidade entre governante e governados. No entanto, segundo o pensador alemão, tal identidade apenas pode tornar-se algo efetivo num ambiente de homogeneidade político-social, ou seja, numa sociedade onde não exista pluralismo. Esse paradigma schmittiano deve-se ao temor de que uma impossibilidade de conciliação entre vários grupos sociais conduza à eliminação do Estado.

rio ou ser eliminado. Tal opção faz-se no intuito de formar uma unidade política homogênea, inexistindo a possibilidade de contemplação de minorias em tal forma de organizar o Estado.

A segunda possibilidade, numa perspectiva diametralmente oposta, também apresenta um dado setor como vencedor do conflito para decidir acerca da criação de uma nova Constituição e dos rumos a serem tomados pelo Estado no momento da criação de uma nova ordem jurídica (controle da institucionalização do poder constituinte). No entanto, após a formação da Constituição, ao contrário da primeira opção, busca-se conciliar os antagonismos, conferindo a possibilidade de participação dos grupos vencidos nas decisões dos rumos estatais com claro respeito aos direitos das minorias na tentativa de construção de uma unidade política baseada na pluralidade.

A segunda opção mostra-se mais compatível com a ideia de Estado Material Democrático de Direito ventilada pelo constitucionalismo na atualidade, com a formação de uma ordem política plural onde todos os segmentos da sociedade devem ter voz ativa na definição dos rumos do Estado, rumos estes que devem, necessariamente, ser definidos por meio do consenso.

Não obstante as qualidades da segunda opção, que representa a atenuação dos conflitos entre interesses opostos dentro do Estado, ainda prosseguem dilemas de complexa solução: como assegurar a participação das minorias nos governos com o intuito de formação de uma ordem política plural? Como assegurar a superação (ou atenuação) dos antagonismos no intuito de buscar o progresso da sociedade? Como garantir que a participação das minorias na política estatal não seja massacrada pela maioria, compondo apenas um pluralismo de matriz formal, onde a participação existe, mas nunca consegue ser efetiva?

5 Considerações finais

Os questionamentos apresentados são estratégicos para a democracia, o Direito Constitucional, a Teoria da Constituição e Ciência Política atuais, pois a criação de uma Constituição democrática e de uma unidade política que sejam realmente plurais é o grande desafio de tais disciplinas e da sociedade atual que busca unir sem massacrar.

A partir dos argumentos aqui desenvolvidos, mostra-se importante a compreensão do poder constituinte, não como uma entidade

quase teológica, mas sim como a expressão de um poder necessariamente popular (a modernidade que se busca construir na atualidade não se mostra tolerante com regimes de força, de exceção ou aristocráticos, sempre buscando a democracia plena como ideal), exercido de forma limitada com observância aos marcos fixados pela própria sociedade por meio de sua “vontade de Constituição”.

O pluralismo é sempre um horizonte almejado pela política e pelo direito. Porém, sua realização é de difícil consecução. O pluralismo pode ser visto como um mito que precisa ser concretizado. Na atualidade, é muito complexa sua observação fática para além das declarações de formação de uma sociedade plural, fraterna e solidária presentes em várias Constituições do mundo. A formação de uma sociedade plural mostra-se de vital importância, pois é apenas com um verdadeiro pluralismo que se poderá atingir uma plena democracia. Afinal, não é possível entender como democrático um regime político ou uma Constituição que consagrem apenas os direitos de uma maioria, sem a defesa de um espectro mínimo de satisfação para as minorias, o que redundaria necessariamente na busca do equilíbrio entre tais grandezas sociais.

Os antagonismos existem, independentemente de construções filosóficas que queiram entender o processo político sob uma ótica idealista de fraternidade. Entretanto, tais antagonismos devem ser superados (sempre que possível, uma vez que não se descarta a existência de posições totalmente incompatíveis) no intuito de evolução do Estado e da sociedade para a formação de uma unidade política realmente plural, em que todos os setores da sociedade possam conviver com a participação realmente efetiva na definição dos rumos do Estado.

Os problemas aqui abordados são de complexa solução. Esta surgirá no futuro, com o aperfeiçoamento das instituições do Estado de Direito. Mais do que um dado ou uma simples instituição escrita numa “folha de papel”, deve ser construído por todos os membros da sociedade.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Mezzi senza fine: note sulla politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Fundamentos do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____; BARROS, Vinícius Soares de Campos (Org.). *Manual de ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como exercício de passagem nos limites da juridicidade: imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAVO, Ramón Campderrich. *La palabra de behemoth: derecho, Política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *O Conceito do político: teoria do Partisan*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo; LUTHER, Jörg.; PORTINARO, Pier Paolo. *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

A AUSÊNCIA DE LIMITE MÍNIMO DE IDADE COMO REQUISITO À APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO E A NÃO CONFIGURAÇÃO DE RISCO SOCIAL

Antônio Braz Rolim Filho
Professor de Direito na FAFIC

Resumo

Os benefícios previdenciários, gênero do qual faz parte a aposentadoria por tempo de contribuição, simbolizam o ideal protetivo buscado pelo atual estágio de desenvolvimento estatal (Estado do bem-estar social), em decorrência do insucesso da vertente apenas liberal, mantenedora de liberdade negativa. Contudo, percebe-se que o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, distanciando-se dos demais, parece não englobar nenhum risco social a ser atendido pelo Estado, dado ao fato de inexistir idade mínima para a concessão do benefício referido. Assim, é escopo desse trabalho analisar se o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição destoa de todo o subsistema da previdência social, a ponto de enfraquecer o sistema de proteção, que tem como um de seus pilares o princípio da solidariedade.

Palavras-chave: Aposentadoria por tempo de contribuição. Idade mínima. Risco social.

Abstract

Social security benefits, which is part of the genre retirement contribution time, symbolize the ideal protective sought by the current stage of development state (state welfare), due to the failure of liberal strand only, keeper of negative liberty. However, it is clear that the retirement benefit contribution time, away from the others, seems to encompass any social risk to be met by the state, given the fact inexistence minimum age for granting the said benefit. Thus, the scope of this work is to analyze whether the retirement benefit based on years of clashes whole subsystem of social security, to weaken the protection system, which has as one of its pillars the principle of solidarity.

Keywords: Retirement contribution time. Minimum Age. Risk social.

1 Introdução

A partir da natural evolução da sociedade e das constantes reivindicações populares, o Estado precisou modificar a sua postura de apenas garantidor da paz social (resguardando liberdades negativas), para assumir uma feição positiva, na medida em que, gradativamente, foi incumbido da efetivação de prestações na área econômica e social, a exemplo da saúde, assistência e previdência social.

Esta nova fisionomia estatal, voltada à proteção do conteúdo mínimo essencial, para a garantia de existência digna ao cidadão, visa prevenir ou amenizar riscos sociais, como a velhice, o desemprego, a doença, a incapacidade para o trabalho, dentre outros. Destarte, na perspectiva de atender a estes eventos, surgiu a seguridade social.

Dentro do sistema securitário social, coexistem dois subsistemas: um de natureza contributiva, composto pela previdência social, e outro de vertente não contributiva, integrado pela saúde e pela assistência social.

Ao que interessa ao objeto de estudo desta pesquisa está o primeiro subsistema, o da previdência social, dado ao fato de que as contribuições sociais vertidas para o fundo previdenciário propiciam a cobertura dos supramencionados riscos sociais, mediante a concessão de benefícios em dinheiro, para as hipóteses em que o contribuinte não possa mais exercer atividades laborativas, como ocorre com o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo.

Tal benefício está previsto no artigo 201, §7º, inciso I, da Constituição Federal¹ (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998), com previsão legal entre os artigos 52² a 56 da Lei nº 8.213/91, cuja regulamentação, por sua vez, coube ao Decreto nº 3.048/99, nos seus artigos 56³ a 63. De outro lado, é imperioso

¹Art. 201. (...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

²Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino.

³Art. 56. A aposentadoria por tempo de contribuição será devida ao segurado após trinta e cinco anos de contribuição, se homem, ou trinta anos, se mulher, observado o disposto no art. 199-A.

observar que nenhum dos dispositivos normativos transcritos, mesmo após a alteração promovida pela citada Emenda Constitucional, exigiu como requisito para a obtenção do benefício previdenciário em espécie, o tempo mínimo de idade que deverá ter atingido o segurado, a fim de que possa se aposentar pelo tempo de contribuição.

Desta forma, cumprido somente o tempo de contribuição exigido, com a possibilidade de o contribuinte ingressar na inatividade remunerada mesmo antes de se enquadrar como pessoa idosa, pode o risco social a ser coberto por este benefício previdenciário, qual seja a velhice, não estar sendo alcançado de fato, conforme a exposição que segue adiante.

2 Da aposentadoria por tempo de contribuição

Antes de enfrentar a problemática atinente à existência ou não de risco social, cumpre apresentar o objeto de estudo, qual seja a aposentadoria por tempo de contribuição.

2.1 Enquadramento normativo

Nos termos do artigo 201, *caput*, da Constituição Federal, a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. “O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é o regime jurídico-previdenciário aplicável a todos os trabalhadores da iniciativa privada” (CUNHA JR., 2011, p. 1247).

No âmbito do aludido regime, ao lado de outros benefícios devidos ao contribuinte, em virtude de este ter alçado um patamar etário que não comporte mais o exercício de atividade remunerada, há o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. Mencionado benefício, por conseguinte, anteriormente à reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98, era denominado de aposentadoria por tempo de serviço. Nomenclatura, aliás, que permaneceu inalterada em sede infraconstitucional, conforme expõe Amado (2012, p. 520):

O estudo da aposentadoria por tempo de contribuição deverá ser iniciado pelos dispositivos constitucionais, haja vista que vários artigos da Lei 8.213/91 não foram adaptados à primeira reforma constitucional previdenciária, a começar pelo título do benefício, que permanece como aposentadoria por tempo de serviço.

Referido benefício será devido ao homem e a mulher quando atingirem, respectivamente, 35 e 30 anos de contribuição, nos termos do já referido artigo 201, §7º, inciso I, da Carta Federal de 1988. Além disso, como condição *sine qua non* para obter o benefício, deverá o segurado verter para o sistema 180 (cento e oitenta) contribuições, a título de carência.

2.2 Implicações do Instituto no Fundo Previdenciário

Com a elevação da expectativa de vida da população brasileira, esta atualmente em 73,4 anos, de acordo com os dados do IBGE para 2010, o pretendido equilíbrio financeiro e atuarial do regime está ameaçado, já que mais pessoas ingressarão na inatividade mais cedo, inclusive com a possibilidade de passarem mais tempo recebendo o benefício previdenciário do que aquele em que verteram contribuições ao sistema.

Antevendo a problemática e buscando desestimular a antecipada aposentadoria, isso, porque “a inclusão do critério da idade mínima para a obtenção de todo e qualquer tipo de aposentadoria foi rejeitada no Congresso Nacional durante o processo de discussão da Reforma Previdenciária de 1998” (DIEESE, 2008, p. 02), o governo federal editou a Lei nº 9.876/99, instituindo o fator previdenciário, que, de forma sintética, pressupõe a aplicação de um índice sobre a média dos 80% maiores salários de contribuição do segurado. Todavia, mesmo em face da manobra indireta adotada, o legislador não conseguiu impedir que o benefício de aposentadoria fosse concedido antes de o segurado atingir a faixa estaria de idoso, permanecendo, assim, a problemática para o sistema.

3 Da ausência de risco social na aposentadoria por tempo de contribuição

Sendo a Previdência Social um subsistema da Seguridade Social, tem aquele a finalidade de proteção social dos sujeitos a ele filiados,

objetivando cobrir os riscos sociais a que estes estão submetidos quando do exercício de suas atividades de labor. Para alcançar este objetivo, o Estado, conforme mencionado na introdução, despe-se da roupagem de apenas garantidor de direitos, para criar uma cadeia de benefícios apropriada a fazer frente às necessidades dos segurados. “Cada risco social considerado relevante deve ser contemplado com um benefício previdenciário que garanta a sua cobertura, ou seja, o sistema deve atuar na desordem social” (BALERA, 2003, p. 13).

Tendo em vista o fato de que a aposentadoria por tempo de contribuição não demanda idade mínima, a doutrina abalizada tece severas críticas sobre o instituto, sob o argumento de que “nessas aposentações precoces, prega-se que inexistente risco social a ser coberto, pois, antes dos sessenta anos de idade, o segurado ainda não é sequer considerado idoso” (AMADO, 2012, p. 438).

Ora, “o fato de o segurado ter contribuído por determinado número de anos não pressupõe, necessariamente, que ele não tenha mais condições de exercer a sua atividade” (KERTZMAN, 2011, p. 382).

Observe-se, inclusive, que no multicitado artigo 201 da Carta Magna⁴, onde estão listados os riscos sociais a serem atendidos pela previdência social, não consta o tempo de contribuição como um risco social. Não obstante, é inquestionável a existência deste benefício previdenciário, conforme proclama o inciso I, do §7º, do mesmo dispositivo constitucional⁵.

Em um regime de previdência público, como é o caso do Brasil, em que prevalece o ideal de proteção social, diferentemente do que ocorre nos regimes privados de previdência, em que o indivíduo paga pensando, exclusivamente, em seu futuro, não se pode alçar à categoria de risco social o tempo de contribuição. Contribuição esta, aliás, que

⁴ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

⁵ § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

não é obrigatória pelo simples fato de possuir natureza jurídica de tributo, mas, como afirma Zambitte (2003, p. 16), em razão de que, nesta perspectiva:

os segurados contribuem para os regimes públicos de previdência devido ao caráter compulsório do sistema, que objetiva combater a miopia individual (pouca importância dos mais jovens ao futuro) e a solidariedade previdenciária, garantidora do pagamento de benefícios mesmo àqueles com cotização insuficiente.

Diante da situação apresentada, vozes pregam a extinção do benefício previdenciário da aposentadoria por tempo de contribuição, a exemplo de Kertzman (2008, p. 14): “Acreditamos que a aposentadoria por tempo de contribuição não esteja alinhada aos objetivos da previdência social, não representando qualquer risco social para os cidadãos, e, por isso, deve ser expurgada do nosso subsistema de previdência social”.

De outra banda, há quem pregue uma alteração efetiva do benefício, como o faz Amado (2012, p. 851): “Entende-se que o melhor caminho é a instituição de idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição (60 anos e 55 anos de idade para homens e mulheres, respectivamente), com a consequente extinção do fator previdenciário”.

4 Conclusão

A aposentadoria por tempo de contribuição, assim como os demais benefícios previdenciários, surgiu em face da nova fisionomia adotada pelo Estado moderno, que deixou de lado a vertente liberal e assumiu o compromisso de intervir na seara social, em especial mediante a seleção de riscos sociais relacionados ao exercício de trabalho remunerado, os quais são acobertados pela concessão de prestações em dinheiro.

De outro lado, ao passo em que se instituíam medidas cada vez mais voltadas à proteção dos trabalhadores, permitiu-se que institutos diversos e não correspondentes a riscos sociais fizessem parte da estrutura do subsistema de previdência social, como é o caso do tempo de contribuição.

Observou-se, de início, que a tentativa de instituir uma idade mínima para a concessão do benefício aludido não logrou êxito, tendo sido adotadas medidas paliativas pelo governo, como é o caso do citado

instituto do fator previdenciário, que, por sua vez, longe de solucionar a pendenga, apenas criou regras mais severas para evitar a aposentação precoce, tornando-se, assim, um mal necessário.

O que ficou claro é que, de todos os riscos sociais selecionados pelo legislador constituinte, o tempo de contribuição não encontra abrigo e nem similar, de modo que a aposentadoria por tempo de contribuição coloca em risco o sistema previdenciário nacional, dado ao fato de alongar o período de inatividade dos seus filiados, além de atentar contra o princípio da solidariedade social, este alçado à posição de princípio norteador de todo o sistema de seguridade social brasileiro estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Referências

AMADO, Frederico. *Direito e processo previdenciários sistematizado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. *Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. *Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em: 27 out. 2012.

_____. *Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2012.

CUNHA JR., Dirley. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. *O fim da aposentadoria por tempo de contribuição*. Disponí-

vel em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:ImS0l3RntDwJ:www.grupos.com.br/group/posprevidenciario2/Messages.html%3Faction%3Ddownload%26year%3D09%26month%3D6%26id%3D1244384805983590%26attach%3DO%2BFim%2Bda%2BAposentadoria%2Bpor%2BTempo%2Bde%2BContribui%25E7%25E3o%2BFinal.doc+O+fim+da+Aposentadoria+por+Tempo+de+Contribui%C3%A7%C3%A3o+Ivan+Kertzman&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsiqVWKV7sPQm7BU1NZwEk6E9pOMN9V-qJ-Wl-q_2LNG9-D8xuXrK56oc6bYK7bN-3iHMe2fdn6PIrUcfYqGwTHq4dr0UPZdDWhxh3s69DcOrFK1wKgKxsFRe2QE1oP6JpzWi2ha&sig=AHIEtbSnPnfXCj88MRlqyzt-eeQC_iBsDw>.
Acesso em: 31 out. 2012.

DIREITOS HUMANOS



Açude Jatobá - Patos-PB
(Acervo do Arquivo do CEAF/MPPB)

A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Luciara Lima Simeão Moura

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

O artigo tem por objetivo tratar da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e de suas relações com o direito interno, inclusive com a Constituição Federal. Primeiramente, são abordados os antecedentes históricos do movimento de internacionalização dos direitos humanos e o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a forma como o Brasil passou a fazer parte dessa nova ordem mundial através da recepção no direito interno de normas internacionais de promoção dos direitos humanos. Através de pesquisa bibliográfica, constata-se que são quatro as correntes doutrinárias que tratam do valor jurídico dos referidos tratados, concluindo-se que a mais adequada é aquela que reconhece o valor materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, conforme interpretação sistemática e teleológica conferida aos §§2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Tratados internacionais. Hierarquia de normas.

Abstract

The article aims to discuss the hierarchy of international human rights treaties in Brazilian Law and their connections with the national law, including the Federal Constitution. Firstly, the work addresses the issue of the historical conditions in which the human rights became an international matter, thus evolving to the International Human Rights Law, as well as how Brazil started to take part in this new phenomenon by accepting into its internal law international human rights norms. By means of a bibliographic research, it is established the existence of four different theories that try to explain the value of those treaties. We are able to conclude that the most appropriate one is the theory that recognizes the constitutional value of the human rights treaties, given the

systematic and teleological interpretation of the 2° and 3° paragraphs of the article 5° of the Federal Constitution.

KEY WORDS: human rights. International treaties. Hierarchy of norms.

1 Introdução

Propõe-se neste artigo abordar a questão da internacionalização dos direitos humanos, analisando o momento histórico que propiciou o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como apresentar, de forma sucinta, a evolução da discussão sobre a afirmação e proteção dos direitos humanos no plano internacional, através de acordos firmados entre Estados soberanos, denominados genericamente de tratados internacionais, e as consequências que tais pactos trazem para os sujeitos de Direito Internacional, aqui se incluindo igualmente os indivíduos, e não apenas os Estados pactuantes.

Em seguida, abordar-se-á a temática sob a perspectiva brasileira, isto é, o momento em que o Brasil passou, efetivamente, a não apenas celebrar os tratados de direitos humanos, mas a integrá-los em seu ordenamento jurídico. Nesse diapasão, estudar-se-ão as normas previstas para celebração dos tratados internacionais e os mecanismos de incorporação destes no Direito positivo brasileiro.

Após o estudo sobre os antecedentes históricos e jurídicos do processo de internacionalização dos direitos humanos e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, serão analisadas as correntes doutrinárias existentes a respeito do valor jurídico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, qual seja, sua hierarquia no plano das fontes normativas, uma vez que, incorporados ao direito interno, passam a com ele se relacionar e, muitas vezes, surgem controvérsias sobre a posição que devem ocupar na pirâmide jurídica.

São quatro, atualmente, os posicionamentos acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos: a que considera o valor supraconstitucional dos tratados; outra que empresta a eles o valor de fontes normativas de caráter constitucional e de aplicabilidade imediata; uma terceira que os considera

infraconstitucionais, porém dotados de supralegalidade, e por fim, a vertente paritária, a qual iguala os tratados às leis ordinárias, para todos os efeitos, inclusive para revogação da norma anterior pela mais recente.

2 Antecedentes históricos do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos

Apontam os estudiosos que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, “base normativa que disciplina e rege a proteção internacional de direitos”¹, surgiu no fim da primeira metade do século XX, após os horrores trazidos pela Segunda Grande Guerra, em que várias pessoas foram dizimadas, e muitas outras tiveram seus direitos violados nas mais cruéis e diversas formas. Podem ser apontados, entretanto, na gênese desse novo ramo do Direito, como antecedentes históricos mais remotos, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.

O choque brutal imposto à humanidade pelo nazismo, na Segunda Grande Guerra, acabou por proporcionar um crescente sentimento de necessidade inadiável de afirmação dos direitos da pessoa humana. Afirma Flávia Piovesan² que, nessa época, emergiu “a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”. Ao fim da guerra, viu-se, então, que não apenas as cidades e as nações precisavam ser reconstruídas, mas igualmente os direitos fundamentais da pessoa humana, em escala que envolvesse toda a comunidade internacional.

Nesse momento, sobressaía a noção de que a afirmação e a proteção dos direitos humanos não poderiam mais ficar restritas aos domínios de cada Estado, mas, sim, submetidas a uma jurisdição internacional, em que os Estados pudessem ser chamados a fazer valer os direitos humanos perante toda a comunidade internacional, já que se impunha o legítimo interesse de todos face à importância do tema. A

¹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional*. p. 821.

²PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 42.

questão dos direitos humanos já não mais poderia ser assunto doméstico de cada país. Leciona a respeito Luiz Flávio Gomes³:

Nessa fase internacionalista da evolução do Estado, do Direito e da Justiça, o princípio do “*domestic affair*” (ou da não ingerência), que limitava o direito internacional às relações entre Estados no contexto de uma sociedade internacional formal, evoluiu agora para o do “*international concern*”, que significa que o gozo efetivo, pelos cidadãos de todos os Estados, dos direitos e liberdades fundamentais passa a ser verdadeira *questão de direito internacional*.

Em razão dessa noção, estava claro que a ideia de soberania deveria ser relativizada, e, ainda mais, que o indivíduo agora fazia parte do cenário mundial como ator principal, sendo, portanto, sujeito do Direito Internacional, posição antes restrita aos Estados.

Nesse sentido, a crescente expansão de organizações internacionais com objetivo de cooperação entre os Estados acabou por consolidar o processo de internacionalização dos direitos humanos, sendo exemplo mais premente a Carta das Nações Unidas em 1945. Três anos depois, em 1948, a ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que ganhou destaque como o primeiro grande a afirmar uma série de direitos humanos no pós-guerra.

Nesse novo mundo surgido após duas grandes guerras, os direitos humanos passaram a ser vistos com os caracteres da universalidade e indivisibilidade: universais porque a única condição exigida para que dele usufruam é a qualidade de pessoa humana, independentemente de relativismos sociais ou culturais; indivisíveis porque inseparáveis os direitos civis, dos políticos, dos sociais, dos econômicos. As gerações de direitos, portanto, não são sucessivas, mas sempre cumulativas, de forma a que os direitos estão em constante interação, dialogando sempre e, de forma imperativa, complementando-se. Conclui Flávia Piovesan⁴:

³GOMES, Luiz Flávio. *A macrogarantia do estado constitucional e humanista de direito*. p. 04.

⁴PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 210.

Seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados de peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais, a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea de direitos humanos.

Vários tratados internacionais, fonte primária de obrigações desse novo ramo do Direito, foram celebrados ao longo de várias décadas, todos com o objetivo de reconstrução dos direitos humanos. Cite-se, a título de exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O termo tratado é utilizado com a sua definição mais genérica e abrange quaisquer acordos internacionais firmados pelos sujeitos de Direito Internacional. A Convenção de Viena de 1969, mais conhecida como a “lei dos tratados”, conceitua tratado como “o acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular”⁵. Comumente, são utilizadas outras terminologias para designação dos tratados, tais como Pactos, Cartas, Convenções, Protocolos.

Os tratados vinculam somente os Estados-partes que dele tomam parte, e devem ser cumpridos segundo o princípio da boa-fé, sendo defeso a qualquer parte invocar disposições de seu direito interno para fins de eximir-se de seu fiel cumprimento⁶. Além do princípio da boa-fé, vige ainda o *pacta sunt servanda*, na medida em que o Estado, de livre e espontânea vontade, aceitou fazer parte do acordo, assinando o tratado, numa demonstração de compromisso internacional, sendo, portanto, incoerente que lhe negue cumprimento e, mais ainda, o modifique unilateralmente através de seu direito interno. Os tratados “são, por excelência, expressão de consenso”⁷.

⁵Convenção de Viena art. 2º, n. I, alínea 'a', promulgada pelo Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁶Idem, art. 27.

⁷PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p.102.

Formou-se um sistema global de proteção aos direitos humanos, assim como também começaram a emergir com os mesmos propósitos os sistemas regionais de proteção, mormente na Europa, América e África. É exemplo de tratados internacionais desse sistema regional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente designada de Pacto de San José da Costa Rica.

Em ambos os sistemas – global e regional – coexistem pacificamente instrumentos de alcance geral e especial, sendo aqueles endereçados a toda e qualquer pessoa, e estes, entendidos como o sistema específico para determinados grupos de pessoas, por exemplo, as crianças e adolescentes, ou as mulheres, ou os portadores de necessidades especiais.

3 Os direitos humanos no Brasil e a Constituição Federal de 1988

O marco histórico e jurídico para a inserção do Estado Brasileiro na agenda internacional de promoção dos direitos humanos foi o advento da Carta Constitucional de 1988. Com efeito, a redemocratização no país, após duas décadas de regime ditatorial, permitiu que os direitos humanos fossem alçados à categoria de princípio fundamental a ser seguido pelo Estado de forma prioritária, assim como a adesão do Brasil e sua efetiva participação na já referida agenda internacional acabou por acelerar e fortalecer o processo de retorno da democracia.

A Constituição Federal de 1988 (CF) elevou a dignidade humana a fundamento que serve de alicerce ao Estado Democrático de Direito. Para José Afonso da Silva, a “dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, de um lado preexistente a toda a experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”⁸.

Igualmente, no plano internacional, a CF também inovou e afirmou, como princípio fundamental a reger as relações do Brasil em âmbito internacional, a prevalência dos direitos humanos. Sustenta Flávia Piovesan⁹ que

⁸ Apud MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*. p. 62.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 96.

Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira.

A dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil e a primazia dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais de que faça parte o Brasil contribuíram decisivamente para as sucessivas ratificações de tratados internacionais de direitos humanos no período que se seguiu à promulgação da Carta Magna de 1988. Conclui Piovesan¹⁰:

Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses tratados internacionais, acrescenta-se a necessidade do Estado brasileiro de reorganizar sua agenda internacional, de modo mais condizente com as transformações internas decorrentes do processo de democratização. Este esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor dos direitos humanos. Adicione-se que a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a ideia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional, no tocante à matéria.

As primeiras ratificações ocorreram em 1989, com a Convenção Interamericana, para prevenir e punir a tortura e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foram ratificados em 1992. Esta última, assinada pelo

¹⁰PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. pp. 51-52.

Brasil em 1969, e somente ratificada 23 anos depois, afirma Mazzuoli¹¹, é “o principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano, e o que confere suporte axiológico e completude a todas as legislações internas dos seus Estados-partes”.

Outros inúmeros tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados no decorrer dos anos que se seguiram. Hodiernamente, o Brasil já faz parte de praticamente todos os tratados internacionais de direitos humanos de expressão no cenário jurídico internacional, tanto do sistema global de proteção, quanto do sistema interamericano, tendo-os ratificado regularmente, estando em plena vigência.

4 Procedimentos de celebração e incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro

O processo de celebração e incorporação de tratados internacionais no direito interno é matéria que varia em cada Estado conforme sejam as prescrições constitucionais sobre o assunto. Nosso sistema segue três etapas distintas.

Deveras, a CF, em seu art. 84, VIII, dispõe ser da competência do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. A primeira etapa consiste, então, nas tratativas e negociações do Estado brasileiro para assinatura e adesão ao instrumento normativo internacional, sendo atribuição e competência do chefe do Poder Executivo. A mera assinatura ou adesão ao ato internacional não faz ainda nascer obrigações ao Estado brasileiro, isto é, não vincula juridicamente o Estado. “A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes”¹².

Ilustra Marco Antônio Corrêa Monteiro¹³:

Tem a assinatura, nos tratados de direitos humanos, a função principal de pôr termo às negociações, atestando a autenticidade do texto do tratado a ser celebrado, bem como a sua

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos*. Pacto de San José da Costa Rica. p. 18.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 103.

¹³ MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. p 77.

imutabilidade, possuindo igualmente outros efeitos, ainda que políticos, tais como o compromisso de submeter seu texto à aprovação, segundo seu direito interno, ou ainda o efeito publicitário da insatisfação com o texto não assinado.

Num segundo momento, em verdadeira homenagem ao sistema de freios e contrapesos, e, como exigência do processo democrático, a CF estabelece, no art. 49, I, que deve o Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Ao Poder Legislativo cabe a análise e aprovação dos tratados internacionais por meio de decreto legislativo.

Por fim, aprovado o tratado pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo deve, então, ratificá-lo. É a ratificação o aceite definitivo e o ato que gera efeitos internacionais, vale dizer, a partir da ratificação obriga-se o Estado Brasileiro a cumprir o acordado. O instrumento de ratificação deve ser, em seguida, trocado (tratados bilaterais) ou depositado (tratados multilaterais) perante o órgão internacional competente, conforme a origem e a natureza do tratado internacional de cuja incorporação se esteja tratando.

Após a ratificação, não se exige a edição de outro ato normativo a transcrever o teor do tratado, tal como lei ou ainda decreto presidencial, bastando para tanto, conforme abalizada doutrina, os atos até então editados no processo acima descrito. Esse entendimento, entretanto, tem sido adotado para os tratados internacionais de direitos humanos que gozam de aplicabilidade imediata, e não aos demais tratados internacionais comuns. Todavia, é de se salientar que, a despeito do que lecionam renomados autores, o STF tem exigido a promulgação do tratado via decreto presidencial.

5 O debate sobre o valor jurídico dos tratados internacionais de Direitos Humanos

5.1A supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos

A tese que considera os tratados internacionais de direitos humanos com valor supraconstitucional é minoritária no seio da doutrina. Deveras, destacava-se, dentre os autores brasileiros, Celso de Albu-

querque Melo. Segundo seu entendimento, as normas constitucionais não teriam poderes revogatórios relativos às normas internacionais em tema de direitos humanos, nem mesmo normas constitucionais posteriores, isto é, emendas constitucionais.

Outrossim, argumenta Hildebrando Accioly que “o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados”¹⁴. Os que advogam este tese levam em conta, como ressalta Mazzuoli, “a principiologia internacional marcada pela força expansiva dos direitos humanos e pela sua caracterização como normas de *jus cogens* internacional”¹⁵.

O STF já analisou a tese da supraconstitucionalidade, concluindo pela inviabilidade de sua acolhida. Como sublinhou o Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343-1, muitas são as dificuldades em conciliar esta corrente com as premissas em que está assentado o constitucionalismo brasileiro, salientando ele que

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais. (...). Os poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais. O argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre

¹⁴ Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 125.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional*. pp. 839-840.

possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente¹⁶.

Para os autores Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli, alguns tratados internacionais contam com valor supraconstitucional, compondo o recente Direito Universal. Em seu escólio, alguns tratados e normas internacionais possuem natureza ímpar a lhes conferir supraconstitucionalidade, sendo impensável, portanto, que os Estados aleguem dispositivos internos, ainda que constitucionais, para fugirem às obrigações internacionais. São tratados que regem as relações dos Estados ou dos indivíduos com a jurisdição global. Os ilustres juristas citam, como exemplo, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

De igual forma, atribuem, ainda, valor supraconstitucional a qualquer norma internacional que seja mais benéfica ao cidadão. Observam bem os renomados autores, analisando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao dispor sobre a impossibilidade de prisão civil por dívida, inclusive a do depositário infiel, já que a convenção excepciona unicamente o devedor de prestação alimentícia:

Essa norma (mais favorável) passa a ter caráter supraconstitucional por ser mais benéfica (mais protetora) ao ser humano. Isso se dá por força do princípio internacional *pro homine* (que manda incidir em matéria de direitos humanos a norma mais favorável ao ser humano). Os objetos (da Constituição e da Convenção Americana) são idênticos: elas existem para reger as relações do Estado e dos indivíduos no plano interno do país (no plano

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário*. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil como depositário infiel. Inadmissibilidade. RE n.º 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

doméstico) ou no plano regional. Quando os objetos são idênticos, em matéria de direitos humanos, os princípios regentes (dos conflitos de normas) não são os tradicionais (hierarquia, posterioridade e especialidade), e sim, os específicos dessa área: (a) vedação de retrocesso e (b) princípio internacional *pro homine*¹⁷.

5.2 Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Expressivo número de juristas e doutrinadores considera que os tratados internacionais de direitos humanos possuem índole constitucional, estando, portanto, no ápice das fontes normativas. Destacam-se, dentre eles, Flávia Piovesan, Luiz Flávio Gomes, Valério Mazzuoli, Antônio Augusto Cançado Trindade, Ingo Wolfgang Sarlet, Ada Pellegrini Grinover, dentre outros expoentes.

Assim o fazem em razão da interpretação que conferem ao §2º do art. 5º da CF, o qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que faça parte o Brasil. Nas palavras de Flávia Piovesan, ao determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais, “*a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais”¹⁸. Segue esta mesma linha de pensamento Valério de Oliveira Mazzuoli, para o qual a Carta de 1988, de forma inédita, “passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (...), e b) aquela outra advinda do Direito Internacional”¹⁹.

¹⁷GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Valor dos tratados internacionais: do Plano Legal ao Ápice Supraconstitucional?* (Parte III). Disponível em: <<http://w2www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 ago 2009.

¹⁸PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 108.

¹⁹MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. p. 838.

Por meio de uma interpretação sistemática e teleológica da CF, chega-se a esta conclusão, principalmente quando se consideram os valores fundantes da dignidade humana e dos direitos humanos, ambos realçados pelo constituinte originário como princípios que se espriam por todo o texto da norma ápice e, obviamente, por todo o ordenamento jurídico. É nesse sentido que Flávia Piovesan destaca que

O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional²⁰.

O eminente autor Antônio Augusto Cançado Trindade, que também celebra esta corrente da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, foi o responsável pela proposta de inclusão do §2º ao artigo 5º da CF e, em seu ensinamento, “o propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º do artigo 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional”²¹.

Ademais, realçam o caráter materialmente constitucional dos direitos humanos, sendo eles valores que devem compor a Constituição

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 52.

²¹ Apud BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Jurisprudência*. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penal - Universidade Anhanguera-Uniderp/REDE LFG.

do Estado, ainda que não assentados em um texto formal, criando-se a noção do que se convencionou chamar de bloco de constitucionalidade, sendo este conceituado como “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”²². Nas palavras de Ingo Sarlet,

A citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. (...).

Importante nesse contexto é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a ideia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do Constituinte, mas que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo²³.

É o que o autor denomina de conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. Prossegue ele:

Nesta quadra, assume relevo a lição de Menelick de Carvalho Netto, o artigo 5º, §2º da nossa Carta Magna que traduz a noção de que a Constituição se apresenta como “a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”. Neste mesmo contexto, partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no “espaço” e no “tempo”, a necessária abertura do catálogo constitucional de

²²BRASIL. Supremo Tribunal. *HC 87.585-8/TO, de 3 de dezembro de 2008*. Voto vista do Ministro Celso de Mello. p.29.

²³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. pp. 78-80

direitos conexiona-se, como leciona Cristina Queiroz, com a circunstância de que assim como inexiste um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes, não sendo à toa, portanto, que já se afirmou que “não há um fim da história em matéria de direitos fundamentais”²⁴.

A CF de 1988, portanto, recepciona os direitos e garantias enunciados em tratados internacionais como normas materialmente constitucionais, por sua natureza, e os inclui em seu catálogo de direitos, uma vez que este não é taxativo nem se pretende completo. “A incompletude da Carta aponta para sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político”²⁵.

Esta interpretação ainda se coaduna com o princípio da hermenêutica da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual se deve extrair da norma constitucional a interpretação que lhe imprima a maior eficácia possível, ainda mais em matéria de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é forçoso reconhecer que a melhor leitura que se faz do §2º do art. 5º é aquela que privilegia o caráter constitucional dos direitos e garantias referidos naquele dispositivo, quais sejam, os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição e os dos tratados internacionais de direitos humanos de que faça parte o Estado brasileiro. Como observa J.J. Gomes Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais “é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais – no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”²⁶.

Interessante observar que essa tese do valor constitucional e, portanto, de hierarquia superior e com aplicabilidade imediata dos tratados internacionais, aplica-se apenas àqueles relativos a direitos

²⁴Idem. pp. 83-84.

²⁵PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 112.

²⁶Apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional*. p. 115.

humanos, em razão de sua especial natureza, levando-se em consideração os interesses da pessoa, diferenciando-se, assim, dos demais tratados comuns que, em geral, regulam matérias de interesse recíproco apenas entre os Estados pactuantes. Como pontua Mazzuoli, os tratados de direitos humanos “têm em mira o papel do Estado sempre sob a ótica *ex parte populi* e não sob a ótica *ex parte principis*”²⁷.

Quanto aos tratados comuns, não restam dúvidas de que apresentam natureza infraconstitucional, conforme exegese do art. 102, III, *b*, da CF, que trata do cabimento de recurso extraordinário da decisão que declara a inconstitucionalidade do tratado, além de terem de se submeter à sistemática de incorporação legislativa, já que não dotados de aplicabilidade imediata. A CF acolhe, então, um sistema misto, com regimes jurídicos distintos, conforme seja a matéria versada no tratado internacional.

A corrente da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, no entanto, nunca gozou de predominância no Supremo Tribunal Federal o qual, de há muito, consagrava a tese da paridade entre tratado internacional e lei ordinária, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 80.004, de 1977.

Apenas recentemente, em dezembro de 2008, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 87.585-8 e do RE 466.343-1, o Tribunal Guardião da Constituição começou a revisar seu provento posicionamento, adotando, como maioria, a tese da supralegalidade. Todavia, foram quatro os votos acolhendo a teoria do valor constitucional dos tratados de direitos humanos. Demonstra-se, portanto, que o debate, em verdade, continua aberto e que o STF, ao revisar substancialmente sua posição e encontrando-se dividido entre duas correntes, quais sejam, da constitucionalidade e da supralegalidade, adota posicionamentos de vanguarda.

5.3. Valor supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos

Destaca-se ainda a corrente que, apesar de não considerar os tratados internacionais com valor constitucional, defende que estes teriam espaço privilegiado dentre as fontes normativas, com valor

²⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito constitucional*. p. 837.

superior à legislação ordinária. Essa tese da supralegalidade encontra-se em consonância com o princípio da boa-fé que norteia as relações dos Estados no plano internacional, além de harmonizar-se com o disposto no art. 27 da Convenção de Viena, segundo o qual um Estado não pode invocar dispositivos de seu direito interno para escusar-se do cumprimento do tratado. Para os adeptos dessa linha de pensamento, na pirâmide jurídica, entre a Constituição do Estado e as leis ordinárias, situa-se um novo patamar, ocupado pelos tratados internacionais.

A primeira vez em que esta tese teve voz no seio da Suprema Corte do Brasil aconteceu no julgamento do RHC n.º 79785-7, no voto do então Ministro Sepúlveda Pertence, tendo ele sustentado que “parificar às leis ordinárias os tratados (...) seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação que (...) traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos”²⁸. Continua frisando que tendia a aceitar a outorga de força supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, dando-lhes aplicação direta, mesmo contra leis ordinárias. Essa é a corrente que hoje prevalece no âmbito do STF, tendo sido defendida no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, no RE n.º 466.343-1. Nas lições de Gilmar Mendes:

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Prosseguindo em seu voto, o eminente Ministro lembra a existência de tratados com valor supralegal disciplinados assim na própria legislação brasileira, caso dos tratados internacionais que versem sobre matéria tributária. Com efeito, o Código Tributário Nacional, no art. 98, disciplina a prevalência do direito internacional sobre o direito interno, atribuindo valor de supralegalidade aos tratados. O

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus*. Duplo grau de jurisdição no Direito Brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. RHC n.º 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000.

Ministro ressalta a existência de uma perceptível incongruência ao se admitir o caráter supralegal a tratados de matéria tributária, mas “quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária”.

Assim, conquanto não tenha sido vencedora a corrente que atribui valor constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos (acolhida por quatro Ministros), defendeu-se que eles teriam, no mínimo, valor superior à legislação ordinária. Quanto aos tratados internacionais tradicionais ou comuns, infere-se que, para o STF, ainda guardam paridade com as leis ordinárias, conforme se extrai dos argumentos trazidos pelos ilustres ministros.

Do novo posicionamento adotado pelo Tribunal Supremo, conclui-se que a produção do direito interno conta agora com novos limites, não apenas formais, mas também materiais. Estes são precisamente os direitos humanos fundamentais contemplados na Constituição e, doravante, nos Tratados de Direitos Humanos²⁹.

5.4. Corrente paritária

Como exposto anteriormente, o art. 102 da CF, inciso III, alínea ‘b’, dispendo sobre o cabimento de recurso extraordinário, menciona decisão que decide sobre a inconstitucionalidade de tratado. Em vista deste dispositivo, parte da doutrina considerou que tratados e leis ordinárias se equiparassem, já que aqueles podiam ser tachados de inconstitucionais. A equiparação operava em todos os aspectos, vigorando a velha máxima de que a “lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível”, podendo, assim, uma lei ordinária mais recente alterar e até mesmo revogar um determinado tratado internacional, versasse ele sobre direitos humanos ou não, já que ali não havia distinção.

Seguindo esse entendimento, a jurisprudência do STF, remontando aos idos de 1977, sempre igualou os tratados internacionais às leis ordinárias, negando-lhes veementemente qualquer hierarquia superior, muito menos constitucional. Tratou-se do recurso extraordinário n.º 80.004, que cuidava do embate entre Convenção de Genebra e a Lei

²⁹ GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Valor jurídico dos tratados de direitos humanos*. p.2.

Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto n.º 427, de 22 de janeiro de 1969. Ainda que não se cuidasse de tratado de direitos humanos, os argumentos então expostos, que culminaram com a decisão que prestigiou a corrente paritária, foram aplicados para quaisquer tratados internacionais.

De pronto, mister apontar que esta corrente fere frontalmente o princípio da boa-fé que deve reger as relações internacionais, até mesmo porque um Estado, pactuou-se livremente, e somente assim se pode imaginar um acordo internacional, sob pena de nulidade, jamais poderia invocar disposições de seu direito interno, ainda mais supervenientes, para fugir às suas obrigações. Assim procedendo, não apenas estaria o Estado alterando unilateralmente o tratado, o que lhe é vedado, como estaria, em verdade, expondo-se à comunidade internacional, à qual ainda deve responsabilidade desde o momento em que livremente consentiu, assinando ou aderindo ao tratado. Flávia Piovesan aponta um aspecto crítico desse entendimento que, a partir de 1977, passou a dominar a jurisprudência pátria, qual seja, “a indiferença diante das consequências do descumprimento do tratado, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé”³⁰.

Apesar daquelas críticas, a jurisprudência seguiu firme contemplando esta corrente, mesmo após o advento da CF em 1988. No HC 72.131-1, de 23 de novembro de 1995, o STF foi ainda mais além e não apenas negou emprestar aos tratados internacionais valor constitucional, consagrando a tese paritária, como, no voto do Ministro Celso de Melo, assentou que “os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição”³¹.

A lide dizia respeito à questão, na época recém-inaugurada, da possibilidade ou não de prisão civil do depositário infiel, já que a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Brasil em 1969, havia sido há pouco ratificada. Decidiu o STF que o legislador ordinário poderia

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. pp. 118-119.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil como depositário infiel. Admissibilidade. HC n.º 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995.

instituir, através de lei, as possibilidades de prisão civil de devedor, tal como no caso da alienação fiduciária, já que a Constituição permitia e autorizava a referida prisão. Assim, ainda que os tratados se igualassem às leis ordinárias, nesse caso, mesmo sendo ratificado após a legislação que cuidava da prisão do devedor em alienação fiduciária, por ser esta expressão do que permitia a CF, não subsistiria o escrito na Convenção Americana, sendo, então, negado o *habeas corpus*.

Como já mais de uma vez observado, em fins de 2008, o panorama mudou no âmbito do STF, acolhendo, hoje, o tribunal superior, as teses da constitucionalidade (minoritária), através do voto-vista do Ministro Celso de Melo, e da suprallegalidade (majoritária), pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, abandonando, pelo menos para os tratados de direitos humanos, a corrente paritária de forma definitiva, considerada esta, pelos próprios ministros, posição ultrapassada e desassociada da novel realidade enfrentada pelo Estado Brasileiro e pelo que contempla a Lei Maior.

6 Considerações Finais

Este artigo teve por intuito focar a questão da hierarquia jurídica das normas constantes dos tratados internacionais de direitos humanos e sua relação com as demais fontes normativas, em especial a Constituição Federal. O tema avulta em importância hodiernamente e, diante do novo panorama em que vivem os sujeitos de Direito Internacional num mundo cada vez mais entrelaçado, tende a crescer e assumir novos contornos, com a mesma rapidez com que mudam as formas de se relacionar dos Estados.

Propôs-se estudar as correntes em voga em nosso ordenamento, as quais tentam explicar o valor jurídico atribuído aos tratados de direitos humanos, instrumentos normativos continuamente em expansão. As teorias são aquelas que cuidam da superioridade do Direito Internacional (minoritária mesmo na doutrina); do valor materialmente constitucional das normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos (a que sempre gozou de preferência entre os doutrinadores); da paridade com as leis ordinárias (prevalente na jurisprudência pátria há três décadas); e de superioridade legal (corrente intermediária, que não admite a paridade, mas tampouco abre mão da superioridade da Constituição

Federal). Observou-se que a melhor doutrina brasileira já vinha, há muito, sustentando opinião de vanguarda, ao atribuir aos tratados de direitos humanos o seu verdadeiro valor materialmente constitucional, como preconizam os cânones do Direito Internacional.

Todavia, essa não era a posição da mais alta Corte deste país que, somente há pouco mais de três anos, reviu seu posicionamento e passou a adotar as correntes da supralegalidade e da constitucionalidade, mais consentâneas com o espírito dos novos tempos.

A alteração constitucional advinda em 2004, assim como a revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2008, demonstram claramente que o tema está em contínuo desenvolvimento, e que o debate permanece vivo, restando aos estudiosos ainda a certeza de que o esforço hermenêutico para adequar as disposições normativas à melhor doutrina produziu bons frutos e caminha para um desenvolvimento ainda mais promissor.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. de 2012.

_____. *Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 6 de jun. 2012.

_____. Superior Tribunal Federal. *Jurisprudência*. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhuaguera-Uniderp|REDE LFG.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. Matéria Comercial. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias. RE n.º 80.004/SE. Relator: Min. Xavier Albuquerque. Brasília, DF, 1º de junho de 1977.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil como depositário infiel. Admissibilidade. HC n.º 72.131-1/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de novembro de 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus*. Duplo grau de jurisdição no Direito Brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. RHC n.º 79.785-7/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário*. Alienação Fiduciária em garantia. Prisão Civil como depositário infiel. Inadmissibilidade. RE n.º 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Depositário infiel. Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. HC n.º 87.585-8/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *A macrogarantia do Estado constitucional e humanista de direito*. inédito. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais - Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

_____. *Valor jurídico dos tratados de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 31.03.2011. Material da 7ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 20 mar. 2007. Acesso em: 14 maio 2012.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Coleção Ciência Criminais.. Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. 4v.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Valor dos tratados internacionais: do plano legal ao ápice supraconstitucional?*, parte I. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 12 jul. 2009.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Valor dos tratados internacionais: do plano legal ao Ápice Supraconstitucional?*, parte II. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> 13 ago 2009.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Valor dos tratados interna-*

cionais: do plano legal ao Ápice Supraconstitucional? parte III.
Disponível em: < <http://www.lfg.com.br>.> 14 ago 2009.

HARDAGH, C. C; SOUZA, A. I.; PEREIRA, S. R. *Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica*. Material de Aula da Disciplina: Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica, ministrada nos cursos de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtuais da Anhanguera-Uniderp – Rede LFG, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Marco Antônio Corrêa. *Tratados internacionais de direitos humanos e direitos interno*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Material da 6ª aula da Disciplina Teoria do Garantismo Penal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp|REDE LFG.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

OS DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA GERAÇÃO: ORIGEM, TUTELA E CONCEITOS DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS

Rosa Cristina de Carvalho

Promotora de Justiça no Estado da Paraíba

Resumo

Trata-se da análise do surgimento da tutela dos direitos difusos e coletivos, isto é, do contexto no qual surgiram os direitos denominados de terceira geração e suas tutelas jurisdicionais. Para a construção do texto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica com utilização do método descritivo através de análise e síntese das principais ideias sobre a matéria dos autores indicados nas referências. Na primeira parte do texto, é apresentado um breve histórico da evolução dos direitos humanos. Posteriormente, é dada ênfase ao surgimento dos interesses metaindividuais e dos mecanismos processuais aptos à postulação desses direitos em juízo. Na terceira parte do trabalho, é exposta a evolução histórica da tutela coletiva no nosso ordenamento jurídico. Por fim, é evidenciada a conceitualização dos interesses metaindividuais, com indicação das características dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para facilitar a exposição do tema e evitar confusão no que concerne à diferenciação do conceito do direito coletivo *stricto sensu* trazido na última parte do texto, registre-se que foi adotada no estudo a denominação “direito coletivo” no sentido *lato* da expressão. Outrossim, foram adotados os termos “interesses metaindividuais” e “direitos meta individuais” como sinônimos, seguindo a disposição do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Direitos humanos. Interesses metaindividuais. Tutela coletiva. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Abstract

This is about the analysis of the emergence of the guardianship of the diffuse and collective rights, in other words, it is about the context in which the so-called third generation rights and their juridical tutelage emerged. In order to develop the text, a research in the literature has been made using the descriptive method through

analysis and synthesis of the main ideas about the subjects of the authors listed in the references. In the first part of the text it is presented a brief history of the development of the human rights. Afterwards the rise of the metaindividual interests and procedural mechanisms able to postulate these rights in judgment. In the third part of the article, the historical evolution of the public guardianship in our legal system is exposed. Lastly it is stated the concept of the metaindividual interests, describing the characteristics of the diffuse, public and homogeneous individual rights. In order to make it easier to expose the subject and avoid any misunderstanding about the difference of the concept of public rights brought up on the last part of the text, it has been adopted in this study the term “collective right” in the broad means of the term. Furthermore, we adopted the terms “metaindividual interest” and “metaindividual rights”, as synonymous following the provision of the Code of Consumer Protection.

Keywords: Human Rights. Metaindividual interests. Collective protection. Diffuse rights, collective and individual homogeneous.

1 Introdução

“A história dos direitos humanos pode ser vista como um processo de expansão dos sujeitos de direitos e dos seus objetos correspondentes”¹. “Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”². Ademais, como nos diz Norberto Bobbio, os direitos humanos são eminentemente direitos históricos, de classe variável e, portanto, mutáveis, suscetíveis, assim, de transformações e de ampliações.

¹RABENHORST, Eduardo R. *O que são Direitos humanos?* Direitos humanos, capacitação de educadores. Fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da Educação em Direitos Humanos. João Pessoa: universitária, 2008. 1v. Op. cit., p. 17.

²ARENDT, Hannah. Apud PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.147. No mesmo sentido, LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras. 2009. p. 134.

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas (...). O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas³.

Neste norte, entendemos que é na perspectiva histórica e mutável dos direitos humanos que poderemos apresentar a origem, tutela e conceitos dos denominados interesses metaindividuais, procedendo inicialmente com um esboço histórico acerca das fases ou gerações dos direitos humanos. Indiscutivelmente, a análise metodológica da divisão dos direitos humanos em gerações permite-nos situar os direitos metaindividuais no processo de multiplicação e especificação dos direitos, bem como na necessidade de novos instrumentos processuais de caráter coletivo, aptos a protegê-los, os quais são diferentes daqueles existentes no processo civil clássico.

Apenas após a análise do processo histórico de desenvolvimento dos direitos humanos e das tutelas processuais coletivas, que, como assinalado, está estreitamente ligado às transformações sociais, é que apresentamos os conceitos dos direitos metaindividuais, tanto doutrinário como normativo, com suas características e diferenciações, a qual é precedida de um breve registro acerca do surgimento da tutela coletiva no Brasil, através da indicação da legislação que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o “microsistema de tutela coletiva”.

2 As gerações dos direitos humanos

Inicialmente, registre-se que a história dos direitos humanos não pode ser confundida com a história do direito (do latim *jus*), que existe desde as primeiras civilizações. Os direitos humanos nascem num determinado momento histórico, a Modernidade, em que o conceito de “direitos” (do latim *jura*), adquiriu o significado que hoje conhecemos. Eis a razão pela qual a expressão *jura hominum* não é encontrada na Antiguidade e na Idade Média⁴.

³BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

⁴TOSI, Giuseppe. *O que são esses “tais direitos humanos”?*: direitos humanos na educação superior, subsídios para a educação em direitos humanos na filosofia. João Pessoa: Universitária, p. 64.

Registre-se, outrossim, que o processo evolutivo dos direitos humanos é analisado neste trabalho através do enfoque adotado por Norberto Bobbio⁵, Celso Lafer⁶, e Flávia Piovesan⁷, autores que o relacionam às transformações históricas da sociedade, com o intuito de evidenciar o surgimento dos direitos metaindividuais e suas tutelas no contexto histórico da evolução dos direitos individuais aos coletivos. No entanto, é importante aqui registrar que, conforme salienta Pedro Lenza, ao se referir à obra “Cidadania, classe social e status”, de T. H. Marshall⁸, existe uma teoria geracional dos direitos de acepção política que, de uma certa forma, é correlata ao enfoque aqui apresentado, a saber, os direitos civis do século XVIII, os direitos políticos do século XIX e os direitos sociais do século XX, porém, embora bastante pertinente, este percurso não será adotado no presente estudo.

2.1 A primeira geração dos direitos humanos

A origem e o desenvolvimento dos direitos humanos se inserem, de acordo com Celso Laferv⁹, na Tradição Ocidental, cujos elementos formadores são o ensinamento judaico, o estoicismo grego, o cristianismo e o individualismo em sua acepção mais ampla. Neste contexto, entende-se o individualismo como parte integrante da lógica da modernidade, caracterizada pela defesa dos direitos naturais como algo pertencente ao indivíduo.

Norberto Bobbio, por sua vez, afirma que, a partir da era moderna, houve uma inversão de perspectiva entre Estado e cidadão, de modo que os direitos deixaram de ser encarados do ponto de vista do soberano e passaram a ser vistos a partir da perspectiva dos cidadãos não mais súditos. Surge, assim, a visão individualista da sociedade, que passa a ser

⁵BOBBIO, Norberto. Op. cit.

⁶LAFER, Celso. Op. cit. p. 118-134.

⁷PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34-35. Nota 26.

⁸LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 30. Nota 20.

⁹LAFER, Celso. Op. cit. p. 118-119.

compreendida de baixo para cima, isto é, dos indivíduos que a compõem, e não mais a partir do poder do soberano¹⁰.

Assim, vê-se que a valorização do indivíduo é a característica do primeiro momento da evolução dos direitos humanos e que foi trazida pelas revoluções inglesa, americana e francesa, e o espírito liberal individualista do século XVII. Nesta dimensão, os direitos humanos surgem e se afirmam como direitos do indivíduo. Esta é a fase conhecida como a primeira geração dos direitos humanos e abrange os direitos das liberdades civis e políticas individuais.

Para Celso Lafer, os direitos desta fase são individuais em razão do modo como são exercidos, por ser individualmente que eles se afirmam, e também pelo sujeito passivo do direito, pois o seu titular pode afirmá-lo em relação aos demais indivíduos¹¹, Trata-se aqui dos chamados direitos do homem em abstrato, os quais ainda “almejam limitar os Poderes do Estado, demarcando com nitidez a fronteira entre Estado e sociedade”¹². Segundo Bobbio,

num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia¹³.

2.2 A segunda geração dos direitos humanos

Em seguida, na segunda metade do século XVIII, com a revolução industrial, e ainda no século XIX, sob a influência das ideias socialistas, surgem os chamados direitos sociais, econômicos

¹⁰BOBBIO, Norberto. *Idem*, *ibidem*. p. 4.

¹¹LAFER, Celso. *Op. cit.* p. 126.

¹²*Idem*, *ibidem*. p. 129.

¹³BOBBIO, Noberto. *Op. cit.* p. 32.

e culturais. Os sujeitos de tais direitos continuam sendo os indivíduos, mas agora considerados do ponto de vista coletivo. Emergem aqui os designados direitos à igualdade ou de solidariedade. Nesta fase, o Estado deixa de ter um perfil estritamente liberal, pois surge na cena histórica e política o socialismo, que tanto deu origem ao comunismo como à social-democracia, correntes que possuem, no entanto, concepções diferentes de igualdade. Com o socialismo surgiu a ideia da igualdade material, isto é, uma igualdade não somente de direito, mas fundamentalmente de acesso aos direitos, tese defendida pelo socialismo revolucionário.

Como alternativa ao comunismo, surgiu o socialismo reformista, também denominado social-democracia, que concebe a igualdade por meio da valorização jurídica da diferença. Eis uma característica do Estado do bem-estar social (*welfare State*) dos países capitalistas, nos quais foram implantados amplos programas de inserção social e distribuição de renda. Trata-se, pois, de uma concepção diferente daquela existente no liberalismo clássico por entender a igualdade não apenas como garantia dos direitos fundamentais, mas também como distribuição de benefícios jurídicos e materiais para os não privilegiados. Nisso ela também se distingue do comunismo por aceitar a economia do mercado, ainda que atribua ao Estado um forte poder de intervenção no sistema econômico.

A segunda geração dos direitos humanos corresponde aos “direitos de créditos do indivíduo em relação à coletividade”, de acordo com a expressão de Celso Lafer¹⁴. Para o referido autor, “tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”¹⁵, e, nesta perspectiva, eles diferem dos de primeira geração, haja vista que os direitos de segunda geração exigem a ampliação dos poderes do Estado através dos serviços públicos. Bobbio, por sua vez, assinala que os direitos sociais “expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar social e

¹⁴LAFER, Celso. Op. cit. p. 127.

¹⁵Idem, ibidem. p. 127.

da igualdade não apenas formal, o que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”¹⁶, que passa a ter o dever de assegurar, de forma concreta, a igualdade material.

2.3 A terceira geração de direitos humanos

Ao lado dos direitos sociais emergiram, na contemporaneidade, os chamados direitos de terceira geração, que coincidem com o que Bobbio denomina de “processo de especificação dos direitos”, o qual “assinala um aprofundamento da tutela e deixa de levar em conta apenas os destinatários genéricos – o ser humano, o cidadão – e passa a cuidar do ser em situação – o idoso, a mulher, a criança, o deficiente”¹⁷. O homem nesta fase é visto na concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade. Trata-se aqui da geração dos denominados direitos difusos e coletivos, caracterizados por não possuírem sujeitos específicos, mas que interessam à totalidade dos seres humanos. Segundo Celso Lafer, “estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos como a família, o povo, a nação, as coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”¹⁸. Segundo Paulo Bonavides, tais direitos são dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade¹⁹.

Nos direitos de terceira geração, estão incluídos os direitos de solidariedade, do consumidor, à comunicação, à qualidade de vida e à liberdade de informação. Essa geração de direitos inclui, outrossim, os direitos a uma nova ordem internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração Universal de 1948 possam ser plenamente realizados, como o direito à paz, ao desenvolvimento humano e a um ambiente natural sadio²⁰.

¹⁶BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 32.

¹⁷LAFER, Celso. *Introdução à era dos direitos de Norberto Bobbio*. op. cit. p. XI.

¹⁸LAFER, Celso. Op.cit. p. 131.

¹⁹BONAVIDES, Paulo. Apud Lenza, Pedro. Op. cit. p. 33. Nota 27

²⁰TOSI, Giuseppe. *Significado e as consequências da declaração universal de 1948: direitos humanos, capacitação de educadores, fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da educação em direitos humanos*. João Pessoa: Universitária, 2008. p. 52. 1v.

A terceira geração dos direitos humanos é marcada por profundas mudanças sociais, como o surgimento da sociedade de massa, o crescente desenvolvimento tecnológico e científico e a mudança nas relações econômico-sociais. Neste contexto, a função do direito deixa de ser apenas a tutela de autonomia do indivíduo ou dos objetivos sociais vistos como a soma das vontades individuais e passa a conceber o ser humano como sujeito inserido em uma coletividade.

É importante aqui trazer à baila a concepção de Norberto Bobbio acerca dos processos de evolução dos direitos humanos. Segundo o referido autor, os direitos humanos caminharam, a partir do final da II Guerra, em duas direções: a da universalização e a da multiplicação. O processo da universalização pode ser atestado pela transformação do direito do indivíduo em direito dos cidadãos do mundo. O processo de multiplicação, por sua vez, pode ser visto pelo aumento dos bens jurídicos postos à tutela (passagem do direito individual para os direitos sociais), pelo aumento dos sujeitos de direito (passagem do homem *uti singulus* ao homem universal) e pela mudança do *status* do homem, que deixou de ser abstrato para ser visto na sua especificidade concreta, de acordo com determinados critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas)²¹. Neste contexto de multiplicação dos direitos por especificação é que encontramos, então, os sujeitos dos direitos de terceira geração.

É importante aqui também ressaltar que, recentemente, a lista dos sujeitos de direitos tornou-se mais ampla. Alguns teóricos ambientalistas, como Peter Singer e Tom Regan, afirmam que precisamos superar o modelo “antropológico” dos sujeitos de direitos e adotar o modelo “ecológico”, pois, além do homem, os animais e as espécies vegetais também possuem direitos. Para Singer, o antropocentrismo se baseia no fato de que apenas o homem possui as qualidades do *status* moral, a saber, a racionalidade, a liberdade, a autonomia. No entanto, sabe-se que nem todos os seres humanos possuem tais faculdades como, por exemplo, as pessoas senis, os pacientes em coma ou os embriões humanos. Neste contexto, propõe o filósofo austríaco a substituição das propriedades tradicionais por outras nas quais estão incluídos os interesses dos

²¹ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 63-64.

animais. Regan, por sua vez, salienta a importância do valor intrínseco do ser moral, propondo a substituição do sujeito moral por uma categoria mais abrangente, a de “sujeito de vida”. Para este filósofo norte-americano, todos os sujeitos de uma vida são portadores de um valor intrínseco e, portanto, titulares de um direito fundamental a um tratamento respeitoso²².

2. 4 A quarta geração dos direitos humanos

Alguns autores, entre eles os já citados Norberto Bobbio²³, Celso Lafer²⁴ e Pedro Lenza²⁵, fazem referências aos direitos humanos de quarta geração, embora não haja um consenso doutrinário acerca dessa denominação. Segundo Bobbio, esses direitos seriam aqueles decorrentes das pesquisas biogenéticas, como o direito à integralidade do patrimônio genético dos seres humanos, a inseminação artificial, experimentos com seres humanos, gerando dilemas ligados à esfera da bioética e do biodireito. Paulo Bonavides²⁶ refere-se, por sua vez, aos direitos de quarta geração como aqueles introduzidos pela globalização política, como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, derradeira fase do Estado social. Há ainda referência ao direito humano à segurança pública²⁷ como direito de quarta geração. A Jurisprudência nacional já acatou esse entendimento, conforme decisão do STJ: “O direito à segurança pode ser objeto de ação civil pública ambiental nos termos do art. 1º, IV da Lei 7.347/85, 83 do CDC e art. 3º I da Lei 6.938/81, e figura entre os chamados direitos humanos fundamentais ou direito de quarta geração”. (RESp 725.257/MG, 1ª T., j. 10.04.2.007, v.u., rel. Min. José Delgado, DJ 14.05.2007).

²²RABENHOSRT, Eduardo R. *O valor do homem e o valor da natureza: breve reflexão sobre a titularidade dos direitos morais, educação em direitos humanos, fundamentos teórico-metodológico*. João Pessoa: Universitária, 2007. p. 222-227.

²³BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 6

²⁴LAFER, Celso. Op. cit. p. 131.

²⁵LENZA, Pedro. Op. cit. p. 31 e 33.

²⁶BONAVIDES, Paulo apud LENZA, Pedro. Op.cit. p. 33

²⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 115.

Ressalta-se aqui que, tendo em vista o caráter histórico dos direitos humanos, este processo de evolução está longe de ser concluído. Para Norberto Bobbio, este caminho é ainda longo, pois os direitos humanos não são absolutos.

O desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem condições favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e portanto para novas demandas de liberdades e de poderes²⁸.

Além disso, a doutrina salienta a interação entre estas gerações de direitos, posto que uma geração não substitui uma outra. Não há uma sucessão geracional de direitos, já que isto implicaria uma ruptura, e tal entendimento representaria um equívoco doutrinário “na medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação”²⁹.

3 O surgimento da tutela dos interesses metaindividuais

Com base no que foi exposto, vê-se que o nascimento e a evolução dos direitos humanos estão profundamente ligados à transformação da sociedade. A história presenciou a emergência dos direitos de caráter individual, bem como dos novos direitos de caráter coletivo, com suas nítidas e profundas diferenças. Por sua vez, a noção dos sujeitos dos direitos também foi alterada diante do processo de multiplicação e especificação dos direitos. Os antigos interesses individuais de cunho egoísta passaram a conviver com o direito coletivo, e o homem, na sua especificidade, passou a ser sujeito de direitos. Nesta perspectiva, surge a necessidade de novos instrumentos destinados à solução da nova ordem

²⁸BOBBIO, Norberto. Op.cit. p. 33.

²⁹PIOVESAN, Flávia. Apud. LENZA, Pedro. Op. cit. p. 35. Nota 31.

coletiva de litígios. O desafio passou a ser a elaboração de instrumentos aptos a assegurar a efetividade dos direitos de segunda, terceira e quarta gerações. Neste contexto é que surge uma nova tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, que será por nós indicada sob a forma de um rápido esboço histórico.

Foi na Idade Média que a tutela coletiva teve origem, posto que, em um período de convívio comunitário como o feudal, que tinha como um dos focos do poder as corporações, seria natural a proteção coletiva, embora não com o caráter de representação consentida, como no direito coletivo da Idade Moderna. Há notícias de que o primeiro conflito de natureza coletiva ocorreu na França, por volta do ano de 1179, em que os aldeões da vila de Rosny-Bois reivindicaram aos seus senhores, os clérigos de Santa Genoveva, em Paris, o fim de sua condição de servos³⁰. Há também informes de que na Inglaterra, por volta do ano de 1199, o pároco Martin formulou pretensão perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, consistente no direito dos paroquianos de Nuthamstead, a oferendas e serviços diários³¹. Contudo, a maioria dos autores costuma indicar o *bill of peace*³² como antecedente da moderna ação coletiva.

Com o esfacelamento do sistema feudal, surge o individualismo e a noção de sujeito de direitos, que se tornou inadequada para responder a outras demandas surgidas com o avanço da história. Com o advento da Revolução Industrial, os valores individualistas foram sufocados e a percepção de que o indivíduo isolado pouco ou nada pode foi a característica da nova ordem coletiva triunfante. Desde o início do século passado, o processo corporativo foi alimentado pela sociedade de massa e pela globalização da economia no pós-guerra, e os conflitos metaindividuais foram potencializados.

Além de o impulso natural do homem tender ao coletivo, a agregação humana é oriunda também da otimização do trabalho e do exercício do poder político através dos sindicatos, que juntos contribuíram para a

³⁰PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público*. Porto Alegre: Do Advogado. 2005. p. 19

³¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 4

³²Especie de autorização do século XVII para processamento de uma ação individual, onde o autor requeria o tratamento uniforme para todos que estivessem envolvidos no litígio.

ascensão do coletivo e da conclusão racional de que os interesses em geral são mais eficazmente exercidos de forma coletiva.

Como os sujeitos desses novos direitos passaram a ser indeterminados, novos instrumentos diferentes da tutela jurisdicional clássica foram necessários para que as pretensões de caráter coletivo fossem levadas a Juízo. Nelson Nery Junior nos ensina que “os institutos ortodoxos do processual civil não podem se aplicar aos direitos transindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notadamente influenciado pelos princípios liberais do individualismo”³³. No Brasil, o Código de Processo Civil, vigente desde 1973, foi concebido apenas para dirimir conflitos individuais, não contendo nenhum dispositivo acerca da tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Neste contexto histórico, e em correspondência a uma sociedade de massa, surge assim uma nova tutela jurisdicional que se deve ajustar à nova realidade social. Além disso, a visão metodológica e instrumentalista do processo, com seus escopos social, político e jurídico, acabou por destacar esta nova tutela coletiva³⁴. Ora, se o processo deve ser instrumento de satisfação do direito material, com a modificação deste, aquele deve se adequar para atingir as novas pretensões relativas a este novo direito. Com a tomada de consciência de que o processo constitui instrumento para a tutela de valores mais significativos da sociedade, surgem mecanismos que permitem a postulação dos interesses metaindividuais em juízo, dando efetividade à garantia do acesso à justiça também para os direitos coletivos.

Assim, inspiradas nas *class actions*³⁵ do Direito norte-americano, surgem as ações coletivas que foram instituídas e expandidas em diversos países. Trata-se da chamada jurisdição civil coletiva, ou tutela coletiva, que, no ordenamento Jurídico Brasileiro, como veremos a seguir, é composta por diplomas legais específicos com institutos processuais diversos do processo civil clássico e, simultaneamente, pelos institutos tradicionais aplicados e adaptados subsidiariamente.

³³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1996. p. 117.

³⁴ VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 3.ed. São Paulo: Atlas. 1999. p. 18.

³⁵ AÇÕES DE CLASSE: destinadas à tutela de interesses de grupos específicos da sociedade.

4 As ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro

A tutela coletiva no Brasil surgiu de forma gradual, mediante a promulgação de várias leis específicas sobre matérias concernentes aos interesses metaindividuais. O grande marco do avanço para um efetivo acesso à justiça dos interesses coletivos foi a Lei 7.347/85, a Lei da Ação Civil Pública. Antes, porém, já havia alguns instrumentos que tratavam do direito coletivo. No entanto, esta fase anterior foi caracterizada por não possuir sistematização, em razão da pouca utilização de tais instrumentos³⁶, e pelo fato de os instrumentos não disporem de normas específicas de processo e procedimento, o que levava à utilização do processo civil tradicional de forma subsidiária. Vejamos as seguintes leis desta mencionada fase, aqui apresentadas em ordem cronológica.

O Decreto-Lei 5.452/43, a Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe acerca do dissídio coletivo e da ação de cumprimento do Direito do Trabalho; a Lei 3.164/57, Lei Pitombo-Godoi Ilha, e a Lei 3.502/58, Lei Billac Pinto, que tratavam do enriquecimento ilícito, revogadas pela Lei 8.429/92; a Lei 4.717/65, Lei da Ação Popular, que concede ao cidadão a tutela de anulação de ato lesivo e indenização de prejuízo ao patrimônio público; o Decreto 83.540/79, que disciplinou a ação de responsabilidade civil por danos decorrentes de poluição por óleo; e a Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Com o advento da Ação Civil Pública (LACP), no ano de 1985, inicia-se a segunda fase da evolução da tutela coletiva no Brasil. Anteriormente já havia a previsão legal da Ação Civil Pública, precisamente no art. 3º, III da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei Complementar nº 40/81), no entanto esta era caracterizada pela qualidade da parte legitimada para agir, no caso o Ministério Público. Com a LACP, o conceito de ação civil pública foi modificado e ampliado, e o critério determinante passou a ser o objeto da ação, isto é, os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu* e não mais as partes legitimadas. A Lei 7.347/85, como sua própria ementa já indica, é destinada a disciplinar “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, bem

³⁶SILVA, Sandra Lengruber da. Op. cit. p. 32.

como a outros interesses coletivos e difusos, que foram introduzidos posteriormente pelo CDC em 1990, como veremos a seguir.

Ao lado da LACP, a Constituição Federal de 1988 trouxe importante contribuição à tutela coletiva. No enunciado do Capítulo I do Título II, o texto constitucional elevou os direitos e deveres individuais e coletivos à categoria de direitos e garantias fundamentais. No art. 5º XXXV, que prevê o princípio do acesso à justiça, ou da inafastabilidade do controle jurisdicional³⁷, a CF garantiu o direito de ação tanto aos direitos individuais como aos coletivos e difusos. Conferiu ainda legitimação às ações coletivas, às entidades associativas (art. 5º, n. XXI), aos partidos políticos, aos sindicatos e às entidades de classe em mandado de segurança coletivo (art. 5º n. LXX), e ainda aos sindicatos (art. 8º n. III). Quanto ao Ministério Público, a CF, além de legitimá-lo para a ACP, previu como função institucional do *parquet*, a tutela dos interesses difusos e coletivo (arts. 127 e 129, n. III e IX). Além do Mandado de Segurança e da ACP, pode-se mencionar ainda, como previsão constitucional da tutela coletiva, o mandado de injunção (art. 5º LXXI) e a ação popular (art. 5º LXXIII). Deve-se ressaltar, por fim, que determinados direitos tratados na CF são direitos de terceira geração, como é o caso dos direitos do consumidor, ambiental, à educação, à saúde, ao patrimônio cultural.

Assim, vê-se que a nossa CF/1988 acompanhou a evolução histórica da tutela coletiva, dispondo tanto do direito como do processo coletivo. Para reforçar esta disposição, é importante também trazer à baila que a CF estabeleceu a estreita relação de colaboração do Estado com a sociedade civil³⁸, surgida no já analisado processo de evolução social, justamente por ser no seu âmbito que os direitos coletivos se manifestam. Como exemplo desta colaboração, vê-se a disposição da maioria dos direitos coletivos em nossa Constituição Federal, assim como na legislação infraconstitucional, em que há previsões diversas da promoção de tais direitos com a colaboração da sociedade. Como exemplo, temos os direitos relativos à educação, no Art. 205; ao meio ambiente, no Art. 225; ao patrimônio cultural, no Art. 216 §1º; à criança e

³⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 95.

³⁸ SILVA, Sandra Lengruber da. Idem, ibidem. p. 22

ao adolescente, no Art. 227; e ao idoso, no Art. 230³⁹, todos os dispositivos que estabelecem os deveres da sociedade e do Poder Público de promovê-los.

Em seguida, surge o Código de Defesa do Consumidor que, ao lado da CF e a LACP, forma a “jurisdição civil coletiva”, isto é, o denominado “microsistema de tutela coletiva”⁴⁰, ou, ainda, o “sistema processual coletivo”⁴¹, que constitui um sistema integrado no qual os referidos diplomas legais se completam mutuamente, complementado subsidiariamente pelas normas processuais do CPC. Além de constituir uma estrutura principiológica e normas processuais que podem ser utilizadas em todas as ações coletivas, o CDC, no seu art. 81, trouxe à tutela coletiva a noção do direito individual homogêneo, acrescentando-o ao objeto desta tutela, além dos já referidos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, e conceituando-os de acordo com suas diferentes características.

Registre-se também que o referido sistema integrado foi chamado por Ada Pellegrini Grinover de “novo ramo do Direito Processual, o Direito Processual Coletivo, contando com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e tendo objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivo e individuais homogêneos”.⁴²

A importância desse sistema na doutrina e na legislação pátria é verificada, outrossim, nos estudos que ocasionaram o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, depois transformado no Projeto de Lei da Câmara Federal 5.039/2009⁴³, que elaborara uma disciplina para a ACP e que infelizmente não prosperou.

Em sequência a esta linha evolutiva e como acréscimo ao sistema integrado da tutela coletiva, a LACP sofreu várias alterações, tanto no seu objeto, como em sua legitimação, na execução, na destinação da

³⁹SILVA, Sandra Lengruher da. Idem, *ibidem*. p. 22.

⁴⁰Idem, *ibidem*. p.34 e 37.

⁴¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. Op. Cit. Nota 7. ed. p.8.

⁴²GRINOVER, Ada Pellegrini Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Idem, *ibidem*. p.8. Nota 3.

⁴³MANCUSO, Rodolfo de camargo. Idem, *ibidem*. p.8.

condenação pecuniária e na coisa julgada, passando a ter um significado mais abrangente.

Numa outra perspectiva, o nosso ordenamento jurídico incorporou leis que tutelam outros direitos metaindividuais, correspondentes a outros valores sociais emergentes e carentes de proteção, entre eles, os direitos dos deficientes físicos, dos investidores no mercado mobiliário, da ordem urbanística, dos torcedores, dos idosos, da igualdade étnica e racial, da proteção à mulher contra a violência, todos direitos humanos de terceira geração, que, como indicamos, são direitos históricos e, portanto, mutáveis de acordo a evolução social.

No início deste artigo, já salientamos, citando Norberto Bobbio, que, em razão do seu caráter histórico, os direitos humanos jamais podem ser tomados como uma realidade acabada. Cada mudança na vida social, política e econômica, enseja o nascimento de novos direitos e, com isso, o surgimento de novas tutelas correspondentes. Esta afirmação resta claramente evidenciada em relação à matéria em questão, posto que, como indica Mancuso, “O tema dos interesses metaindividuais, por sua própria natureza e relevância social segue receptivo a novos desdobramentos e investigações, exigindo constante atenção e aprimoramento dos operadores do direito”⁴⁴.

5 Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

A inserção gradual da tutela dos interesses metaindividuais no nosso ordenamento jurídico ensejou a dificuldade de elaborarem-se definições doutrinárias mais precisas. Ainda de acordo com Mancuso, “até o início do último quartel do século passado, os interesses difusos remanesciam sob uma aura de indefinição conceitual”⁴⁵, sendo “*un personaggio assolutamente misterioso*”⁴⁶. Esta questão, de certa forma, só foi resolvida no Brasil com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que, no seu art. 81, permitiu a caracterização desses direitos na forma de preceito legal, como veremos adiante.

⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Idem, ibidem. p.10.

⁴⁵ Idem, ibidem. p.7.

⁴⁶ VILLONE, Massimo apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Idem, ibidem. p.140.

No entanto, antes de apresentar a conceitualização desses interesses/direitos metaindividuais, é importante aqui registrar que, embora haja divergência quanto à classificação da natureza desses direitos, ou seja, se são decorrentes da matéria genérica ou do tipo de pretensão jurisdicional, a doutrina postula que dos mesmos fatos podem advir conflitos relacionados a mais de uma espécie de direitos coletivos *latu sensu*, ou mesmo individuais, o que enseja a possibilidade de propositura de mais de uma ação sobre o mesmo fato. Acerca disso, vejamos o que diz Nelson Nery Junior:

o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o *tipo de tutela jurisdicional que se pretende* quando se propõe a competente ação judicial. Ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo. O mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual⁴⁷.

O próprio legislador brasileiro estabelece esta possibilidade, pois o CDC, ao iniciar o título da *defesa judicial do consumidor*, esclarece que tal tutela pode fazer-se *individualmente*, ou a *título coletivo* (CDC, Lei 8.078/1990, art. 81), possibilidade essa também confirmada pelo regime processual previsto para a hipótese de concorrência entre a ação coletiva e a individual sobre um mesmo bem jurídico (CDC, parágrafos dos arts. 103 e 104).

Feitas estas considerações, parte-se então para a caracterização dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, que são espécies do gênero “interesses metaindividuais”, estes últimos entendidos como os direitos titulados por um grupo ou coletividade, ou por uma gama de sujeitos afetados por um mesmo ato lesivo.

5.1 Os direitos difusos.

Embora sejam fruto da terceira geração de direitos, alguns doutrinadores afirmam que a expressão *direitos difusos* não é uma criação contemporânea, pois ela remonta ao direito romano⁴⁸. Mancuso ressalta

⁴⁷NERY JÚNIOR, Nelson. Op. Cit. p.121.

⁴⁸NERY JÚNIOR, Nelson; JHERINNG, Rudolf Von apud PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público*. Porto Alegre: Do advogado, 2005. p.19

que sempre existiram interesses difusos⁴⁹, da mesma forma, ele explica a contemporaneidade do tema pelo fato de os sistemas jurídicos terem historicamente se ocupado apenas da tutela dos indivíduos.

Quanto ao conceito de *direito difuso* presente no nosso ordenamento jurídico, este é trazido à luz pelo Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 81, parágrafo único, inciso I, preceitua que os direitos difusos se caracterizam como sendo aqueles transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Trata-se aqui dos direitos em estado flúcido dispersos por toda a sociedade. Nelson Nery comenta que

são direitos cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre o Titulares se dá por circunstância de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido. É difuso, por exemplo, o direito de respirar ar puro; o direito do consumidor de ser alvo de publicidade não enganosa e não abusiva⁵⁰.

Além das características de indivisibilidade do objeto e da indeterminação dos sujeitos, Rodolfo de Camargo Mancuso⁵¹ ressalta ainda duas outras: a intensa litigiosidade interna e a tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. Quanto à característica da conflituosidade interna, doutrinariamente de origem italiana, esta é explicada pela existência de conflitos entre grupos referentes aos interesses que se pretende preservar, fazendo com que a solução dessa litigiosidade resulte de uma escolha política. Ademais, como nos ensina Bobbio⁵², os direitos humanos são direitos de classe heterogênea, inclusive os fundamentais, posto que “são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham em certas

⁴⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. 89.

⁵⁰NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 4.ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.1864.

⁵¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. p.93.

⁵²BOBBIO, Norberto. Op. Cit. 19.

situações (...), uma opção”⁵³. É o que ocorre claramente com os direitos difusos.

Como exemplo dessa característica, podem-se citar os casos hipotéticos sugeridos por Pedro Lenza⁵⁴, como a construção de um aeroporto apto a receber aeronaves supersônicas. De um lado, há os interesses dos habitantes em evitar a poluição sonora; de outro, há o interesse de desenvolvimento da localidade onde o mesmo irá se instalar. Podemos citar ainda o caso da construção da Usina de Belo Monte que trouxe a discussão sobre a escolha entre o direito do povo indígena de permanecer em suas terras e o direito do brasileiro de usufruir de uma fonte de energia barata. Nestes casos e em todos os outros em que há concorrência de direitos difusos, a escolha sempre será política e, nesse caso, um interesse sempre haverá de ser sacrificado.

Quanto à transição dos direitos difusos no tempo e no espaço, esta é explicada por Mancuso, tendo em vista a contingência da situação do fato que os enseja, isto é, se os direitos difusos não forem exercidos rapidamente, eles podem se modificar de acordo com a situação de fato. Com efeito, os interesses difusos quase sempre surgem de situações repentinas, fugazes e, se não forem exercidos a tempo, modificam-se.

A esta característica de transitoriedade segue-se, para o referido autor, a irreparabilidade da lesão, posto que os direitos difusos correspondem aos valores mais elevados da sociedade, de modo que, uma vez lesados, não há como reparar adequadamente tais danos. Afinal, como realizar a reparação do dano ambiental provocado por um rio poluído ou pelo desmatamento de uma floresta nativa? Nesse sentido, verifica-se que a tutela coletiva deve fornecer instrumentos efetivos e céleres para evitar a irreparabilidade da lesão aos direitos difusos, sendo as medidas cautelares de urgência⁵⁵ e a tutela antecipada prevista no CPC art.273, os instrumentos essenciais que estão à disposição do Poder Judiciário para atingir, da melhor forma possível, a garantia do direito difuso posto em Juízo.

⁵³ BOBBIO, Norberto. Idem, ibidem. p.20.

⁵⁴ LENZA, Pedro. Op. Cit. p.92.

⁵⁵ A LACP, a LIA; o MSC, e a Lei 9.494/97, que disciplina a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, preveem tutelas de urgências com ou sem justificações prévias.

5.2 Os direitos coletivos *stricto sensu*

Conforme consignado no art. 81, parágrafo único II do CDC, os direitos coletivos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas determinadas ou determináveis e ligadas entre si por uma relação jurídica de base. A titularidade dos direitos coletivos é o aspecto diferenciador mais marcante entre o direito coletivo e o difuso, uma vez que, no caso dos direitos coletivos, as titularidades são determinadas e ligadas entre si por uma relação jurídica, tendo em comum com os direitos difusos o carácter da indivisibilidade. Nelson Nery Junior utiliza, como exemplo de direitos coletivos *stricto sensu*, o caso dos direitos dos alunos de uma determinada escola de ter assegurada a mesma qualidade de ensino em todos os níveis e séries de sua formação⁵⁶.

Rodolfo Mancuso, por sua vez, diferencia os interesses coletivos dos difusos, ressaltando que os difusos pertencem a um universo maior, pois dizem respeito ao homem considerado como ser humano, enquanto que os direitos coletivos concernem ao homem na sua projeção corporativa⁵⁷, isto é, se referem ao homem socialmente vinculado. Para este autor, as notas fundamentais que caracterizam os direitos coletivos são os seguintes:

- a) um mínimo de organização, a fim de que os direitos ganhem coesão, identificação e representatividade necessárias; b) afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores (*enti esponenziali*); c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo ao segmento uma situação jurídica diferenciada⁵⁸.

Mancuso também assinala que a litigiosidade interna, uma das características dos direitos difusos, também se encontra presente nos direitos coletivos, embora de forma menos intensa e com outra natureza.

⁵⁶NERY JÚNIOR, Nelson. Op. Cit. p.1864.

⁵⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. p.86.

⁵⁸MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Idem, *ibidem*. p.64.

Na medida em que os interesses coletivos se apresentam junto a grupos sociais definidos, a área conflituosa torna-se mais circunscrita, o que não ocorre com os direitos difusos, em que a área conflituosa se revela ilimitada⁵⁹.

A doutrina dominante entende os direitos coletivos exatamente como são definidos no CDC. No entanto, há posicionamentos contrários que defendem a divisibilidade dos direitos coletivos, como ressalta Sandra Lengruber⁶⁰, entendimento este também compartilhado por Vicente Greco Filho, Fernando Grella Vieira e Márcio Flávio Mafra Leal.

5.3 Os direitos individuais homogêneos

O CDC foi o primeiro diploma a fazer referência expressa aos direitos individuais homogêneos, embora a Lei 7.913/89, pertinente à ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, já se referia ao direito individual de origem comum. Contudo, é o CDC, no seu art. 81, parágrafo único, inciso III, que introduz no nosso ordenamento jurídico o seu conceito, a nova terminologia e a possibilidade de o direito individual ser defendido coletivamente em Juízo, inclusive com previsão das regras processuais no seu art. 91. Nesse sentido, conclui-se que o direito individual homogêneo sempre existiu, por ser logicamente um direito individual, tendo o CDC apenas inovado ao prever sua tutela em sua dimensão coletiva⁶¹.

Acerca disso, esclarece Nelson Nery Junior que “não se trata de pluralidade subjetiva de demanda (litisconsórcio), mas de uma única demanda coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos”⁶². Assim, os direitos individuais homogêneos seriam os clássicos direitos individuais que apresentam origem comum, isto é, os titulares são ligados por uma situação de fato, e podem, por expressa determinação legal, ser defendidos em juízo através de ação coletiva.

⁵⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Idem, *ibidem*. p. 105.

⁶⁰SILVA, Sandra Lengruber da. Op. Cit. p.44.

⁶¹SILVA, Sandra Lengruber da. Idem, *ibidem*. p.48.

⁶²NETRY JÚNIOR. Op. Cit. p.1864.

Estes são, enfim, “os direitos vinculados à pessoa, de natureza divisível e de titularidade plúrima, decorrentes de origem comum”⁶³.

Nesse sentido, vê-se que os direitos individuais homogêneos se diferenciam dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, vez que, enquanto para estes a natureza coletiva lhes é imanente, para os direitos individuais homogêneos essa natureza coletiva é acidental, sendo correlata apenas à sua forma de tutela.

Segundo Mancuso, os interesses individuais homogêneos, em sua essência ou natureza, são individuais, como a própria denominação indica, todavia originam-se de um evento comum que lhes confere uniformidade. Com base nisso, o legislador entende que há conveniência na sua jurisdição coletiva que permita uma condenação genérica⁶⁴. Nesse caso, consideramos sensata e acertada a posição do legislador. Ora, na hipótese da extrema dispersão de lesados, como, por exemplo, os aplicadores de caderneta de poupança em um Banco, prejudicados por uma inesperada mudança na taxa de juros, como afirma Mancuso, é muito mais conveniente que o trato jurisdicional seja de modo único, para facilitar o acesso à justiça e evitar as múltiplas demandas judiciais e riscos de decisões discrepantes, sem que haja impedimento de que particulares lesados ajuízem seus pleitos individuais, como já ressaltado acima, inclusive sem litispendência entre as ações, conforme previsão do Art. 104 do CDC.

6 Conclusão

Considerando o objetivo deste trabalho, que consiste em apresentar uma análise do contexto no qual surgiram os direitos metaindividuais e suas tutelas jurisdicionais, chega-se a algumas conclusões aqui brevemente expostas.

Os direitos humanos são direitos históricos e mutáveis, e seu nascimento e evolução estão profundamente ligados às transformações sociais. Os direitos metaindividuais, direitos de terceira geração, surgiram seguindo as conquistas dos direitos de liberdade e de igualdade, eles

⁶³ ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.33.

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. 51.

interagindo. Com isso, seus destinatários deixaram de ser concebidos em sua dimensão abstrata e passaram a ser concretamente tratados, ou seja, tomados como seres em situação.

Em decorrência dos novos direitos, surge a necessidade de novos instrumentos processuais aptos a fornecer solução à nova ordem coletiva de litígios, já que o processo civil tradicional se mostrou insuficiente para atingir a efetividade dos direitos de terceira geração. Surge, com isso, a tutela coletiva que, no ordenamento jurídico brasileiro, é composta por diplomas legais específicos com institutos processuais diversos do processo civil clássico e, simultaneamente, pelos institutos tradicionais aplicados e adaptados subsidiariamente.

A tutela coletiva no Brasil surgiu de forma gradual, tendo uma fase inicial constituída de várias leis isoladas, sendo esta fase caracterizada por não possuir sistematização e pelo fato de os instrumentos não disporrem de normas específicas de processo e procedimento. O início da segunda fase foi marcado pela Lei da Ação Civil Pública (LACP) que, junto com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, diploma que conceitua os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos e, ainda traz preceitos de caráter processual, formam o “microsistema processal coletivo”, sistema integrado em que os referidos diplomas legais se completam mutualmente, complementados subsidiariamente pelas normas processuais do CPC.

Da mesma forma que o processo de evolução dos direitos humanos não está de modo algum concluído, a evolução da tutela dos interesses metaindividuais continua em aberto, e que, por sua própria natureza e relevância social, segue receptiva a novos desdobramentos e aprimoramentos.

Abreviaturas

ACP - Ação Civil Pública

CF - Constituição Federal

CDC - Código de defesa do Consumidor

CPC - Código de Processo Civil

LACP - Lei da Ação Civil Pública

LIA - Lei de Improbidade Administrativa

MSC - Mandado de Segurança Coletivo

STJ - Superior Tribunal de Justiça

Referências

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____; ANDRADE, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação civil pública*: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público. Porto Alegre: Do Advogado, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RABENHORST, Eduardo R. *O que são direitos humanos?* direitos

humanos, capacitação de educadores, fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da educação em direitos humanos. João Pessoa: Universitária, 2008. 1v.

_____. *O valor do homem e o valor da natureza: breve reflexão sobre a titularidade dos direitos morais, educação em direitos humanos: Fundamentos teórico-metodológico.* João Pessoa: Universitária, 2007.

SILVA, Sandra Lengruber da. *Elementos das ações coletivas.* São Paulo: Método, 2004.

TOSI, Giuseppe. *Liberdade, igualdade e fraternidade na construção dos direitos humanos, direitos humanos, capacitação de educadores. fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da educação em direitos humanos.* João Pessoa: Universitária. 1v.

_____. *O significado e as consequências da declaração universal de 1948: direitos humanos, capacitação de educadores.* João Pessoa: Universitária, 2008. 1v.

_____. *O que são esses “tais direitos humanos”?* direitos humanos na educação superior. subsídios para a educação em direitos humanos na filosofia. João Pessoa: Universitária, 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Interesses Individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos.* São Paulo: Saraiva, 2003.



Pedra de Itacoatiara - Ingá-PB
(Acervo do Arquivo do CEAF/MPPB)

A INEFICÁCIA DAS LEIS OCASIONAIS NO COMBATE À CRIMINALIDADE

Taiara Desirée Tavares de Castro
Assessora Jurídica de Promotor de Justiça

Resumo

O presente artigo objetiva analisar a crise do sistema penal no tocante à ineficácia das leis ocasionais no combate à criminalidade. O Direito penal, há muito, é visto como a única forma de resolver todos os males que afligem a sociedade, que passa a exigir leis imediatas que definam novos delitos e agravem penas cominadas às condutas já tipificadas, objetivando a redução da criminalidade. Porém, o movimento histórico de criação excessiva de leis penais, em nada tem solucionado o alto índice de delinquência, razão pela qual o método utilizado nesta análise é o qualitativo, cuja identificação da natureza do problema será necessária. Como hipótese a ser seguida, buscaremos a possível solução para o cerceamento da criminalidade, mostrando que não está na criação de leis casuísticas, cuja finalidade é a abolição imediata dos crimes e repressão aos criminosos, mas numa política socioeducativa por força do Governo de forma a modificar estruturalmente a instrução da sociedade permitindo uma verdadeira evolução na base do Estado. Este artigo sugere, portanto, que, além das mudanças necessárias nas políticas públicas, o investimento nas áreas de saúde, moradia, trabalho e educação seriam de grande valia para propiciar maior desenvolvimento da sociedade hodierna e quiçá a redução da criminalidade.

Palavras-chave: Direito penal. Criminalidade. Leis ocasionais. Ineficácia. Política socioeducativa.

Abstract

The present article aims to analyze the crisis of the penal system regarding the ineffectiveness of the occasional laws to fight criminality. The Criminal Law, has long being seen as the only way to solve all issues afflicting the society, it demands immediate laws defining new crimes that worsen penalties affiliate known behaviors aiming the reduction of criminality. However, the historical movement of excessive creation of penal laws, is not solving the high

delinquency rate, by this reason the method used in this analysis is the qualitative, which is necessary the identification of the problem's nature. As hypothesis being followed, we will find a possible solution for the retrenchment of the criminality showing that it's not on the creation of casuistries laws, for which purpose is the immediate abolition of the crimes and repression to the criminals, but on a socioeducative policy ruled by the Government in order to structurally modify the instruction of society allowing a true evolution in the Nation's foundation. This article suggests, therefore, that besides the required changes on public politics, the investment on health areas, dwelling, works and education would be valuable to propose a higher progression of the nowadays society and perhaps the reduction of the criminality.

Key-words: Criminal law. Criminality. Occasional laws. Ineffectiveness. Socioeducative policy.

1 Introdução

Ao longo dos anos, o Direito penal tem sido visto como o único meio de findar os problemas que atormentam a sociedade que passou a exigir leis imediatas objetivando a redução da criminalidade. Sobre esse fato, assevera Damásio de Jesus que “a população passou a crer que a qualquer momento o cidadão poderia ser vítima de um ataque criminoso, gerando a ideia da urgente necessidade da agravação das penas e da definição de novos tipos penais, garantindo-lhe a tranquilidade.”¹

A crise do sistema penal brasileiro referente à criação de um sistema punitivo ineficaz, que tenta suprir a exigência decorrente da insegurança social, fez despontar movimentos com o escopo de amenizar a criminalidade de forma imediata através das chamadas leis casuísticas. Observamos, pois, ao longo da história, a criação de diversas leis incriminadoras surgidas em consequência do clamor público. À guisa de ilustração, está a Nova Lei de Drogas e Entorpecentes que, embora rígida, não tem inibido a ação dos criminosos.

É cediço que os movimentos sociais por lei e ordem somente

¹JESUS, Damásio E. de. *Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

fizeram o Estado agir de forma errante, pois, para a prática de pequenos delitos, são adotadas penas severas para oferecer sensação de segurança à sociedade, fazendo agravar ainda mais a crise do sistema penal por apenas dilatar a massa carcerária e nada solucionar quanto à redução da criminalidade.

Para entendermos o ponto nevrálgico da problemática aqui suscitada, partiremos do raciocínio acerca da intervenção penal do Estado nos acontecimentos sociais, explicando sua válida função repressora através da legitimação do Direito penal, abordando o princípio da intervenção mínima que orienta a atuação penal do Estado. Neste diapasão, versaremos sobre o surgimento dos movimentos em prol de uma maior intervenção penal.

Por conseguinte, adentraremos ao ponto principal deste artigo, destacando as chamadas Leis Ocasionais. Neste íterim, conceituaremos as referidas normas, explicaremos suas supostas finalidades e não deixaremos de citar algumas entre as principais leis ocasionais brasileiras, parte em que nos limitaremos à Lei de Crimes Hediondos, à Lei Maria da Penha e à Nova Lei de Drogas e Entorpecentes, versando, ao final, sobre a ineficácia destas através da análise de dados concretos que nos permitem inferir sobre a problemática do tema abordado.

A partir dessas premissas, buscaremos arrazoar sobre a criminalidade como um problema político de manipulação das massas, discorrendo acerca do errante objetivo estatal de impor a ideia da lei penal como solução, por ser o meio mais prático de dar uma resposta à sociedade exigente. Findaremos, portanto, apontando os possíveis recursos adequados para solução do caso.

2 A intervenção penal do Estado

Para entendermos a intervenção do poder estatal perante os acontecimentos sociais por meio do Direito Penal, importante observarmos primeiramente que ao Estado foi confiado o dever de garantir que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes ou em trânsito no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade conforme se verifica da leitura do artigo quinto da Constituição Federal. Entre os direitos conferidos, Alexandre de Moraes afirma que “o direito à vida é o mais fundamental de todos os

direitos, já que constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”²

Partindo do entendimento de que a garantia à vida é condição para os demais direitos fundamentais e sendo o Estado garantidor destes, verifica-se a necessidade de uma intervenção, quando necessária, por meio do Direito Penal, para garantir a dignidade do cidadão, fundamento da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo primeiro, traz fundamentos básicos que servem de substrato para a intervenção penal do Estado. Tomando por base as determinações constitucionais e o seguinte entendimento de Fernando Capez,

Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária [...] Significa, portanto, não apenas aquele que impõe a submissão de todos ao império da mesma lei, mas onde as leis possuam conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade³.

Podemos concluir que o Estado Democrático de Direito parte do princípio da dignidade do cidadão que regula todo o sistema penal e, que, com base nele, editam-se normas para controlar e reprimir os comportamentos sociais quando contrários aos textos legais, sendo exatamente neste ponto onde o Estado exerce sua legítima função repressora.

2.1 A função repressora do Estado e a legitimação do Direito Penal

O Direito penal, como ramo do Direito público, regula as relações do indivíduo com a sociedade, pois, quando aquele pratica uma

²MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 60.

³CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6. 1v.

conduta típica, estabelece de imediato uma relação jurídica entre ele e o Estado, surgindo para este o *jus puniendi* como poder-dever de punir os transgressores da lei, realizando a defesa da sociedade contra o crime.

O direito de punir surge num primeiro momento com o Poder Legislativo, cabendo ao próprio Estado o dever de ditar normas penais e, posteriormente, com a obrigação de esse mesmo Estado exigir o cumprimento das suas próprias leis. Da violação destas, nasce o direito do poder estatal de executar a pena, efetuando, portanto, sua legítima função repressora. Todavia, o Direito Penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, somente devendo preponderar quando for absolutamente necessário para o controle e manutenção da paz social.

Vejamus que, embora o Direito penal se preste a nortear positivamente a intervenção do Estado, ela se apresenta como limite de sua própria atuação, e é neste ponto que verificamos a importância do princípio da intervenção mínima do Estado.

2.2 O princípio da intervenção mínima

É cediço que o Direito penal é o meio pelo qual o Estado exerce sua força repressora, resguardando os direitos individuais fundamentais dos membros da sociedade. Porém, a onipotência jurídico-penal do Estado, deve contar, necessariamente, com limites de atuação.

Conforme garante Cezar Bitencourt, “o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado.” Para ele, a criminalização de uma conduta somente se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Havendo, portanto, outras formas de sanção ou meios de controle social suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização torna-se inadequada e não recomendável⁴.

Zaffaroni o intitula de princípio da proscrição da grosseira inidoneidade da criminalização. Em seu entendimento, perante um

⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.13.

conflito em que se acha disponível um modelo de solução, é desnecessária a criminalização, que apenas lhe impõe uma espécie decisória, mas não o soluciona⁵. Compreende-se, portanto, que o Direito Penal se presta como recurso de última aplicação, somente devendo ser acionado quando os demais ramos do Direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos no fato social.

Em que pese a existência de princípios limitadores da atuação repressora do Estado por meio do Direito Penal e suas leis incriminadoras, a realidade tem registrado grandes movimentos sociais, objetivando uma maior intervenção penal com o escopo de se reduzir imediatamente a criminalidade.

2.3 Os movimentos em prol de uma maior intervenção penal

Sendo o Direito Penal parte da organização jurídica estatal, um subsistema de controle social formal⁶, que é marcado pela Lei Fundamental, ele deve, essencialmente, dirigir-se à proteção da convivência humana na sociedade⁷. Pode-se dizer que sua finalidade mais importante é a manutenção da paz jurídica, mediante a proteção preventiva dos bens tidos por mais importantes⁸. Baseando-se nessa premissa e tendo em vista o crescimento acelerado da criminalidade e, conseqüentemente, da impunidade, a sociedade passou a exigir mais proteção do Estado através de movimentos em prol de uma maior intervenção penal. Entre eles, destacam-se o Movimento da Tolerância Zero, a Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo, como maneiras utilizadas para incremento punitivo na pós-modernidade.

O Direito Penal do Inimigo, defendido por Günter Jakobs, surgiu da ideia de que o criminoso necessita ser visto como inimigo do Estado,

⁵ZAFFARONI, E. Raul et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 242. 1v.

⁶FRANCO, Alberto Silva; HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Branch, 1989. p.115-116.

⁷SCHUNEMANN, Bernd. O Direito penal é a última *ratio* da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de direito liberal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, n. 53, 2005, p. 14.

⁸STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*. Madri: Marcial Pons, 2007. p. 106.

devido ser tratado como tal. Contra ele se justifica um procedimento de guerra, pois inimigo é todo aquele que se afasta de modo permanente do Direito e da Lei, não oferecendo, portanto, garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. É exatamente por esta razão que não pode ser dado a ele o mesmo tratamento que se deva dar a um cidadão do bem.

Segundo Jakobs, quando um indivíduo opta pela criminalidade, cabe ao Estado não reconhecer seus direitos. Para ele, quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não deve esperar ser tratado como pessoa pelo Estado, pois, do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas⁹.

Neste sentido, há diversos fundamentos filosóficos. Vejamos:

(a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal” deve ser tratado como inimigo (Kant)¹⁰.

Assim, essa teoria defende o pensamento de que o criminoso deve ser punido severamente, a ele devem ser impostas leis mais rígidas que se coadunem com o grau de periculosidade do indivíduo tido como inimigo. Esta é uma das primeiras ideias em prol de uma maior intervenção penal.

Do mesmo modo, na década de setenta, surgiu nos Estados Unidos o movimento chamado *Lei e Ordem*. Caracterizado pelo sentimento de insegurança generalizada, assentava-se em uma tentativa de transformar em realidade a ficção de que leis e ações mais severas e em maior número são o caminho através do qual se alcança segurança e bem-estar¹¹.

⁹GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf>. Acesso em: mar. 2012.

¹⁰Idem.

¹¹SOUZA, Hugo R. C. *Do Garantismo ao Movimento Lei e Ordem: nuances do incorrigível Direito penal*. Disponível em: <<http://www.anovademocracia.com.br/no-39/191-do-garantismo-aomovimento-lei-e-ordem>>. Acesso em: mar. 2012.

Uma das ilusões novelescas que caracterizam o Movimento de Lei e Ordem é a separação das pessoas em dois tipos: os homens de bem, “pagadores de impostos” merecedores dos direitos e garantias previstos em lei; e os homens maus, apresentados como seres geneticamente condenados à perversidade, aos quais, via de regra, são negados aqueles direitos e garantias, geralmente sob a desculpa de que direitos humanos devem ser reservados apenas para “humanos direitos.”¹²

Com a mesma exigência por uma maior intervenção penal, objetivando o combate à criminalidade, aportou também nos Estados Unidos o movimento conservador chamado de Tolerância Zero.

O programa de tolerância zero tem sua origem, em grande medida, em função de um famoso artigo publicado por James Q. Wilson em parceria com George Kelling, no ano de 1982, na revista norte-americana *Atlantic Monthly*. O artigo intitulou-se “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”¹³.

A ideia central do pensamento ali desenvolvido é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que viceja em certas áreas da cidade¹⁴.

Ante o nível de exigência da sociedade, leis mais rigorosas passaram a ser casuisticamente elaboradas com o condão de atenuar o índice da criminalidade, porém, não há qualquer pesquisa empírica que tenha demonstrado a efetividade da Tolerância Zero, nem dos demais movimentos que surgiram em prol de uma maior intervenção penal do Estado com o fito de combater a criminalidade.

¹²Idem.

¹³SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância zero*. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000129-reid-5-13-sergio.pdf>>. Acesso em: mar. 2012.

¹⁴Idem.

3 As chamadas Leis Ocasioneis

O sistema jurídico brasileiro exhibe uma forte tendência de se criar leis incisivas, duras e rígidas quando as circunstâncias de conflito e desespero social se apresentam caóticas. Estas leis são conhecidas por Leis Ocasioneis, Leis de Ocasão, ou ainda, Leis Casuísticas.

Uma lei casuística define um caso específico, distinguindo-o de outros casos similares, além de estipular a consequência legal. Esse tipo de lei costuma, além de ser impessoal, não definir o que é certo e errado, mas estabelecer responsabilidades legais.¹⁵

Ao longo dos anos, “a crise de efetividade do Direito Penal acabou por gerar uma expansão dos instrumentos repressivos penais, atribuindo-lhes uma carga difícil de suportar”¹⁶, e a “política criminal passou a ser confundida com a opinião pública, adquirindo voz própria através dos meios de comunicação em massa, exigindo a criminalização de um número cada vez maior de condutas.”¹⁷

Nessa esteira, o Brasil sempre foi conhecido como um dos países (talvez o recordista) que mais legisla no mundo¹⁸, e dessa multiplicação de leis “o que se percebe é que as leis não surgem após um tempo de reflexão e para atender questões pensadas, mas são leis casuísticas que atingem diretamente um problema momentâneo, não regulando na essência questões que precisam ser reguladas.”¹⁹

¹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 4 ed. Del Rey. Belo Horizonte: 2008. p. 56. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=iczIS-zHYSEC&pg=PA56&lpq=PA56&dq=emplos+de+leis+casu%C3%ADsticas&source=bl&ots=xJk-ML_tKN&sig=1FkYXHxa0fuSq0Dz4oVXLbA5KwA&hl=pt-BR&sa=X&ei=3CaLT_vGBKbh0QHfhdn_CQ&ved=0CCAQ6AEwAA#v=onepage&q=casu%C3%ADstica&f=false>. Acesso em: abr. 2012.

¹⁶ LUCA, Heloiza Meroto. *A política criminal como critério teleológico da dogmática penal*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p. 3. Disponível em : <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21112011-102030/pt-br.php>. Acesso em: mar. 2012.

¹⁷ Idem.

¹⁸ OLIVEIRA, J. J. Basílio. *O Brasil e o excesso de leis penais*: parte I. Disponível em: <<http://www.osaqua.com.br/2009/09/05/o-brasil-e-o-excesso-de-leis-parte-1> *HYPERLINK* “<http://www.osaqua.com.br/2009/09/05/o-brasil-e-o-excesso-de-leis-parte-1%3e>”>. Acesso em: abr. 2012.

No Brasil, toda vez que surge algum problema de ordem nacional e que cause algum tipo de comoção social, sempre explorado pela imprensa, surge alguém com a ideia de propor um projeto de lei para tratar da questão, sempre acreditando que tudo se resolve com mais uma lei²⁰.

O próprio parlamentar e ex-Presidente do Senado Federal, José Sarney, afirma que vivemos num país de mentalidade casuística.

O que há no Brasil é que se criou a mentalidade de que, através de uma lei, se resolve tudo. Ficamos casuístas, cada problema se tenta resolver imediatamente através do processo legislativo, que frustra por dois lados: a opinião pública, que pensa que isso vai resolver e, por outro lado, que é difícil de se fazer²¹.

3.1 Exemplos Leis Ocasioneis Brasileiras

Poderíamos citar inúmeras leis ocasionais brasileiras uma vez que vivemos em um país que deposita uma fé ingênua no Governo que produz uma quantidade absurda de normas para as mais variadas situações, muitas delas já regulamentadas, apenas com o condão de dar uma resposta célere à sociedade insegura e exigente. No entanto, conforme aludido na sessão introdutória deste artigo, buscaremos nos limitar à análise da Lei de Crimes Hediondos, da Lei Maria da Penha e da Nova Lei de Drogas e Entorpecentes, colacionando dados concretos que comprovam a ineficácia desses diplomas normativos.

¹⁹ CARVALHO, Jeferson Moreira. *Excesso legislativo*: não é necessário fazer novas leis, apenas cumprir as existentes. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/?idcanal=20239>>. Acesso em: abr. 2012.

²⁰ Idem.

²¹ SARNEY, José Sarney. Crítica excesso e queda na qualidade das leis. In: _____. *Folha Online*. Disponível em: http://www.correiadoestado.com.br/noticias/sarney-critica-excesso-e-queda-naqualidade-das-leis_88221/>. Acesso em: abr. 2012.

3.1.1 *Lei de Crimes Hediondos*

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, surgiu como resposta à violência no Estado do Rio de Janeiro que assolava toda a população local.

[...] devemos entender o momento de pânico que atingia alguns setores da sociedade brasileira, sobretudo por causa da onda de sequestros no Rio de Janeiro, culminando com o do empresário Roberto Medina, irmão do Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro, Rubens Miranda, considerado a gota d'água para a edição da lei. [...] O clima emocional para o surgimento de dispositivos duros que batessem os chamados *crimes hediondos* estava assim criado. A sociedade exigia uma providência drástica para pôr fim ao ambiente de insegurança vivido no País. O Governo precisava dar ao povo a sensação de segurança²².

Historicamente, a Lei de Crimes Hediondos resultou de vários projetos de leis que tramitavam no Congresso Nacional, alguns oriundos da Câmara dos Deputados, outros do Senado Federal, e até do Executivo. Porém, a origem legítima foi o Projeto de Lei n. 50/90 do Senado Federal, que estabelecia apenas novas disposições penais para os crimes de sequestro e extorsão mediante sequestro, alterando diversos artigos da legislação penal e dava outras providências de ordem processual penal²³.

A referida Lei trouxe algumas inovações no que concerne à classificação dos crimes hediondos e insuscetíveis de anistia, graça e indulto, e sua principal finalidade era agravar situações já tipificadas pelo Código Penal a fim de causar temor na camada delinquente, no entanto tal objetivo não surtiu efeito, pois, segundo Antônio Monteiro, em obra sua publicada apenas cinco anos após a vigência da lei, já

²² MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos: textos, comentários e aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 4.

²³ *Ibidem*, p. 6.

verificava sua ineficácia no combate à criminalidade:

No dizer de muitos críticos, não é aumentando sensivelmente a pena, ou mesmo criando dispositivos que aparentemente impeçam qualquer benefício aos condenados que as quadrilhas de traficantes ou as organizações dos sequestros serão desmanteladas. A realidade é bem outra, e, *após a vigência desta lei, os casos de sequestros não só diminuíram, mas vêm aumentando*. Do Rio de Janeiro onde, no ano de 1990, se verificaram trinta e dois sequestros, tipificando o crime hediondo de “extorsão mediante sequestro”, e dos quais apenas dezesseis já estão na Justiça, este tipo de ação espalhou-se para todo o País. A gravidade dos casos também aumentou, e muitas vítimas foram assassinadas, umas antes e outras após o pagamento do resgate. Não é o simples aumento da pena que vai resolver o problema, embora, talvez, momentaneamente, nos dê a sensação de amenizá-lo. Até que a certeza da impunidade continue arraigada na mente do criminoso; até que a demora na persecução criminal e o medo de as vítimas reconhecerem seus algozes levem ao fracasso a ação penal em grande número de casos; em suma, até que não haja uma profunda reforma no trato da questão criminal, começando pelo inquérito policial até ao sistema penitenciário, reforma essa que traga uma confiável investigação policial e uma certeza de imediata condenação e real cumprimento da pena, continuaremos a assistir à edição de leis como a de n. 8.072/90, de muita polêmica e pouca eficácia.²⁴ (grifamos)

Sabemos que a Lei de Crimes Hediondos agravou vários tipos já previstos no Código Penal, além de dificultar a forma de progressão de regime para os condenados por tais delitos com o escopo de causar receio nos delinquentes habituais e, conseqüentemente, reduzir a criminalidade. No entanto, é certo que o objetivo não tem sido alcançado quando ainda constatamos um alto índice de delinquência envolvendo crimes hediondos.

²⁴Ibidem. p. 5.

3.1.2 Nova Lei de Drogas e Entorpecentes

Antes de iniciarmos a análise da Nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, e sua ineficácia no combate à criminalidade, mister se faz realizarmos uma breve compreensão acerca das suas antecessoras, a Antiga Lei de Tóxicos e Entorpecentes, Lei nº 6.368/1976, e a famigerada Nova Lei de Tóxicos e Entorpecentes, Lei nº 10.409/2002.

Desde o ano de 1976, foi editada a primeira lei brasileira que dispunha sobre o tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, trazendo uma nova conduta típica para o mundo jurídico.

Além de apresentar um novo tipo penal, a Lei nº 6.368/76 citava métodos preventivos e repressivos ao tráfico ilícito e uso indevido das substâncias entorpecentes com o escopo de reduzir a precária situação que desde então assolava o povo brasileiro, em razão do mau uso de tais substâncias nocivas à sanidade mental. Tratava-se, pois, de uma questão de saúde e segurança públicas, que merecia urgente regulamentação.

Insta mencionar que a Lei de Crimes Hediondos de 1990, no texto do seu artigo segundo, além de outros crimes, também qualificou o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins como crime hediondo, com o intuito de agravar ainda mais a situação de quem praticava tal delito. No entanto, quase três décadas se passaram após a edição da Lei de Tóxicos e Entorpecente e, embora a posterior agravamento advinda com a Lei de Crimes Hediondos, ainda assim, o uso indevido de tais substâncias continuou a perturbar a paz social.

Todavia, como é costume brasileiro criar leis regulamentando situações já normatizadas, acreditando que seja a principal solução no combate à criminalidade, ou para, tão somente, dar uma resposta instantânea à sociedade, uma nova lei versando sobre o mesmo assunto foi editada, a Lei nº 10.409/2002, conhecida por Nova Lei de Tóxicos e Entorpecentes que dispôs de igual modo, apenas trazendo alguns acréscimos.

Em que pese a edição de duas leis abordando sobre o mesmo assunto e ainda a agravamento trazida pela Lei de Crimes Hediondos, é notória a ineficácia legislativa no combate ao crime de tráfico de drogas, mas o Poder Público insiste em acreditar que a edição de novas regulamentações combaterá um problema que visivelmente não se ataca com leis.

Apesar da ineficácia legislativa, sobrevivendo poucos anos, a Lei nº 11.34/2006, a famosa Nova Lei de Drogas, entrou em vigor, revogan-

do expressamente as Leis 6.368/76 (que definia crimes) e 10.409/02 (que tratava da persecução penal), apenas unificando o trato da matéria, conforme literatura do seu art. 75.

Enfim, é visível que o Poder Público brasileiro tem produzido leis apenas para dar ligeiras respostas à população que clama por segurança pública.

3.1.3 Lei Maria da Penha

Outro exemplo de lei casuística é a Lei nº 11.340/06 que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em homenagem ao caso nº 12.051/OEA de Maria da Penha Maia Fernandes, após a formalização de uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, realizada pela própria Maria da Penha, vítima de maus tratos e tentativa de homicídio provocados pelo seu próprio esposo.

A Lei nº 11.340/06 entrou em vigor com a finalidade de salvaguardar os interesses das vítimas da violência doméstica, possibilitando a aplicação de medidas efetivas de proteção e punir com maior rigor os agressores²⁵, no entanto, a despeito do advento de uma lei que criou uma nova conduta típica, possibilitando que agressores de mulheres no âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada, a criminalidade não tem diminuído.

3.2 A ineficácia das leis ocasionais

Empós todo o exposto, torna-se imprescindível abordarmos, detalhadamente, sobre a ineficácia das leis em comento, colacionando dados estatísticos que comprovam o que acometemos como tema principal deste artigo.

A empresa *Sangari Brasil*, existente no nosso país desde 1997, integra um grupo internacional presente em dezessete países que, há meio século, desenvolve soluções para o Ensino de Ciências. Fundou em dezembro de 2003 o respeitável *Instituto Sangari* que “já realizou inúmeras iniciativas que atraíram o interesse de quase um milhão de

²⁵CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil: Análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 165.

pessoas”²⁶, dentre elas desempenhou uma ótima pesquisa contabilizando o *mapa da violência homicida no país*, dados que podem ser verificados em todas as unidades federadas, alcançando suas capitais e regiões metropolitanas, bem como suas regiões interioranas.

Desde o ano de 1998, o Instituto Sangari vem realizando pesquisa anual denominada de *Mapa da Violência - Os novos padrões da violência homicida no Brasil*, analisando os últimos trinta anos de violência homicida no país e verificando profunda mudança nos padrões históricos. Tal pesquisa aponta as principais características da evolução dos homicídios em todo o país: nas 27 Unidades Federadas, 27 Capitais, 33 Regiões Metropolitanas e nos duzentos Municípios com elevados níveis de violência²⁷.

Entre 1989 e 2000, houve, sem dúvida, uma explosão dos crimes violentos no Brasil²⁸. Baseando-se, no conteúdo do Mapa da Violência do ano de 2012, verifica-se uma realidade brasileira, lamentavelmente, um tanto trágica.

Em 30 anos, o Brasil ultrapassou a marca de um milhão de vítimas de homicídio. Dados do Mapa da Violência 2012, divulgado nesta quarta-feira pelo Instituto Sangari, apontam que o número de homicídios passou de 13,9 mil em 1980 para 49,9 mil em 2010, o que representa um aumento de 259%. Com o crescimento da população nesses trinta anos, a taxa de homicídios passou de 11,7 em cada grupo de cem mil habitantes em 1980 para 26,2 em 2010²⁹.

No histórico dos trinta anos analisados neste documento, o Sistema de Informações de Mortalidade do Ministério da Saúde registrou 1,1 milhões de vítimas de homicídio. Para ter uma ideia do que esse número representa, podemos indicar que só um pequeno número de cidades brasileiras, treze, para

²⁶ INSTITUTO SANGARI. Disponível em: <<http://www.institutosangari.org.br/instituto/>>. Acesso em: abr. 2012.

²⁷ MAPA DA VIOLÊNCIA 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil. Disponível em: <<http://www.sangari.com/mapadaviolencia/>>. Acesso em: abr. 2012.

²⁸ OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <<http://www.observatoriodesezuranca.org/dados/dados>>. Acesso em: abr. 2012.

²⁹ NOTÍCIAS TERRA. Taxa de homicídios no Brasil mais do que dobra em 30 anos. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0, OI5517957-EI5030,00-Taxa+de+homicidios+no+>>

sermos exatos, alcançou esse número de habitantes no censo de 2010. Por essas mesmas estatísticas de mortalidade, ocorreram, no ano de 2010, cinquenta mil assassinatos no país, com um ritmo de 137 homicídios diários, número bem superior ao de um massacre do Carandiru por dia³⁰.

Segundo os elementos da referida pesquisa, podemos observar que a criminalidade envolvendo homicídios aumentou na maioria dos Estados brasileiros, destacando os Estados de Alagoas, Pará, Paraíba, Espírito Santo e Bahia como sendo os mais violentos.³¹

Por outro lado, os dezessete Estados com as menores taxas do país no ano 2000 viram seus índices aumentar. Em vários locais, esse crescimento foi de tal magnitude que levou os Estados a ocupar um lugar de destaque no contexto nacional no final da década. Assim, Alagoas passa a ocupar o primeiro lugar no Mapa da Violência, também Pará – que da 21ª posição passa para a 3ª, Paraíba – vai da 20ª para a 6ª e Bahia – da 23ª para a 7ª posição.³²

Os Estados de Rondônia, Paraná, Maranhão, Amapá, Mato Grosso, Santa Catarina, Goiás, Piauí, Rio Grande do Norte, Sergipe e Ceará também possuem índice elevado que, infelizmente, também vem aumentando a cada ano.³³

Importante salientar que os Estados que concentram o maior índice de criminalidade envolvendo homicídios estão localizados nas regiões Norte e Nordeste, tidas como as mais carentes do país, o que nos leva a crer que a delinquência costuma ascender em localidades cujo desenvolvimento é mais lento. Neste sentido, vejamos:

³⁰ WAISELFISZ, Júlio Jacobo. *Mapa da violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. São Paulo: Instituto Sangari, 2012.

³¹ Idem.

³² Ibidem, p. 238.

³³ MAPA DA VIOLÊNCIA 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil. Disponível em :<<http://www.sangari.com/mapadaviolencia>>. Acesso em: abr. 2012.

Há uma notável ausência de consenso em relação às causas das mortes violentas. As opiniões *dividem-se* em, pelo menos, três tendências. A primeira refere-se à teoria das escolhas racionais. Os homicídios decorrem de um comportamento violento fundado na expectativa dos agressores de obter uma valorização monetária ou lucro de suas ações. A segunda refere-se à teoria da frustração, isto é, o agente do homicídio reage violentamente em decorrência de uma quebra de expectativas, de revolta ou em resposta a uma agressão. Ao contrário da primeira, essa teoria dá ênfase à irracionalidade da ação. A terceira refere-se às vítimas e não somente aos agressores. Nesse caso, a renda interfere na capacidade de o indivíduo se proteger da violência. Pessoas ricas possuem meios para escapar ao risco de morte violenta, e os pobres, ao contrário, estariam mais submetidos a ela. Além disso, a morte de uma pessoa pobre implica menor risco de ser preso, julgado e condenado ao agressor, o contrário do que tenderia a ocorrer caso a vítima seja rica. As três abordagens pressupõem relações causais diferentes e, portanto, formas diferentes de ação por parte do poder público para a redução da violência letal. As duas primeiras ressaltam medidas impeditivas da ação dos agressores, dissuasórias ou repressivas, e a terceira releva a equalização dos riscos sociais, quer seja através de melhoria de qualidade de vida, quer seja através de prestação de serviços policiais e de segurança com qualidade para todos os grupos e indivíduos da sociedade.³⁴

Poucos Estados tiveram diminuição do índice da violência, entre eles, por incrível que pareça, os Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro apresentaram grandes reduções.

Os dados do Mapa da Violência demonstram ainda que os

³⁴OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em:<<http://www.observatoriodeseguranca.org/dados/dados>> . Acesso em: abr.2012.

Estados que lideravam as estatísticas no início da década, como Pernambuco, o Rio de Janeiro, o Espírito Santo, São Paulo, Mato Grosso, Roraima e Distrito Federal apresentam quedas do índice de homicídios. São Paulo e o Rio de Janeiro apresentam reduções de 63,2% e 42,9%, respectivamente.³⁵

É relevante destacarmos o seguinte trecho do *Mapa da Violência 2012*:

"Fica difícil compreender como, em um País sem conflitos religiosos ou étnicos, de cor ou de raça, sem disputas territoriais ou de fronteiras, sem guerra civil ou enfrentamentos políticos violentos, consegue-se exterminar mais cidadãos do que na maior parte dos conflitos armados existentes no mundo."³⁶

Contesta-se, pois, como um país dotado de inúmeras normas que regulamentam e tipificam as mais variadas espécies de condutas, majoram e agravam grande parte das penas já cominadas, ainda assim, consiga ser considerado como um dos mais violentos do planeta. É, portanto, indiscutível que a solução para combater a criminalidade não está na edição de leis, mas na “formulação de políticas públicas capazes de enfrentar de forma concreta e efetiva nossos ainda elevados níveis de violência letal.”³⁷

Concernente ao índice da criminalidade envolvendo mulheres como vítimas, já que também tratamos da Lei Maria da Penha como exemplo de lei ocasional, traremos informações constantes do *Dossiê Mulher 2011*, que é um estudo elaborado pelo Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro-RJ, que apresenta informações consolidadas sobre a violência contra a mulher no Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2010, com base nas ocorrências registradas nas

³⁵NOTÍCIAS TERRA: *Taxa de homicídios no Brasil mais do que dobra em 30 anos*. Disponível em :<<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5517957-EI5030,00-Taxa+de+homicidios+no+Brasil+mais+do+que+dobra+em+anos.html>>. Acesso em: abr.2012.

³⁶WAISELFISZ, op. cit., p. 237.

³⁷Ibidem. p. 239.

delegacias policiais fluminenses.

[...] A iniciativa do Instituto de Segurança Pública de abordar o tema da violência contra a mulher a partir dos dados oficiais do Estado teve início em 2005, com análises referentes aos anos de 2004 e 2005. Desde então, foram feitas atualizações periódicas dos dados em caráter anual [...] Ano após ano, para realizar uma análise quantitativa dos fatos registrados, esse estudo tem procurado acompanhar as mudanças na legislação, como a Lei n. 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, e a Lei n. 12.015/09, que fez com que algumas condutas, antes intituladas como Atentados Violentos ao Pudor, passassem a ser contabilizadas como Estupros. [...] Ao concluir, destacamos que o Dossiê Mulher desempenha importante papel informativo e analítico, não só da violência infligida às mulheres no Estado do Rio de Janeiro, mas também das mudanças ocorridas com a implementação de leis e de políticas de prevenção. [...] Este ano constatamos que as mulheres continuam sendo as maiores vítimas dos crimes de estupro (81,2%), ameaça (65,4%) e lesão corporal (62,9%) no Rio de Janeiro. O aumento do número de estupros registrados em 2010 foi um dos aspectos analisados neste trabalho. Verificamos que, apesar de a nova lei ter ampliado a abrangência do crime, incluindo também os homens, as mulheres permanecem como as principais vítimas de violência sexual³⁸.

O mencionado estudo é realizado anualmente desde 2005, um ano antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha que veio com o condão de reduzir a violência contra a mulher. No entanto, analisando os dados que a pesquisa nos apresenta, notamos que a criminalidade não diminuiu.

Na Tabela 2 do Dossiê Mulher 2011³⁹, a seguir, podemos verificar os valores percentuais sobre mulheres vítimas de ameaça, homicídio

³⁸ INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Dossiê mulher 2011. p.4. Disponível em: <http://urutau.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/DossieMulher2011.pdf>. Acesso em: abr.2012

doloso, lesão corporal dolosa, estupro e tentativa de homicídio em relação ao total de vítimas do Estado do Rio de Janeiro e constatar que, na maioria dos casos, de 2006 a 2010, os índices ou permaneceram estáveis ou aumentaram, provando que a vigência da Lei Maria da Penha não reduziu a criminalidade como se esperava.

Tabela: Tabela 2 do Dossiê Mulher 2011

Tabela 2 - Mulheres Vítimas de Ameaça, Homicídio Doloso, Lesão Corporal Dolosa, Estupro e Tentativa de Homicídio em relação ao Total de Vítimas do Estado do Rio de Janeiro - 2006 a 2010 (valores percentuais)

Delito	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Estupro	83,9	83,2	83,1	77,6	75,9	80,0	79,0	72,9	81,2
Ameaça	63,1	62,4	62,6	62,3	61,2	62,4	63,9	66,0	65,4
Ameaça (Lei 11.340)						93,1	93,5	93,8	93,0
Lesão Corporal Dolosa	62,8	61,5	61,5	63,4	58,0	61,6	62,3	63,6	62,9
Lesão Corporal Dolosa (Lei 11.340)				87,6	86,9	87,6	87,1	87,6	87,0
Homicídio Doloso	6,8	6,9	7,0	6,5	6,5	7,1	6,7	6,4	6,3
Tentativa de Homicídio	12,8	11,0	11,8	10,7	10,4	11,8	12,5	11,9	14,6

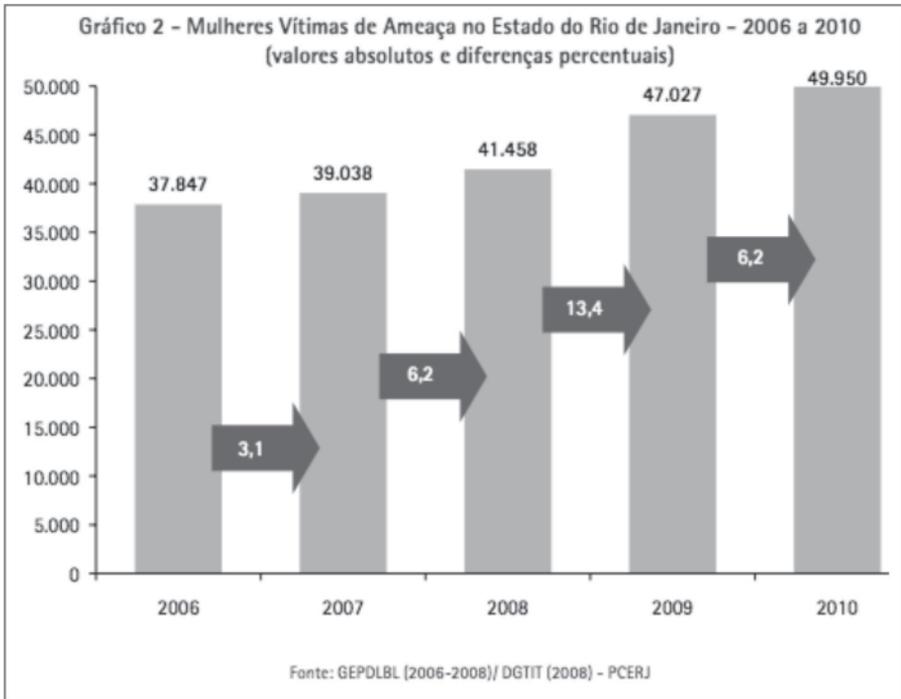
Fonte: ASPLAN (1999-2003)/ GEPDLBL (2004-2008)/ DGTIT (2008) - PCERJ

Fonte: Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Dossiê Mulher 2011. p. 7.
combate à criminalidade.

Gráfico 1: Gráfico 2 do Dossiê Mulher 2011

³⁹ Ibidem, p. 7.

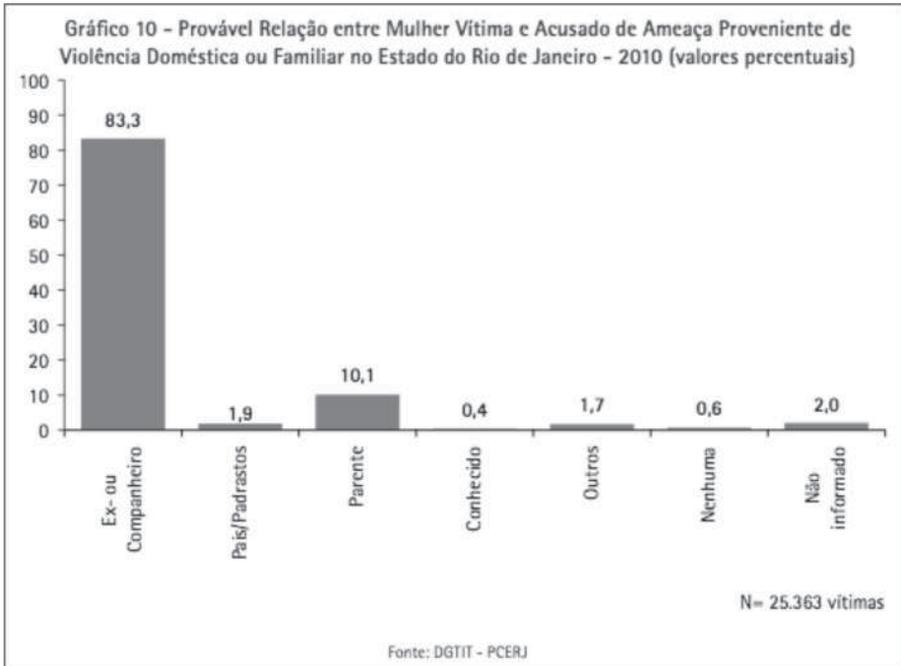
⁴⁰ Ibidem, p. 9.



Fonte: Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Dossiê Mulher 2011. p. 9.
res companheiros ou ex-companheiros que não se intimidam com a existência da Lei Maria da Penha.

Gráfico 2: Gráfico 10 do Dossiê Mulher 2011

⁴¹Ibidem. p.19.



Fonte: Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Dossiê Mulher 2011. p. 19.

Por outra banda, quanto aos crimes relacionados ao tráfico de drogas e entorpecentes nos deparamos com a mesma situação. À guisa de esclarecimento, mostraremos subsídios concretos que comprovam a ineficácia da Nova Lei de Drogas mencionada neste artigo.

De acordo com dados do *Departamento Penitenciário Nacional*, por meio do *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – Info-Pen*, responsável por registrar indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país, considerando todas as Unidades Federativas do Brasil no período de dezembro de 2006 até dezembro de 2011, verifica-se que, desde a entrada em vigor da Nova Lei de Drogas e Entorpecentes, Lei 11.343/2006, o número de presos por crime de tráfico aumentou assombrosamente.

Consoante informa a pesquisa, em dezembro de 2006 o Brasil contava com uma população carcerária com um número de 45.133 presos oriundos do tráfico de entorpecentes. Em dezembro de 2007,

esse número passou para 62.494. No ano de 2008, observou-se que o número aumentou para 71.598 presos. Com o transcorrer de mais um ano, em dezembro de 2009, já contava com 86.072 presos por tráfico. Em dezembro de 2010, esse número ultrapassou a margem dos cem mil presidiários, computando uma população carcerária de 100.648 presos oriundos do tráfico. Por fim, em que pese a vigência da Nova Lei de Drogas, em dezembro de 2011, observou-se um aumento para 119.538 presos pela prática do crime de tráfico de entorpecentes em todo o Brasil⁴².

Assim, nesses quatro anos (2006/2010), houve um crescimento de 123% no número absoluto de presos por drogas. Enquanto que, no mesmo período, o crescimento no número total de presos foi de apenas 24%.⁴³

Destarte, as informações colacionadas até o momento comprovam que a edição de leis, por mais severas que sejam, não é a solução para reduzir a criminalidade. Neste sentido, segue o pensamento do Luiz Flávio Gomes quando diz que “a realidade evidencia que novas leis, ainda que bem intencionadas, se desacompanhadas de sérias políticas e medidas criminais e sociais, não são suficientes para amenizar a problemática da superlotação carcerária. Pior, sua aplicação, muitas vezes equivocada, pode corroborar para a deterioração e saturamento do sistema.”⁴⁴

Verificamos, portanto, através dos dados concretos, a manifesta ineficácia das leis ocasionais, percebendo que a criminalidade não se ataca com diplomas legislativos, por mais elaborados e rigorosos que sejam. Trata-se de um complexo fato social que merece cuidado e acelerada solução para evitar prejuízos, quiçá, irreparáveis, para toda a coletividade.

⁴² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Execução penal*. InfoPen. Disponível em :<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: abr.2012.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. “4 anos após a vigência da lei de drogas: aumento de 123% dos presos por tráfico de entorpecentes”. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/4-anos-pos-a-vigencia-da-lei-de-drogas-aumento-de-123-dos-presos-por-trafico-de-entorpecentes>> HYPERLINK “<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/4-anos-pos-a-vigencia-da-lei-de-drogas-aumento-de-123-dos-presos-por-trafico-de-entorpecentes/>”>. Acesso em: abr.2012.

⁴⁴ GOMES, op. cit.

4 A criminalidade como problema político

Empós o discorrido, torna-se necessário investigarmos as reais causas da criminalidade. Para isto, iniciaremos buscando respostas no campo da sociologia, pois “para quem vê na sociedade a causa das mazelas do mundo, como os sociólogos, as explicações biológicas e psicológicas para o crime são importantes”⁴⁵. Os conceitos como bem e mal, certo e errado, bonito e feio, aceitável e inaceitável não passam de construções socioculturais.⁴⁶ O desviante é alguém a quem o rótulo social de criminoso foi aplicado com sucesso.⁴⁷

O Coordenador do Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública, ligado à Universidade Federal de Minas Gerais em Belo Horizonte, Cláudio Beato, assevera que é por meio da religião, da profissionalização, da educação e da família que são transmitidos os valores sociais. Sem eles, os jovens crescem sem o legado da civilização⁴⁸ enveredando, pois, nas farsas da criminalidade.

Nesta acepção, surgem alguns questionamentos: Afinal, o que é crime? O que leva um indivíduo a praticá-lo? O que podemos considerar como certo ou errado dentro de uma sociedade? Arriscamos responder às indagações, compreendendo que crime é toda conduta considerada imoral e desvirtuada, enquadrada nos tipos penais que a própria lei estabelece e predetermina com base nas criações e fatos socioculturais. O que é certo e errado dentro de uma sociedade é justamente aquilo que ela própria, de acordo com os seus valores, considera. E por fim, o que leva um indivíduo a delinquir é exatamente a falta de valores morais, éticos e sociais, que somente são transmitidos através da educação, cultura, família, profissionalização e religião, pois apenas através destes recursos é possível construir uma sociedade civilizada.

Entendemos, pois, que a criminalidade é fruto do descaso políti-

⁴⁵VERGARA, Rodrigo. A Origem da Criminalidade. In: _____. *Revista Super Interessante*. Abril, 2002. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/origem-criminalidade-442835.shtml>. Acesso em: abr.2012.

⁴⁶LIMA, Cauê Nogueira de. *A delinquência juvenil sob o enfoque criminológico*: em criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

⁴⁷SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 104.

⁴⁸VERGARA, op. cit.

co, e a sua solução não está na edição de leis penais, sobretudo quando sopesamos as estatísticas brasileiras.

Dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional por meio do Sistema Integrado de Informações Penitenciária - InfoPen, revelam que a maior parcela da população carcerária não possui escolarização completa. De acordo com as informações do InfoPen de dezembro de 2011, constantes do *Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos*, considerando todas as Unidades Federativas, o número de presos que possuem o ensino fundamental incompleto é de 216.870, ao passo que o número de presos que possuem ensino superior é de 1.910 em todo o Brasil,⁴⁹ ou seja, quanto maior o grau de instrução, menor o índice de delinquência, ficando evidente que a falta de investimento na educação possibilita o aumento da criminalidade.

Outro dado interessante diz respeito à faixa etária dos presidiários, pois o maior número de presos se enquadra na faixa dos dezoito aos 24 anos de idade, compreendendo o total de 134.376, enquanto que, na faixa dos 46 aos sessenta anos, esse número reduz, consideravelmente, para 28.790 presos em todo o Brasil, o que nos leva a crer que a criminalidade impera entre os indivíduos que, coincidentemente, abandonaram as escolas para ingressar nas farsas da delinquência.

4.1 A manipulação das massas: a ideia da lei penal como solução

O Governo, por meio do poder que exerce sobre o Estado, tem a facilidade de manipular seu povo pouco instruído, impondo a ideia de que a lei penal é a principal solução para todas as males sociais. Essa manipulação ocorre pelo fato de ser mais fácil para o Governo editar leis para dar respostas imediatas à população.

O pior é que as causas do problema não estão sendo enfrentadas. A cada dia o legislador anuncia nova lei, dizendo ser isso a solução. A população aceita o “remédio” enganoso, mas não está cuidando da “doença”.⁵⁰

É realmente descomunal o número de leis existentes no Brasil.

⁴⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Execução penal*. InfoPen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: abr.2012.

No Brasil, [...] a política criminal vigente é a mesma adotada nos países onde prevalece o regime ditatorial. A todo instante surgem novas leis penais, proibindo ou impondo determinados comportamentos, sob a ameaça de uma sanção de natureza penal. Vivemos, hoje, infelizmente, uma doença crônica, chamada de inflação legislativa.⁵¹

Enquanto a sociedade não perceber esta falha do Governo e não passar a exigir novas medidas que possam, efetivamente, trazer resultados positivos, o problema da criminalidade permanecerá torturando a nação.

4.2 Possíveis recursos no combate à criminalidade

Arriscando apontar algumas medidas que reputamos necessárias no combate à criminalidade, primeiramente, julgamos imprescindível o investimento na educação, através da criação de escolas com estrutura satisfatória e professores capacitados, fomentando a leitura, a escrita e as artes, o investimento no campo da profissionalização, ampliando o conhecimento e a capacidade laborativa de cada indivíduo incentivando o estágio e a concessão de primeiro emprego, proporcionando experiência de trabalho e, conseqüentemente, possibilitando o retorno financeiro satisfatório.

Ademais, o investimento nas áreas de lazer e esporte, oferecendo uma vida salutar e concedendo oportunidades para novos talentos no atletismo também é de grande valia, assim como o incentivo à crença religiosa, respeitando as preferências e pensamentos de cada indivíduo, mas que, de alguma forma, possam obter um crescimento espiritual pautado no sentimento de bondade e solidariedade.

⁵⁰GOMES, Luiz Flávio. *Brasil: campeão mundial em assassinatos, 51 mil*. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/brasil-campeao-mundial-em-assassinatos-51-mil/>>. Acesso em: abr. 2012.

⁵¹VIANA, Ana Karla. *A quem interessa uma justiça penal sobrecarregada?* Disponível em: <<http://profeduardoviana.wordpress.com/2010/06/07/a-quem-interessa-uma-justica-penal-sobrecarregada/>>. Acesso em: abr. 2012.

Mais aplicação de recursos na área da saúde pública, oferecendo atendimento adequado e proteção à vida dos indivíduos enfermos, trazendo cuidado e conforto para a população também são necessários, para que a comunidade se sinta protegida e cuidada pelo Poder Público.

Finalmente, deve o Estado investir de numa política de segurança pública eficaz, impondo limites à sociedade, penalizando os indivíduos que insistem em delinquir, impossibilitando, pois, que a impunidade prevaleça.

5 Considerações finais

O Estado Democrático de Direito se fundamenta no princípio da dignidade do cidadão que regula todo o ordenamento jurídico bem como o contexto do nosso sistema penal. A realidade tem mostrado que a criminalidade brasileira permanece com índices consideravelmente elevados, e é justamente por meio do Direito Penal que o Estado atua, através do *jus puniendi* que lhe é conferido, exercendo sua legítima função repressora contra os transgressores da lei em defesa da sociedade, evitando pôr em risco os valores fundamentais para a convivência social, em especial, a mencionada dignidade do ser humano.

É evidente que o Estado deve editar normas para regular os comportamentos sociais que, por sua vez, devem ser controlados e reprimidos, quando necessário for, pela ingerência penal. No entanto, o Direito Penal é a forma mais violenta de intervenção do Estado na liberdade dos cidadãos, razão pela qual somente deve ser acionado em última instância, visando, sobretudo, possibilitar à sociedade uma coexistência pacífica e segura em prol da manutenção da paz social.

Por ser o Direito Penal, há muito, o meio de prevenção dos riscos sociais, constituindo parte da organização jurídica estatal, fazendo com que o Estado atue através da sua força repressiva para sustentação da ordem social, e, por estarmos diante de um crescimento acelerado da criminalidade e, conseqüentemente, da impunidade, que assola a sociedade contemporânea carimbada pelo sentimento de intranquilidade generalizada, esta tende a clamar por respostas imediatas do Governo para aumentar a opressão sobre a massa delinquente, acreditando que desta forma será possível combater a insegurança pública, trazendo de volta uma convivência comunitária pacífica.

No entanto, diante dos movimentos em prol da intervenção penal

estatal que constituem maneiras para incremento punitivo na pós-modernidade, o Estado tem tomado medidas ineficazes, como a criação descontrolada de leis ocasionais com o intuito de apenas oferecer respostas céleres à sociedade exigente, originando uma falsa solução para a problemática da criminalidade brasileira.

Categoricamente, exibimos, no discorrer deste artigo, que leis ocasionais, como a Lei de Crimes Hediondos, a Lei Maria da Penha e a Nova Lei de Drogas e Entorpecentes, desde o início das suas vigências, não têm apresentado a solução que a sociedade esperava, ou seja, a diminuição da delinquência e a segurança pública.

Acerca da criminalidade tanto discutida neste artigo, foram apresentados dados do InfoPen - Sistema Integrado de Informações Penitenciária - que revelam um índice de delinquência mais elevado entre os jovens que, por sua vez, são mal formados no seio familiar e, em sua maioria, abandona a escola para ingressar no mundo da malandragem, principalmente influenciados pelo tráfico e ludibriados pelo retorno financeiro imediato.

Diante do que muito foi apresentado ao longo desta obra, dos fatos trazidos e das estatísticas mencionadas, podemos, de fato, compreender que, embora a existência da numerosa legislação brasileira, ainda assim, a criminalidade só tem aumentado com o passar dos anos, provando-nos veementemente que a edição de lei não inibe, não causa temor e sequer impede a delinquência, enfim, não traz solução.

Destarte, concluímos que o combate à criminalidade está na efetiva aplicação das leis já existentes, no investimento em políticas socioeducativas, na melhoria do acesso à educação, cultura, religião, profissionalização, lazer, desporto e trabalho, no afastamento dos jovens das drogas, no fomento à busca de emprego, no investimento em melhores condições de vida, no pleno acesso à saúde, alimentação e moradia, e não na criação de novas leis para apenas regular situações já normatizadas com o condão de produzir uma falsa satisfação à sociedade deficiente de segurança pública e vida digna.

A população não necessita da expansão legislativa, mas que a Constituição Federal e as leis existentes sejam verdadeiramente cumpridas. O excesso de normas somente enseja uma espantosa confusão no sistema jurídico e, por consequência, insegurança social.

Diante de todo o exposto acerca da impotência das leis casuísticas, será que classificar a corrupção dolosa como crime hediondo,

conforme deseja a Presidente Dilma Rousseff, para simplesmente dar uma resposta imediata à população que vem se manifestando em várias Unidades da Federação, irá resolver o problema da criminalidade? Ou será apenas mais um exemplo de ineficácia legislativa?

Inferimos, portanto, que o índice da criminalidade brasileira somente será amortizado se forem reduzidas as desigualdades sociais, fomentada a mudança cultural, erradicada a impunidade e respeitados os mandamentos constitucionais. Somente assim, poderemos, quiçá, construir uma nação composta por cidadãos conscientes e edificados no sentimento de bondade, pois o combate à delinquência em massa vai mais além da repressão; há, na realidade, a necessidade da prevenção a partir de iniciativas do Governo com investimentos capazes de modificar a base do Estado através de políticas socioeducativas que possam construir no berço da população uma consciência de cidadania.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., amp. e atual. Sa?o Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1v.

CARVALHO, Jeferson Moreira. *Excesso legislativo: não é necessário*

fazer novas leis apenas cumprir as existentes. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/?idcanal=20239>>. Acesso em: abr. 2012.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil: Análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DOSSIÊ MULHER 2011. *Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://urutau.proderj.rj.gov.br/isp/_imagens/Uploads/DossieMulher2011.pdf> Acesso em: abr. 2012.

FRANCO, Alberto Silva; HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Branch, 1989.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo ou inimigos do direito penal*. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47.pdf> Acesso em: mar.2012.

_____. *Brasil: campeão mundial em assassinatos, 51 mil*. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/brasil-campeao-mundial-em-assassinatos-51-mil/>>. Acesso em: abr. 2012.

_____. “4 anos após a vigência da Lei de drogas: aumento de 123% dos presos por tráfico de entorpecentes”. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/4-anos-apos-a-vigencia-da-lei-de-drogas-aumento-de-123-dos-presos-por-trafico-de-entorpecentes/>>. Acesso em: abr. 2012.

INFOPEN. Ministério da Justiça. *Execução penal*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: abr. 2012.

INSTITUTO SANGARI. *Mapa da violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. Disponível em: <<http://www.institutosangari.org.br/instituto/>>. Acesso em: abr. 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Sistema penal brasileiro: execução*

das penas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Cauê Nogueira de. *A delinquência juvenil sob o enfoque criminológico: em criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

LUCA, Heloíza Meroto. *A política criminal como critério teleológico da dogmática penal*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009. p.3. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21112011-102030/pt-br.php>> . Acesso em: mar.2012.

MONTEIRO, Antônio Lopes. *Crimes hediondos: textos, comentários e aspectos polêmicos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. Revista ampliada e atualizada com a EC nº 22/99. São Paulo: Atlas, 1999.

OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em :<<http://www.observatoriodeseguranca.org/dados/dados>>. Acesso em: abr.2012.

OLIVEIRA, J. J. Basílio. *O Brasil e o excesso de leis penais: parte I*. Disponível em: <<http://www.osaqua.com.br/2009/09/05/o-brasil-e-o-excesso-de-leis-parte-1/>>. Acesso em: abr. 2012.

SCHUNEMANN, Bernd. O Direito penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos! : Sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de direito liberal. In: _____. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, n. 53, 2005, p. 14.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância zero*. Disponível em :<<http://www.reid.org.br/arquivos/00000129-reid-5-13-sergio.pdf>>. Acesso em: mar.2012.

_____. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Hugo R. C. *Do Garantismo ao movimento lei e ordem: nuances do incorrigível Direito penal*. Disponível em: <<http://www.anovademocracia.com.br/no-39/191-do-garantismo-ao-movimento-lei-e-ordem>>. Acesso em: mar. 2012.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico*. Madri: Marcial Pons.

SARNEY, José. Sarney critica excesso e queda na qualidade das leis. In: _____. *Folha Online*. Disponível em: <http://www.correiodoestado.com.br/noticias/sarney-critica-excesso-e-queda-na-qualidade-das-leis_88221/>. Acesso em: abr. 2012.

VERGARA, Rodrigo. A Origem da Criminalidade. In: _____. *Revista Super Interessante*. 2002. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/origem-criminalidade-442835.shtml>>. Acesso em: abr. 2012.

VIANA, Ana Karla. *A quem interessa uma justiça penal sobrecarregada?* Disponível em : <<http://profeduardoviana.wordpress.com/2010/06/07/a-quem-interessa-uma-justica-penal-sobrecarregada/>>. Acesso em: abr.2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ZAFFARONI, E. Raul et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1v.

PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL NO PROCESSO PENAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CIDADÃO, DO AGENTE PÚBLICO E DA SOCIEDADE

Dayana de Sousa Catão

Assessora Jurídica de Promotor de Justiça

Resumo

Este artigo tem por escopo propiciar uma abordagem genérica acerca dos fundamentos relacionados à existência do princípio do promotor natural e respectiva importância, mediante a compreensão de sua verdadeira finalidade. Neste diapasão, vai-se demonstrar que o postulado do promotor natural tem como base outros princípios constitucionais. Ficará óbvio que o princípio do promotor natural, fundamentado no princípio da independência funcional, é peculiar ao Ministério Público brasileiro. Utilizar-se-á, para tanto, da doutrina, da jurisprudência e de subsídios do Direito Comparado. O tema selecionado torna-se relevante devido às controvérsias, à falta de consenso que há até os dias atuais, embora a discussão seja, de certa forma, antiga. Quanto ao procedimento técnico, a pesquisa será documental e bibliográfica por basear-se em fontes primárias e secundárias, averiguando diretamente o que foi escrito sobre determinado assunto. A análise de dados será realizada através de leituras críticas e interpretativas, sendo conclusiva no sentido de que o postulado do promotor natural é garantia, implícita na Constituição Federal, do cidadão, do agente público e da sociedade, revelando-se como elemento da legalidade democrática.

Palavras-chave: Princípios. Promotor natural. Garantia constitucional.

Abstract

The objective of this article is to provide a generic approach about the concept of the fundamentals related to the existence of the principle of the natural prosecutor and its respective importance, through the comprehension of its legitimate goal. Will be shown that the postulate of the natural prosecutor is based on other constitutional principles. It is obvious that the principle of natural prosecutor, based on the principle of functional independence, is peculiar to the Brazilian Public Prosecution Office. The monograph will use the

doctrine, the jurisprudence and subsidies of Comparative Law. The selected theme becomes relevant due to the controversies and lack of consensus that exists to this date, although the discussion is in some respects, old. The technical procedure for the research will be documentary and bibliographic because it is based on primary and secondary sources, verifying directly what has been written on a specific subject. The data analysis will be performed through critical and interpretative readings, and it will be conclusive in the sense that the principle of the legal prosecutor is a guarantee, implicit in the Federal Constitution, for the citizen, the public agent and the society, revealing itself as an element of the democratic legality.

Key words: Principles. Natural prosecutor. Constitutional guarantees.

1 Introdução

Paradigma. O Ministério Público é um paradigma. É modelo de Instituição democrática, digna, justa e independente. Isto porque fala em nome da Lei, da Justiça e da Sociedade, autônomo a qualquer poder, exceto ao normativo.

Também é Órgão humano. Neste sentido, encara a luta dos outros como se sua fosse. É sensível às inquietações populares, muito embora, e concomitantemente, seja forte a ponto de atuar com bravura e destemor para cumprir sua missão.

Por isso que a identidade peculiar da Instituição Republicana desperta curiosidade e sentimento de gratidão. Ao passo que se aumenta o desejo de saber mais sobre o assunto, cresce o reconhecimento popular de seu valor, consubstanciado nas suas ações para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

2 Princípio do promotor natural

2.1 Conceito

Registre-se, antes de tudo, que o presente trabalho não se ocupará com os embates existentes para diferenciar princípios e regras. Todavia, como Paulo Bonavides bem explica, a doutrina do jurista alemão Alexy tem a mesma essência da teoria idealizada por Dworkin, e ambos formularam que as normas são gênero, do qual princípios e regras são espécies, distinguindo-

se pelo critério da generalidade.¹ Não se vai ater a essa, tampouco a eventuais classificações. Deste modo, justifica-se o uso do termo princípio pela utilização clássica e usual na doutrina e jurisprudência nacionais.

Como se verá adiante, Hugo Nigro Mazzilli considera-se um dos precursores do princípio do promotor natural. Nada melhor, então, do que a avaliação dele acerca desse preceito, ao afirmar ser um Órgão que, através da Constituição e das leis, atua em nome do Ministério Público, incumbindo-lhe decidir questões originárias compatíveis ao *Parquet*, além de ser o oposto ao promotor de encomenda.²

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro explica que a Constituição Federal de 1988 albergou em seu texto o princípio do promotor natural, porque, além de tudo, alguns direitos nela insculpidos servem de base para tal postulado.³

Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos assevera que

É princípio implícito na Constituição que afirma que o indivíduo deve ser processado por um órgão Estatal previamente indicado pela lei, repelindo, dessa forma, designações casuísticas de um acusador num caso concreto. O princípio em tela teve nascedouro e reconhecimento após grande esforço doutrinário a seu respeito; foi reconhecido pelo STF no HC 67759 (*leading case*).⁴

Antes de apontar um conceito preciso, faz-se necessário reafirmar que os doutrinadores reconhecem e afirmam categoricamente que o postulado do promotor natural é previsto constitucionalmente.

Para agora, ainda convém mencionar que tal postulado, a fim de que seja realmente aplicado, depende de alguns requisitos, a saber, a

¹BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

²MAZZILLI, Hugo Nigro. *O promotor natural: a inércia do Ministério Público e as diligências requisitadas no inquérito policial*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/>>. Acesso em: 27 out. 2012.

³CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural atribuição e conflito*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2003.

⁴VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Ministério Público na Constituição Federal: doutrina esquematizada e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 18

investidura no cargo de membro do Ministério Público, mediante concurso público; existência de órgão de execução; lotação por titularidade e inamovibilidade do agente do *Parquet* no órgão executório, como regra, admitidas, porém, por exceção, as hipóteses legais de substituição e remoção; definição em lei das funções do órgão.

Após leitura diversificada, pode-se denominar princípio do promotor natural (também chamado promotor legal ou promotor constitucional⁵) a garantia constitucional de interesse do cidadão e do agente público, embora primordialmente da sociedade, em que esta pode dela dispor a qualquer momento a fim de que o procedimento e o processo⁶ se deem conforme os ditames legais, sendo certa a incidência dos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

Materializa-se na atuação de membro do *Parquet* de forma escoreita, assegurando lisura e democracia na lide, sem intervenção ilegal do Procurador-Geral, sequer subordinação, destinando-se a inibir práticas abusivas intentadas pelo superior hierárquico, porque quem atua é a Instituição. E é a partir dessa dedução crítica que se abordará o postulado em evidência.

2.2 Natureza jurídica

A construção conceitual do que seja princípio do promotor natural deu-se de forma conjunta com o que representa uma garantia constitucional. E o que ela seria? Quem começou com essa abordagem técnica foi Rui Barbosa e seu especial pensamento futurista, que distinguiu direitos de garantias, afirmando que estas são meios de concretizar aqueles (meras disposições declaratórias).⁷

Com isso, pode-se atestar que a garantia constitucional é o instrumento através do qual são assegurados, protegidos e amparados os direitos enunciados.

A partir dessa noção de garantia constitucional, agasalha-se a tese de que o princípio do promotor natural é garantia constitucional no

⁵BÓZI, Estanislau Tallon. *O princípio do promotor natural*. Disponível em: <<http://congresso.us.es/cidc/Ponencias/judicial/EstanislauTallon.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

⁶Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 134. 1v.

⁷BONAVIDES, op.cit.

processo penal do cidadão, do agente público e da sociedade. Explica-se.

Quando se fala que o princípio do promotor natural é garantia constitucional no processo penal não se pretende alegar desconhecimento de que esse postulado revela-se como garantia em qualquer feito cujo exercício de atividade do membro do *Parquet* mostre-se necessário. No entanto, preferiu-se dar ênfase à atuação do Órgão Ministerial nos feitos criminais por causa da indispensabilidade do MP na área.

Além do mais, o princípio em evidência figura como expediente assecuratório do cidadão, considerado aqui, neste trabalho monográfico, em sentido atécnico e generalizado, como sinônimo de indivíduo, sujeito de direitos e deveres. Isso porque, se fosse conceber cidadão como o “indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, ou no desempenho de seus deveres para com este”⁸, poder-se-ia chegar ao exagero de ponderar alguns como sendo mais, outros como sendo menos cidadãos.

Desta forma, devido às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da isonomia, que adiante serão esmiuçadas, é direito do indivíduo ser investigado ou processado pelo Ministério Público competente, excluindo o promotor de exceção.⁹

Também é garantia do agente público. Para discorrer sobre o assunto, é de bom alvitre ventilar a mente a respeito do significado da palavra na esfera do Direito Administrativo. Veja-se: para José dos Santos Carvalho Filho, agentes públicos são “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado”¹⁰, dos quais decorrem os agentes políticos, os agentes particulares colaboradores e os servidores públicos.

Os promotores de justiça estão incluídos no grupamento “servidores públicos”, posto que exercem função pública, vínculo criado com o Estado no qual há uma relação permanente de trabalho e a percepção de correlata remuneração.

⁸DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO DO SÉCULO XXI. Significado de cidadão. Acesso em: 12 nov. 2012.

⁹ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *princípio do promotor natural*: reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Pillares, 2009.

¹⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 637 et seq.

Infere-se que o princípio em debate é garantia constitucional do membro da Instituição, uma vez que ele tem o encargo procedente da Constituição de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, como bem dispõe o *caput*, do art. 127, da Constituição Federal de 1988. Logo, o juramento por ele feito, quando do ingresso na carreira, deve ser cumprido em todos os seus termos.

Nesse cerne, há de se criticarem as distorções feitas à incorporação desse princípio ao agente público. Infelizmente, alguns membros do Ministério Público encaram essa garantia como privilégio corporativo, como uma patrimonialização do cargo, desvirtuações estas que precisam ser desconstituídas.

Antes mesmo desses desprestigiados pensamentos, é preciso atentar-se para a missão precípua do promotor de justiça: a pacificação social. Em um ambiente democrático de frequentes ideias antagônicas, necessária a permanência de uma Instituição capaz de comungar a diversidade e lembrar-se sempre do fim ao qual se destina – fazer valer o império da paz.

Por último, e não menos importante, o postulado do promotor natural funciona como garantia constitucional da sociedade. O *Parquet* é o advogado da sociedade e por ela luta pelos meios legais existentes, afastado de parcialidade, intransigência e facção. Se fosse possível dar a parte cabível a quem de fato e de direito merecesse, certa e quase que absolutamente, a maior parcela ficaria para a sociedade. Porque o MP é o legitimado ator político que existe para a totalidade, e não mais para atender aos interesses do soberano.

Todavia, julgados do Supremo Tribunal Federal que serão analisados adiante afastam a autoaplicabilidade de garantia constitucional (art. 5º, §1º, CF/88) e positivamente constitucional implícita e aguçam que o princípio do promotor natural depende de regulamentação. Pelo que já foi dito, nota-se que essa tese não é a partilhada por esta monografia, e os motivos de refutação serão expostos mais à frente.

3 Antecedentes doutrinários

Há décadas, o princípio do promotor natural é discutido em sede de doutrina e de Tribunais. Segundo os escritos de Lauro Francisco da Silva Freitas Junior, na sua tese de mestrado pela Universidade da

Amazônia, tal postulado surgiu nos anos 70, época na qual o Brasil respirava o regime ditatorial.¹¹

Não se pode conferir apenas a uma pessoa o raciocínio da proposição do promotor natural. Os argumentos trazidos na dissertação de mestrado acima referida apontam como precursores membros e ex-membros do *Parquet*, podendo-se citar Hugo Nigro Mazzilli (ainda em atuação); Jaques de Camargo Penteado e Sérgio Demoro Hamilton, todos do MP de São Paulo; e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, agente ministerial do Rio de Janeiro.

Partiu-se do pressuposto de que “ao Ministério Público deveria ser dado o mesmo tratamento dispensado ao Poder Judiciário, no tocante ao Princípio do Juiz Natural.”¹²

Quanto à precedência, Mazzilli é claro nas suas palavras:

O promotor natural é uma conquista institucional, da qual me considero precursor e pela qual muito lutei, e corresponde à existência de um promotor com atribuições previamente definidas na lei, e não escolhido caso a caso pelo Procurador-Geral. Isso também foi fruto da interpretação sistêmica da Constituição de 1988. No Ministério Público em que eu entrei, esse princípio não existia... Naquela época, o Procurador-Geral poderia designar o membro do Ministério Público que ele quisesse e cessar sua atribuições quando quisesse, em qualquer processo. Isso também mudou radicalmente.¹³ [Grifo nosso]

Realmente, o princípio do promotor natural desenvolveu-se de acordo com a evolução do sistema jurídico brasileiro.

¹¹FREITAS JUNIOR, Lauro Francisco da Silva. *Pós-modernidade, globalização e os novos paradigmas de atuação do Ministério: o princípio do promotor natural*. Disponível em: < <http://www.unama.br/mestrado/mestradoDireito/dissertacoes/PDF/2009/DISSERTACAOLAURO.pdf> >. Acesso em: 27 nov. 2012.

¹²Loc. cit.

¹³MAZZILLI, Hugo Nigro. *Palestra proferida em 15 de abril de 2002 no curso de Adaptação do 82º Concurso de Ingresso à Carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Disponível em: < <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/historiampsp.pdf> >. Acesso em: 27 nov. 2012. p. 15.

Nos tempos de outrora, insignificante o que representava a figura do juiz e do promotor de justiça. O MP era regido pela Constituição de 1969, que incluía o *Parquet* no Poder Executivo.

À época, os agentes ministeriais não podiam ser dispensados, exceto por sentença judicial ou processo administrativo, assegurando-lhes a amplitude de defesa, nem removidos, salvo mediante representação do Procurador-Geral, com fulcro em conveniência do serviço.

Mas, na prática, o que ocorria era a prevalência da justiça privada, arbitrada pelos governantes e movida por propósitos políticos. Inexistiam direitos e garantias fundamentais. O Ministério Público não possuía instrumentos para fazer valer a democracia, até porque ela não havia.

Juízes e promotores eram removidos das suas funções a critério dos poderosos, por conveniência destes, e não do serviço, como estipulava a Lei.

Foi nesse interstício que surgiu o princípio do promotor natural, com a finalidade de mitigar o poder de designação do Procurador-Geral, abolindo o promotor de encomenda. De início, fez a analogia com o postulado do juiz natural. Com o perpassar do tempo, buscaram-se fundamentos até mais plausíveis, com a licença de quem discorda.

Assim, a doutrina aquilatou os seguintes pressupostos do princípio do promotor natural: a investidura no cargo de membro do Ministério Público, mediante concurso público; existência de órgão de execução; lotação por titularidade e inamovibilidade do agente do *Parquet* no órgão executório, como regra, admitidas, porém, por exceção, as hipóteses legais de substituição e remoção; definição em lei das funções do órgão.

4 Princípios e garantias correlatos: fundamentos

As diretrizes que ora serão elencadas exibem-se como fundamentos da doutrina e jurisprudência engajadas para provar a existência do princípio do promotor natural. Ao passo que se vai comentar sobre cada postulado, vai-se advertir se serve ou não como fundamento.

É válido informar que estes sustentáculos apenas serão compreendidos e eficientes caso sejam conjugados. A interpretação a ser

feita deve ser sistemática e teleológica, objetivando a união de todos eles e a finalidade que buscam.

Também importa comentar que, embora algumas destas razões não sejam asseguradas plenamente aos agentes ministeriais, não se pode falar em um princípio do promotor natural mitigado¹⁴, como professor Floriano de Azevedo Marques Neto. Se assim fosse, fragilizar-se-ia a sua existência e ficaria deveras comprometida ao descaso.

4.1 Princípio do juiz natural: serve mesmo de fundamento?

Quando se fala em princípio do promotor natural, logo se pensa no princípio do juiz natural. Por que será?

Isso ocorre porque o postulado do juiz natural é bem mais conhecido, havendo uma gama de trabalhos sobre o mesmo, o que não é feito quanto ao do promotor natural. Outrossim, aquele foi usado de forma embrionária como fundamento para a existência do promotor natural.

Por esse princípio, entende-se que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, inc. XXXVII, CF/88) e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, inc. LIII, CF/88).¹⁵

Guilherme de Souza Nucci nota que é dever do Estado respeitar as normas de determinação de competência e assegurar às partes, no julgamento da causa, a escolha de um juiz imparcial, previamente designado por comando constitucional, como forma de legitimação do Poder Judiciário e consequente equilíbrio da magistratura em um Estado Democrático de Direito.¹⁶

Já o constitucionalista Alexandre de Moraes afere que não se podem equiparar as Justiças Especializadas às Justiças de Exceção (as últimas vedadas no ordenamento jurídico atual). As Varas Especializadas são criadas e organizadas pela Constituição da República

¹⁴MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Entre independência e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do “promotor natural”. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 out. 2012.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

e pelas Leis de Organização Judiciária, ou seja, além de adequadamente constituídas, visam a fins de interesse público; são, portanto, naturalmente concebíveis.¹⁷

Desta forma, a doutrina¹⁸ considera que é aplicável o princípio do juiz natural como fundamento do postulado do promotor natural, porque, à medida que são vedados tribunais de exceção e impostos o processamento e julgamento pela autoridade competente, também são proibidos os acusadores de exceção. Se o julgamento é excepcional, significa dizer que ele não é regular e, assim, as partes são anômalas.

Com a vênia concedida, o presente trabalho não comunga do mesmo entendimento. O princípio do juiz natural está ligado ao Poder Judiciário. Transportá-lo como subsídio à existência do postulado do promotor natural seria, até certo ponto, vincular o Ministério Público à Magistratura.

Quando se fala em “juízo ou tribunal de exceção”, restringe-se à esfera judiciária. Não há referência ao *Parquet*. No entanto, a prerrogativa de a pessoa ser processada e sentenciada por autoridade competente pode muito bem servir de base para a afirmação do princípio do promotor natural.

Recentemente, alguns dispositivos do Código de Processo Penal foram alterados pelas Leis n. 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08, excluindo a possibilidade de nomeação de promotor *ad hoc*, o que demonstra a falta de substrato quanto ao juízo ou tribunal de exceção como fundamento para o princípio do promotor natural.

De fato, ao Ministério Público compete o processamento do feito; ao Judiciário, o julgamento da lide. Mesmo assim, a vedação de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, inc. LI II, CF/88) está mais para o princípio do devido processo legal, que será exposto adiante, do que para o do juiz natural, razão pela qual é sustentável a negativa de utilização desse princípio como fundamento para o postulado do promotor natural.

4.2 Devido processo legal, ampla defesa e isonomia: a tríade é cabível?

Fredie Didier retrata no seu livro a inteligente lição do princípio

¹⁷MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁸ALMEIDA, op. cit.

do devido processo legal em sentido formal e aduz que o referido é, na verdade, uma cláusula geral de que decorrem, entre outros, o postulado do juiz natural.¹⁹

Na sua colocação, acrescenta que esse princípio consiste no direito de processar e ser processado conforme as normas legais fixadas previamente. E aí há substrato para afirmar que o princípio do promotor natural possui, como um de seus fundamentos, o preceito do devido processo legal, exposto no art. 5º, inc. LIII, CF/88. Acertado esse posicionamento e o presente trabalho a ele se filia.

O direito fundamental à ampla defesa é assegurado constitucionalmente aos litigantes e aos acusados (art. 5º, LV, CF/88), bem como o da isonomia. Por causa dessas duas garantias e a do devido processo legal, nelas estaria implícito o princípio do promotor natural. Não obstante o crédito que dão a essa tese, tal postura não é tomada de maneira proveitosa.

O promotor natural pode até se associar à amplitude da defesa e à isonomia, visto que deve haver oportunidade de defesa e equilíbrio na relação processual. Isso é correto. Mas esses direitos não servem de base para o princípio em evidência.

4.3 Independência funcional: peculiaridade prestigiosa

Princípio institucional previsto na Constituição brasileira, a independência funcional revela o Ministério Público como função essencial à justiça, Órgão autônomo, independente aos demais poderes, até em face dos próprios agentes ministeriais.

É argumento eficaz e bastante utilizado para fundamentar a existência do princípio do promotor natural.

Importante observar que a independência funcional citada pela legislação diz respeito à autonomia da Instituição ministerial e de seus membros. Há quem sustente,²⁰ porém, que estes não estão abrangidos pela norma, vez que estaria a arremessar os princípios da unicidade e indivisibilidade do *Parquet*. A tal propósito não deve ser dada continuidade.

¹⁹DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

²⁰MARQUES NETO, op. cit.

A independência funcional deve ser interpretada de maneira ampla a ponto de abarcar, sim, os promotores de justiça. Tanto é verdade que o art. 28 do Código de Processo Penal garante ao membro do MP discordar do entendimento do Procurador-Geral de Justiça ao deduzir que é hipótese de promover o arquivamento do inquérito policial e o superior hierárquico (no âmbito administrativo) inferir que é caso de denunciar.

A relevância deste princípio salta aos olhos, porque nem ao Poder Executivo, nem ao Poder Legislativo, nem ao Poder Judiciário foi assegurada (expressamente) a independência funcional. Esse merecido privilégio foi direcionado ao Ministério Público, conferindo-lhe distinção, como assim o é, em relação à tríade do poder.

4.4 Inamovibilidade do membro do Ministério Público: sapiência legislativa?

Prescrita no art. 128, §5º, I, “b”, da Constituição Federal de 1988, a inamovibilidade representa uma garantia de que os agentes ministeriais não serão removidos daquele cargo ou função, “salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa”.²¹

Funciona como garantia do cidadão de ser processado por aquele promotor de justiça já designado por competência originária, além de coibir a violação ao devido processo e a eventual interferência abusiva do Procurador-Geral de Justiça.

Sábria foi a lei ao conferir tamanha garantia aos membros do *Parquet* e, ao mesmo tempo, cerceá-la para beneficiar a sociedade, após atendidos os requisitos necessários. Com isso ela proporciona segurança, mas também os deixa em alerta de que a inamovibilidade não é absoluta, imutável.

Possível, pois, agregar essa garantia à estruturação do princípio do promotor natural.

5 Análise dos principais julgados do STF

Há mais de trinta anos, o princípio do promotor natural é objeto de debate nos Tribunais Superiores, principalmente no Supremo

²¹BRASIL. Op. cit.

Tribunal Federal (STF), pelas suas Turmas ou Plenário, sem resultar em uma conclusão firme.²²

Ao pesquisar jurisprudência sobre o postulado do promotor natural no sítio do STF, após a vigência da Constituição Federal de 1988, são contados 45 acórdãos julgados por esse Tribunal [o último foi julgado em 25/10/2012]. As decisões monocráticas somam-se mais de cem.

Em sede de STF, a questão foi enfrentada pela primeira vez pelo Ministro (Min.) Antônio Neder,²³ quem, ao votar no *Habeas Corpus* n. 48.728, reconheceu a previsão do princípio ainda que não expressamente no texto constitucional de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1, de 1969, intuindo que, se é vedado juízo de exceção, também é impossível conceber o acusador de exceção, porquanto estaria concedendo e subtraindo uma garantia.

Em momento inicial, parece razoável apontar o primeiro julgado envolvendo o princípio do promotor natural depois do advento da Carta Política de 88: o *Habeas Corpus* 68739/DF, cujo relato coube ao Ministro Sepúlveda Pertence, sendo apreciado pela 1ª Turma em data de 1º de outubro de 1991. Pela leitura da ementa, é reconhecido o promotor natural, devendo compatibilizar-se com os princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade.

Neste diapasão, considera-se conveniente apresentar os dois julgados do Supremo Tribunal Federal mais interessantes e que servirão de exemplos para comparações, estudos e análises, quais sejam, o acórdão em *Habeas Corpus* n. 67759/RJ e o acórdão no Recurso Extraordinário n. 387974/DF.

5.1 Acórdão do STF no *Habeas Corpus* n. 67759/RJ

A importância deste acórdão dá-se porque fora decidido pelo Plenário do STF. E o que isso significa? O Plenário, assim como as

²² ROSA, Frank José Soares. *O posicionamento constitucional do Ministério Público entre os "Poderes" do Estado na Constituição da República de 1988*. Disponível em: < http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/FRANKE_JOSE_SOARES.pdf >. Acesso em: 12 dez. 2012.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Tribunal Pleno no Habeas Corpus* n. 67759-2/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 6 de agosto de 1992. Publicado no DJU em 1º de julho de 1993. p. 140 *et. seq.* Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70460> >. Acesso em: 12 dez. 2012.

Turmas e o Presidente, é órgão do Tribunal. No entanto, compõe-se de todos os onze Ministros (comparecimento de pelo menos seis), enquanto as Turmas são formadas por apenas cinco Ministros (presença mínima de três).²⁴

Passa-se, então, a transcrever sua ementa:

"HABEAS CORPUS" - MINISTÉRIO PÚBLICO – SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS - A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR - INOCORRÊNCIA - CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO. - *O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável.* Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator),

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2011.pdf> p. 12>. Acesso em: 12 dez. 2012.

SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "*interpositio legislatoris*" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES.²⁵ [Grifo nosso]

O aresto acima foi julgado, como se percebe, pelos Ministros Celso de Mello (relator), Marco Aurélio, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Octávio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves. Abstiveram de votar os Ministros Francisco Rezek e Ilmar Galvão, pois não eram membros do STF no período em que se iniciou o julgamento.

Embora o *writ* (ordem escrita) tenha sido indeferido pela maioria, os votos dos Ministros que foram pelo deferimento demonstram saber, conhecimento este que precisa ser esmiuçado e, em alguns instantes, contraposto com o que se considera correto por este trabalho monográfico.

Observe:

O voto do Ministro-Relator contém 25 laudas e expressou que a reforma da ordem constitucional resultou na institucionalização do Ministério Público, reclamada pelo povo. Fundamentou-se nos ensinamentos de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Jaques de Camargo Penteado e adiantou que o princípio do promotor natural traduz-se em uma garantia do membro do *Parquet* e da coletividade, ressaltando sua matriz na independência funcional e na inamovibilidade.

²⁵BRASIL. Op. cit.

Ainda aduziu o Min. Celso de Mello que tal postulado funciona como uma contenção aos poderes do Procurador-Geral, que precisam ser limitados. Salientou que deve a unidade e indivisibilidade coexistirem em harmonia na ordem jurídica com a independência funcional. Mesmo assim, foi pelo indeferimento do pedido, vez que o princípio é questão *lege ferenda*, necessitando de aplicabilidade através de ato legislativo.

Já o Ministro Sepúlveda Pertence acreditou que é absolutamente necessário o seguinte: “precatar-se o intérprete de certo mimetismo, que compromete frequentemente as reflexões sobre a organização do Ministério Público e se traduz na tendência de transplante cego das regras e princípios da magistratura judicial.”²⁶

Ato contínuo, Pertence acautelou que não é razoável sobrepor o princípio da independência funcional aos predicados da unidade e indivisibilidade institucionais. Também falou da constitucionalidade das promotorias especializadas e que a matéria é carente de complementação legislativa, espalhando efeito paralisante. Pediu licença ao Ministro-Relator e deferiu o *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio concedeu o pedido e fundamentou seu voto nos incisos I, XXXVII, LIII, LV, do art. 5º, da CF/ 88. Consignou que os preceitos constitucionais, ainda que implícitos, geram, independentemente de lei regulamentadora, direitos e garantias.

Como o fez Pertence, o Min. Carlos Velloso acompanhou seu voto (deferiu o *writ*) e baseou-se na lição de José Afonso da Silva quanto à classificação das normas constitucionais referentes ao MP terem eficácia limitada, o que as faz depender de lei a complementá-las.

Por outra banda, o Ministro Paulo Brossard divergiu dos que veem a base do princípio do promotor natural na inamovibilidade dos agentes ministeriais e apontou que esta é uma garantia funcional, uma vez que, se assim fosse, como a inamovibilidade também é uma garantia do defensor público, poderia ser sustentado o princípio do defensor natural. Com a permissão, não merece apoio seu entendimento, posto que o defensor não tem a garantia da independência funcional, peculiar à Instituição Republicana e seus respectivos membros.

Prosseguiu seu voto, assentando que a independência funcional é assegurada à Instituição, mas que dela irradia a de seus membros. Não

²⁶BRASIL. Op. cit., p. 160 et. seq.

viu, na unidade e indivisibilidade, sustentáculos para a tese do promotor natural. Indeferiu o *habeas corpus*.

O Ministro Néri da Silveira refutou a existência do princípio, como se infere da ementa anteriormente transcrita.

Em laconismo que incidiu em verdadeiro paradoxo, o Ministro Octavio Gallotti acolheu os votos dos Ministros Celso de Mello e Paulo Brossard, rejeitando o *habeas corpus*. Desta feita, com a máxima licença, foi contraditório, uma vez que os supracitados Ministros têm razões diversas para embasar seus votos.

Radical, o Ministro Moreira Alves indeferiu o *writ* e não reconheceu sequer a existência do promotor natural. *Data venia*, o voto do respeitável Ministro merece reparo. Por trás de uma aceitação ou negativa, há um motivo. Sendo assim, deveria ele ter fundamentado seu voto.

O Ministro Presidente Sidney Sanches ponderou inexistir constitucionalmente o princípio do promotor natural. Afirmou que não há impedimentos para que a Lei Orgânica do Ministério Público venha a adotá-lo, defendendo essa criação. Não deferiu, portanto, o *habeas corpus*.

Dos nove Ministros que votaram, quatro reconheceram a existência do princípio condicionada à concepção de ato legislativo, um defendeu a (possibilidade de) criação – Min. Sydney Sanches –, e os outros quatro consentiram que não o há. Nesta direção, o placar ficou de cinco a quatro (vencedora a tese que desenha o postulado como realidade). O que está em foco, pois, é que majoritariamente os Ministros foram pela subsistência do promotor natural, sendo de pouca valia o deferimento ou indeferimento do *writ*.

Contudo, diante do advento da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados e da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, a exigência de norma infraconstitucional foi satisfeita.

É fato que o postulado do promotor legal foi acolhido pela Lei de n. 8.625/93, que dispõe sobre normas gerais para a Organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. De acordo com a doutrina majoritária, depois da mencionada lei, já não se pode discutir a existência no Direito brasileiro do princípio do promotor natural.

Os entes federados tiveram que adaptar a organização dos seus Ministérios Públicos às normas da Lei Complementar, tornando-se

obrigatória a criação dos órgãos de execução e a lotação por titularidade do agente no Órgão.

5.2 Acórdão do STF no Recurso Extraordinário n. 387974/DF

O acórdão do STF no Recurso Extraordinário n. 387974/DF é digno de análise porque a relatora, Ministra Ellen Gracie, fundamenta seu voto no acórdão anteriormente explicitado e rejeita (isso mesmo, rejeita) a tese do promotor natural. É este o aresto:

CRIMES CONTRA A HONRA DE SERVIDOR PÚBLICO, EM RAZÃO DO OFÍCIO. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 208. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. *O STF, por seu plenário, rejeitou a tese do promotor natural, porque dependente de interposição legislativa (HC 67.759, rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.07.93). Admissível o recurso extraordinário interposto pelo servidor ofendido e regularmente admitido como assistente da acusação na ação penal pública condicionada, quando o MP não recorre contra acórdão do STJ que acolhe tese rejeitada pelo STF, em recurso ordinário em *habeas corpus*, e anula a ação penal. O reconhecimento da legitimidade concorrente, pelo plenário do STF (INQ 726-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.94), implica a impossibilidade de ser o servidor ofendido prejudicado em decorrência da opção feita. RE conhecido e provido para restabelecer a ação penal.*²⁷ [Grifo nosso]

A Ministra Ellen Gracie deferiu o *writ*, bem como o Ministro Nelson Jobim, que acompanhou o voto da relatora. Já o Min. Celso de Mello (presidente) não conheceu do recurso extraordinário.

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da 2ª Turma no Recurso Extraordinário n. 387974-0/DF*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 14 de outubro de 2003. Publicado no DJU em 26 de março de 2004. p. 00025. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261675>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

Inobstante o resultado do acórdão, como já foi esclarecido outrora, impende evidenciar o argumento utilizado pela Ministra Ellen Gracie para negar a existência do princípio do promotor natural: “No tocante ao mérito, *adoto a posição que foi fixada pela maioria da Corte no julgamento do HC 67.759, rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.07.93. Naquela ocasião o Plenário rejeitou a tese do promotor natural*”.²⁸ [Grifo nosso]

Dê-se a atenção necessária para as palavras da respeitável relatora. Releia-se.

Ora, em que momento a maioria do Plenário, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 67759, rejeitou a tese do postulado do promotor natural? Isso não ocorreu. Com o beneplácito do contido no discurso da ex-Ministra, o que se apura, a bem da verdade, é que houve um infeliz engano da sua parte.

Ademais, o julgado em análise procede da Segunda Turma do STF, que foi formada pelo mínimo previsto para acontecer (três Ministros). É decisão minoritária. Está em dissonância com os demais precedentes do STF, que reconhecem, majoritariamente, a existência do princípio do promotor natural.

Diante da questão, vingaria a interposição do recurso de embargos de divergência (art. 330 do Regimento Interno do STF), visto que a Turma divergiu do que foi julgado pelo Plenário quanto à interpretação de direito federal.²⁹

6 Ministério Público na legislação estrangeira

O Direito Comparado é útil como ciência descritiva e auxiliar. Descreve o ordenamento jurídico do país em estudo e ajuda a aperfeiçoar o sistema normativo pátrio, convergindo para o progresso e bem-estar da convivência legislativa e social. Por tais motivos, é conveniente um rápido estudo acerca do Ministério Público nos países a seguir selecionados, a fim de que seja ressaltada a necessidade de sobressair-se o princípio do promotor natural com sustentáculo na independência funcional.

O Promotor de Justiça do estado de São Paulo, Jorge Alberto de Oliveira Marum, com base na obra de Antônio Cláudio da Costa

²⁸BRASIL. Op. cit., p. 892.

²⁹BRASIL. Op. cit., p. 159.

Machado, menciona que há uma tríade divisão quanto ao tratamento constitucional dispensado ao Ministério Público dos vários países.³⁰

Inicia com os Estados que não tratam o Ministério Público no âmbito constitucional, mas, sim, infraconstitucional. Elenca, dentre outros, Alemanha, Estados Unidos, França, Grécia, Argentina e Angola.

Após, apresenta países nos quais o MP é disciplinado restritamente pela Constituição Federativa. Deles pode-se destacar a Itália e, nos tempos passados, o Brasil.

Em seguida, elenca o rol de Estados onde as Constituições dilatam as atribuições da Instituição Republicana. Encontram-se inclusos nele o Brasil, Portugal e a maioria dos países latino-americanos.

Marum adiciona à classificação de Machado um outro bloco: o dos países em que inexistente o Ministério Público feito Instituição. Seleciona a Inglaterra como o exemplo mais conhecido. Para melhor compreensão, serão feitas breves considerações sobre o Ministério Público atual nos países a seguir selecionados.

6.1 Ministério Público francês

Os doutrinadores concordam que o perfil do Ministério Público como está hoje teve sua origem na França, através dos Códigos Napoleônicos. O país onde nasceu o exemplo da Instituição Republicana nos moldes atuais atrai sobre si os olhares curiosos.

Jorge Marum registra que o Ministério Público francês mais se assemelha a uma “magistratura de segunda classe”³¹, sob o comando administrativo do Ministro da Justiça. Inexistente a garantia da inamovibilidade para seus membros, que estão vulneráveis à dispensa da função e rebaixamento de categoria.

Percebe-se, pois, que a robustez e a independência de outrora não são mais caracteres presentes ao *Parquet* da França hodierna.

6.2 Ministério Público lusitano

A Constituição de Portugal reserva Capítulo próprio, dentro do Título direcionado aos Tribunais, para tratar do Ministério Público.

³⁰MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (1998, apud MARUM, 2006).

³¹MARUM, op. cit., p.62.

Extrai-se do art. 219³² da referida Constituição que o Ministério Público lusitano tem autonomia e é o titular da ação penal e da defesa da legalidade democrática. Seus membros gozam de inamovibilidade e são considerados magistrados com subordinação hierárquica.

Além disso, incumbe aos agentes ministeriais a defesa dos interesses difusos, tais como o ambiente e o patrimônio.

José Joaquim Gomes Canotilho, professa que, além dessas funções, a quarta revisão constitucional lusitana atribuiu ao MP a participação na execução da política criminal determinada pelos órgãos soberanos.³³

6.3 Ministério Público italiano

A Constituição da República Italiana de 1947 (ainda vigente), em seu Título IV, “Magistratura”, na Sessão I, “Ordenamento jurisdicional”, no seu art. 107, dispõe que “Os magistrados são inamovíveis. [...] O Ministério Público goza das garantias estabelecidas no que diz respeito a ele, pelas normas do ordenamento jurisdicional”.³⁴

Se o supracitado dispositivo prescreve que os juízes são inamovíveis e que o *Parquet* possui as mesmas garantias do órgão jurisdicional, a inamovibilidade também seria garantia do Ministério Público, certo?

Para Carneiro, a proposição está correta, embora assevere que, “na realidade prática, o poder do Ministro da Justiça continua amplo.”³⁵

Mais acertada, porém, a opinião de Almeida, quem diz estar errada a assertiva. Na Itália, o Ministério Público não existe como Instituição. Suas funções são exercidas pelo Poder Judiciário, que desempenha função julgadora (magistratura judicante – possui a inamovibilidade) e função do *Parquet* (magistratura requerente).³⁶

³²PORTUGAL. *Assembleia da República*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art219>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

³³CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 635.

³⁴ITÁLIA. *Constituição italiana traduzida para o português*. Disponível em: <<http://www.provincia.milano.it/export/sites/default/diritticittadini/documenti/Portoghese.pdf>> . Acesso em: 17 dez. 2012.

³⁵CARNEIRO, op. cit., p. 236.

³⁶ALMEIDA, op. cit.

No tangente à independência funcional, o art. 108 da Constituição italiana dita: “[...] A lei assegura a independência dos juízes das jurisdições especiais, do ministério público junto às mesmas, e dos estranhos que participam na administração da Justiça.”³⁷

Em momento inicial, logo se pensaria na força da norma ao assegurar a independência funcional ao MP. Todavia, não obstante Carneiro entender ser garantia dos agentes ministeriais italianos, também menciona que a “[...] dependência hierárquica, com os poderes de avocação e designação dos Procuradores-Gerais, interfere nos escritórios e no próprio princípio da independência dos membros que o compõem [...]”³⁸

Certa a sua interferência e, desta feita, vê-se que os membros do Ministério Público da Itália são subordinados ao superior hierárquico, o Procurador-Geral, motivo pelo qual não se pode firmar o princípio da independência funcional como característica de seu *Parquet*.

Apesar do tratamento análogo, hoje o MP italiano é autônomo ao Poder Executivo. Ainda está em ascensão, embora já seja prestigiado pelo combate ao crime organizado e corrupção nos meios políticos.

6.4 Ministério Público da extinta União Soviética

Até 1991, período da Guerra Fria, quando foi dissolvida a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), esta tratava o Ministério Público (*Prokuratura*) na esfera constitucional e lhe concedia amplos poderes, garantindo, por exemplo, a independência funcional dos membros do MP em relação a qualquer órgão estatal, no exercício de suas funções, subjugados apenas à lei.

Na União Soviética, já havia semelhança com o que a Lei Processual Penal brasileira hoje prescreve. Carneiro indica a possibilidade de discordância entre o Promotor e o Procurador quanto ao tipo penal, de ser ofertada a denúncia ou promovido o arquivamento do inquérito policial. Neste caso, o inquiridor (no Brasil, é o juiz) é quem encaminharia as peças a seu superior hierárquico, em razões escritas.³⁹

³⁷ ITÁLIA, op. cit.

³⁸ CARNEIRO, op. cit., p. 237.

³⁹ CARNEIRO, op. cit.

No ordenamento jurídico soviético, havia a obrigatoriedade da ação penal, e o ônus da prova cabia ao órgão acusatório, devendo este zelar pela legalidade das decisões judiciais, mesmo nas questões de que não participara diretamente.

Foi exposto por derradeiro porque o Ministério Público da URSS era o único que tinha a independência funcional. Como a União Soviética foi extinta, tal garantia não é prevista na ordem jurídica alienígena; é peculiar, contudo, ao Órgão Ministerial brasileiro. Logo, é frágil o pensar que a unidade e a indivisibilidade não se coadunam com a independência da função. Pelo contrário. Esta existe e funciona como uma limitação ao poder hierárquico do Procurador-Geral.

7 Repercussão no processo penal quando da inobservância

O Direito Constitucional é o tronco arbóreo de onde nasceram os outros Direitos. Seus preceitos aplicam-se, por conseguinte, aos diversos ramos jurídicos.

Dito isso, impende reafirmar que o princípio do promotor natural, na posição da doutrina majoritária, tem assento constitucional. Por assim ter, cabível sua aplicação na seara cível, criminal etc. Conquanto seja mais frequente a incidência no processo penal, o *status* ao qual a Carta Magna de 1988 elevou o MP só faz comprovar que o postulado é comum a qualquer área.

Todavia, como este trabalho aborda o princípio do promotor natural no campo do Direito Processual Penal, só serão apresentadas as consequências nessa esfera de atuação.

Pois, então.

Eugênio Pacelli de Oliveira, ao analisar os efeitos do desrespeito ao princípio no processo penal, aduz que

Tanto aqui (o princípio do promotor natural) como ali (a regra da imparcialidade), o problema somente se fará presente a partir do trânsito em julgado de sentença penal *condenatória*, pois: a) se ainda em curso o processo, a matéria poderá ser apreciada até mesmo em sede de apelação ou de *habeas corpus*, com o que a nulidade relativa poderá ser reconhecida; b) se já passada em julgado a sentença absolutória, nada poderá ser feito em

razão da vedação da revisão *pro societate*. Quando condenatória a decisão, e uma vez passada em julgado, restaria saber se seria possível a sua desconstituição sob alegação de violação ao princípio do promotor natural. No ponto [...], acompanhamos o entendimento do eminente professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1999, p. 98), para quem a violação de semelhante princípio resultaria em nulidade absoluta. É que a vedação do acusador de exceção integra o rol de garantias individuais constitucionais, constitutivas do devido processo legal, ainda que não expressamente alinhada em nenhum dos incisos do art. 5.º da Constituição Federal.⁴⁰

As nulidades absolutas são autênticas ofensas ao devido processo legal e, por conseguinte, ao interesse público.

Sabendo-se que a atribuição é pressuposto processual de validade, é forçoso concluir que a inobservância do princípio do promotor natural constitui-se vício insanável e de impossível convalidação, acarretando, pois, a nulidade absoluta do ato ministerial praticado por quem não tem atribuição, uma vez que, no momento em que o Ministério Público atua em Juízo, devem ser observadas as normas processuais.

Tome-se, como exemplo, uma eventual propositura de ação penal pelo promotor *ad hoc*: como o artigo 129, §2º, da Constituição Federal veda o exercício das funções do *Parquet* às pessoas estranhas à Instituição (porquanto somente o promotor natural detém atribuição para a formação da *opinio delicti*) e, considerando que a garantia da acusação constitucionalmente adequada se insere no princípio do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, é notório que o ato processual praticado com violação de tais garantias dá margem a sua invalidade.

Como é sabido, a nulidade absoluta deriva de violação às garantias constitucionais enquanto a nulidade relativa é originada de violação ao modelo legal instituído em face do interesse privado. A garantia que veda o acusador de exceção é formalidade instituída no interesse público, de modo que a inobservância da forma processual

⁴⁰OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.445.

prevista no processo penal, por apresentar um grave defeito e macular um dos princípios constitucionais que norteiam o devido processo penal, é causa de nulidade absoluta.

Por óbvio, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, estabelecendo que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”⁴¹, não se aplica a hipótese de ofensa ao princípio do promotor natural, pois, nesse caso, nulidade independe de comprovação de prejuízo, já que este é presumido.

Situação diferente é quando o órgão do Ministério Público atua no processo na condição de *custos legis*, ou seja, como fiscal da lei (e não como parte). Nesse caso, a ele não pode ser imposta a exclusão do processo, como determina o artigo 13, inciso III, do Código de Processo Civil.⁴²

Desse modo, o instituto das nulidades, que se irradia do próprio princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição), está reproduzido no próprio Código de Processo Penal, o qual alude às nulidades nos artigos 563 a 573 e, apesar de não prever, taxativamente, no rol de nulidades do artigo 564, tem-se que a falta de atribuição equivale à falta de legitimidade prevista no inciso II do referido dispositivo.⁴³

Nucci revela que as nulidades absolutas são aquelas que apresentam um grave defeito e maculam alguns dos princípios constitucionais que norteiam o devido processo penal. Conclui-se, então, que a consequência da ofensa ao princípio do promotor natural conduz à declaração de nulidade *ab ovo* do processo, conheável *ex officio* pelo Juízo.⁴⁴

No que tange à nulidade relativa, compreende-se que é necessária a demonstração do prejuízo e que deve ser levantada no momento oportuno, sob pena de preclusão, não podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz.

Todavia, somente a análise do caso concreto permitirá saber se houve ou não violação ao princípio do promotor natural.

⁴¹BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁴²BRASIL. Op. cit.

⁴³NUCCI, op. cit.

⁴⁴Ibidem

8 Considerações finais

Garantia constitucional de interesse do cidadão, do agente público e da sociedade, o princípio do promotor natural traduz a ideia de devido processo legal, isto é, de que o procedimento e o processo se deem conforme os ditames legais, com a atuação do membro do *Parquet* de forma escoreita, assegurando lisura e democracia na lide, sem intervenção ilegal do Procurador-Geral.

Certificou-se que o postulado do promotor natural tem natureza jurídica de garantia constitucional do cidadão, uma vez que este tem o direito de ser investigado ou processado pelo Ministério Público competente, excluindo o promotor de exceção; do agente público, porque não pode abdicar das incumbências dadas pela Constituição; e da sociedade, para quem o Ministério Público funciona e luta através dos meios legais existentes.

Por fim, espera-se que se tenha contribuído com a cultura jurídica e fornecido elementos consideráveis para a elucidação da problemática do promotor natural, que permeia até os dias atuais, vez que a questão é, precipuamente, de interesse público.

Referências

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Princípio do promotor natural: reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Pillares, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*.

Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 18 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da 2ª Turma no Recurso Extraordi-*

nário n. 387974-0/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 14 de outubro de 2003. Publicado no DJU em 26 de março de 2004.

Disponível em:<

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261675>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Tribunal Pleno no*

Habeas Corpus n. 67759-2/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello.

Brasília, 6 de agosto de 1992. Publicado no DJU em 1º de julho de

1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70460>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*.

Disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2011.pdf> Acesso em 12 dez. 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. vol. I.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DICIONÁRIO AURÉLIO ELETRÔNICO DO SÉCULO XXI. Significado de cidadão. Acesso em: 12 nov. 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

FREITAS JUNIOR, Lauro Francisco da Silva. *Pós-modernidade, globalização e os novos paradigmas de atuação do Ministério: o princípio do promotor natural*. Disponível em: < <http://www.unama.br/mestrado/mestrado/mestradoDireito/dissertacoes/PDF/2009/DISSE RTACAO-LAURO.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

ITÁLIA. *Constituição italiana traduzida para o português*. Disponível em: < <http://www.provincia.milano.it/export/sites/default/diritticittadini/documenti/Portoghese.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Ministério Público e direitos humanos: um estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa e na promoção dos direitos humanos*. São Paulo: Bookseller, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O promotor natural: a inércia do Ministério Público e as diligências requisitadas no inquérito policial*. Disponível em < <http://www.mazzilli.com.br/>> Acesso em: 27 out. 2012.

_____. *Palestra proferida em 15 de abril de 2002, no curso de Adaptação do 82º Concurso de Ingresso à Carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/historiampsp.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito constitucional*. 10. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PORTUGAL. *Assembleia da República*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art219>. Acesso em: 17 dez. 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROSA, Frank José Soares. *O Posicionamento Constitucional do Ministério Público entre os “Poderes” do Estado na Constituição da República de 1988*. Disponível em: < http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/FRANKE_JOSE_SOARES.pdf >. Acesso em: 12 dez. 2012.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Ministério Público na Constituição Federal: doutrina esquematizada e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009.

TRIBUNAL DO JÚRI: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Márcia Trovão Duarte Cavalcanti d' Albuquerque
Acadêmica de Direito

Resumo

O presente estudo tem o objetivo de analisar as alterações propostas no Tribunal do Júri para o novo Código de Processo Penal sob a ótica do Ministério Público. Para tanto, foram avaliados os pronunciamentos dos membros do Ministério Público em eventos e publicações sobre o tema. Constatou-se que há o entendimento de que os Projetos de Lei nº 8.045/2010 e nº 7.987/2010 enfraquecem a instituição do Júri e apresentam alterações flagrantemente inconstitucionais por ferirem os princípios constitucionais em que se baseia tal instituição. Portanto, faz-se necessário o acompanhamento político da tramitação dos projetos com sugestões de substitutivos que sanem os vícios existentes, preservando, assim, uma das instituições mais democráticas do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Novo Código de Processo Penal. Ministério Público.

Abstract

The present study aims to review the proposed changes in the Jury for the new Code of Criminal Procedure from the perspective of the Prosecution. Thus, we evaluated the statements of prosecutors on events and publications on the subject. It was found that there is the understanding that the bills nº 8.045/2010 and nº 7.987/2010 weaken the institution of the Jury and present changes glaringly unconstitutional for hurting the constitutional principles that support such an institution. Therefore, it is necessary to monitor the progress of the bills and offer amendments to the text, thus preserving one of the more democratic institutions of the Judiciary.

Keywords: The Jury. The new Code of Criminal Procedure. The Prosecution.

1 Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro, o procedimento do Tribunal do Júri foi adotado inicialmente na Constituição do Império, de 1824. Desde então, apenas a Constituição de 1937 não o previu de modo expresso, entretanto, o Decreto-Lei 167, de 05/01/1938, regulou a instituição do Júri, dissipando os debates acerca de sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio¹.

Na Constituição vigente, a instituição do Júri está disciplinada no art. 5º, inc. XXXVIII, inserida, portanto, no Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Tem competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, como também os crimes que lhe são conexos ou continentes. Por se tratar de direito e garantia individual, está protegida sob o manto do art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda que tenda a aboli-la.

Apesar disso, as discussões doutrinárias a respeito da manutenção ou extinção do júri existem há longa data. Muitos juristas alegam que o procedimento é incompatível com o Estado Democrático de Direito, sendo fonte de injustiças^{2,3}. Considerando tais críticas, os adeptos do movimento reformista do júri sugeriam, entre outros pontos, alterações como a dispensa do libelo acusatório, a simplificação dos quesitos submetidos à apreciação dos jurados, a agilização dos atos processuais realizados em plenário, a inquirição direta das testemunhas e do acusado pelas partes e pelos jurados e a necessidade da fundamentação das decisões.

Com o advento da Lei nº 11.689/08, parte dos pontos vulneráveis apontados pelos adeptos do movimento reformista do júri foi corrigida.

¹SILVA, K. C. A. Reforma da instituição do Júri a partir de uma visão garantista dos direitos. *R. da Fundação Escola Superior Ministério Público D. Federal Territórios*, Brasília, v. 20, p. 76-112, jul/dez 2002.

²SANTOS, A. L. C. A incompatibilidade das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre filosofia e direito. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan/jun 2011.

³DIAS, B. S. A. In: *compatibilidade da atual conformação do Tribunal do Júri com os princípios caracterizadores de um processo penal democrático*. São José: UNIVALI, 2009.

Entretanto, algumas das alterações promovidas pela reforma têm suscitado críticas entre os membros do Ministério Público. Tal problema será agravado caso não ocorram modificações no projeto do novo Código de Processo Penal (CPP), em tramitação da Câmara dos Deputados.

O Projeto de Lei (PL) n° 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, objetiva instituir um novo CPP. Após aprovação no Senado, o projeto foi encaminhado para revisão à Câmara dos Deputados, recebendo o n° 8.045/2010. Em janeiro de 2011, houve o apensamento do Projeto de Lei n° 7.987/2010, de autoria do Deputado Miro Teixeira, considerando que ambos têm o mesmo objeto.

Nesse contexto, o presente estudo tem o intuito de, a partir da descrição do atual procedimento do Tribunal do Júri, analisar as reformas propostas no novo CPP sob a ótica do Ministério Público.

2 O procedimento atual do Tribunal do Júri

2.1 Princípios constitucionais

O art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal assegura ao Tribunal do Júri a plenitude da defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Em consequência do sigilo das votações, o art. 466, §1º, do CPP vigente prevê a incomunicabilidade dos jurados durante o julgamento. Tal regra tem o objetivo de preservar a pluralidade da decisão, tendo em vista que impede que um jurado exerça influência na formação do convencimento dos demais quanto ao objeto discutido na causa.

A soberania dos veredictos significa que, em sede de recurso, o julgamento proferido pelo conselho de sentença não pode ser alterado pelo juiz togado ou pelo tribunal. Entretanto, tal princípio não é absoluto, pois, no julgamento de eventual ação de revisão criminal, manejada no interesse do réu e observados os requisitos legais, pode o Tribunal de Justiça absolver o réu condenado injustamente pelo Júri em sentença transitada em julgado⁴.

⁴TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, p. 787, 2011.

2.2 Fases do procedimento

O procedimento do Tribunal do Júri está previsto nos artigos 406 a 497 do CPP. Ocorre em duas fases, motivo pelo qual é classificado como bifásico ou escalonado. Ambas as fases têm várias denominações, sendo a primeira fase chamada de juízo de admissibilidade ou juízo de acusação (*judicium accusationis*) ou formação da culpa ou sumário da culpa, ou ainda, instrução preliminar; a segunda fase, por sua vez, é denominada de juízo de mérito ou juízo da causa (*judicium causae*) ou julgamento propriamente dito, ou ainda, acusação em plenário.

2.2.1 *Judicium accusationis*

Esta fase tem o objetivo de fixar a competência do Tribunal do Júri e simplificar a matéria em julgamento, considerando que o júri é composto por pessoas que, por não integrarem o Poder Judiciário, não têm conhecimento técnico.

De modo semelhante ao procedimento comum ordinário, após o recebimento da denúncia ou queixa pelo juiz, será determinada a citação do réu para apresentar resposta escrita no prazo de dez dias. Em seguida, o Ministério Público ou o querelante terão prazo de cinco dias para se manifestar em relação às preliminares arguidas e aos documentos juntados. O CPP só prevê a manifestação do autor da ação penal após a resposta escrita do réu para o Tribunal do Júri, embora a doutrina aplique tal dispositivo, por analogia, ao procedimento ordinário.

Cumprida essa etapa, o prazo máximo para a designação da audiência de instrução e julgamento é de dez dias. Na referida audiência, haverá a produção de provas, mas, ao contrário do procedimento comum ordinário, não há previsão de uma fase de diligências. As alegações finais são realizadas oralmente, assim como a decisão do juiz, que poderá ser de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação.

O magistrado poderá pronunciar o réu, quando existir indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva. Neste caso, tem início a fase da *judicium causae*. Contra a decisão de pronúncia, cabe recurso em sentido estrito. Este, por sua vez, terá efeito regressivo, tendo em vista que possibilita ao julgador exercer o juízo de retratação. Se o

jugador se retrata ou, caso não o faça, se o Tribunal de Justiça decide pela reforma da decisão, ocorre o que se chama de despronúncia.

Se não houver indícios suficientes de autoria ou prova da materialidade delitiva, o juiz decidirá pela impronúncia, que poderá ser combatida pela apelação. Se surgir nova prova após a decisão de impronúncia e não tendo sido extinta a punibilidade do réu, é possível o oferecimento de nova denúncia.

A absolvição sumária ocorrerá quando for provada a inexistência do fato; provado que o acusado não é autor ou partícipe do fato; o fato não constituir infração penal; ou ainda, quando demonstrada causa de isenção da pena ou de exclusão do crime, exceto quando se tratar de inimputabilidade, desde que não seja a única tese da defesa. Em tais hipóteses, é exigido um juízo de certeza para que a decisão de absolvição sumária seja prolatada.

Eugênio Pacelli se posiciona pela inconstitucionalidade das duas primeiras hipóteses de absolvição sumária, tendo em vista que a inexistência do fato e a prova da não autoria são matérias de fato, portanto seu julgamento é da competência do Tribunal do Júri, que seria suprimida na situação em que o juiz togado absolve o réu com base nestes fundamentos⁵.

A decisão de absolvição sumária, assim como a de impronúncia, pode ser combatida com o recurso de apelação.

Por fim, o magistrado decidirá pela desclassificação quando, ao contrário da acusação, reconhecer a existência de crime que não seja doloso contra a vida e declinar de sua competência, remetendo os autos ao juízo competente. Tal situação configuraria a desclassificação própria, enquanto a imprópria ocorreria se a desclassificação ocorresse para crime doloso contra a vida diverso do imputado ao réu na denúncia. Neste caso, a competência do Tribunal do Júri permaneceria. Contra a decisão de desclassificação, é cabível o recurso em sentido estrito.

A fase do *judicium accusationis* deve ser concluída no prazo máximo de noventa dias, conforme prevê o art. 412 CPP.

⁵OLIVEIRA, E. P. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 709, 2011.

2.2.2 *Judicium causae*

Preclusa a pronúncia, terá início a fase de julgamento, sendo as partes intimadas para, no prazo de cinco dias, apresentar o rol de testemunhas (no máximo, cinco), juntar documentos e requerer diligências.

A próxima etapa é o saneamento do processo, momento em que o magistrado determinará as providências necessárias para sanear as irregularidades e, em seguida, fará um breve relatório do processo e enviá-lo-á para inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri.

Após a organização da pauta, o juiz intimará o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Defensoria Pública para acompanharem o sorteio, dentre os alistados, dos 25 jurados que irão atuar na reunião do júri.

Estando presentes pelo menos quinze dentre os 25 jurados sorteados anteriormente, a sessão será declarada aberta. O julgamento será anunciado, e as partes serão apregoadas. Neste momento, as partes devem arguir as nulidades relativas ocorridas posteriormente à pronúncia, sob pena de preclusão, conforme dispõe o art. 571, inc. V, c/c art. 572, inc. I, do CPP.

Na sequência, será realizado o sorteio dos sete jurados que irão compor o Conselho de Sentença. Cada parte poderá recusar imotivadamente até três jurados. Formado o Conselho de Sentença e, prestado o compromisso, cada jurado receberá cópias da pronúncia, ou das decisões posteriores que julgaram admissível à acusação, e do relatório do processo.

Em seguida, terá início a instrução em plenário. Será realizada a oitiva da vítima, quando possível, das testemunhas da acusação e das testemunhas da defesa. As partes farão as perguntas diretamente, enquanto os jurados o farão através do juiz togado. Nessa ocasião, as partes e os jurados podem requerer ainda acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, além da leitura de peças referentes às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis. O último ato da instrução é o interrogatório do réu, quando presente. Isto porque o julgamento não será adiado se o acusado, estando solto e tendo sido regularmente

intimado, não comparecer. Além disso, o acusado preso poderá requerer a dispensa de seu comparecimento à reunião, devendo o pedido ser subscrito por ele e por seu defensor.

Após a conclusão dos atos instrutórios, haverá a sustentação oral do Ministério Público, do assistente de acusação e, por fim, do defensor do réu. Depois, poderá haver réplica por parte da acusação e, em seguida, tréplica apresentada pela defesa.

Durante os debates, é vedado às partes se referir à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível à acusação ou à determinação do uso de algemas, assim como ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento.

Finalizados os debates e, estando os jurados aptos a votar, o juiz procederá a leitura dos quesitos, realizando os esclarecimentos necessários.

Importa ressaltar que os jurados não podem manifestar sua opinião sobre o objeto do processo em julgamento entre si nem com terceiros, em atenção à regra da incomunicabilidade.

A Lei nº 11.689/08 promoveu alterações significativas, simplificando a formulação dos quesitos no júri. Segundo Nestor Távora, foi adotado um modelo híbrido, pois há características do modelo francês, no qual os jurados, através dos quesitos, pronunciam-se sobre o fato criminoso e suas circunstâncias, mescladas com alterações inspiradas no modelo inglês, segundo o qual os jurados decidem se o réu é inocente ou culpado pelo crime de que está sendo acusado⁶.

Dessa forma, com o advento da reforma processual penal realizada através da Lei nº 11.689/08, de acordo com o art. 483 CPP, a ordem dos quesitos passou a ser a seguinte:

- 1) Materialidade do fato;
- 2) Autoria e participação;
- 3) Se o acusado deve ser absolvido;
- 4) Se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
- 5) Se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível à acusação.

⁶TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm, p. 823, 2011.

A votação é secreta, sendo os votos contados por maioria simples. Assim, se quatro jurados respondem negativamente aos dois primeiros quesitos, a votação é encerrada, e o réu é absolvido. O mesmo acontece se a resposta aos dois primeiros quesitos for afirmativa, e a resposta ao terceiro quesito também for afirmativa, absolvendo o réu. Havendo contradição entre as respostas, o juiz fará os esclarecimentos necessários em relação aos pontos em contradição e repetirá a votação.

Finalizada a votação, o juiz proferirá a sentença, que poderá ser de absolvição, devendo o réu ser posto imediatamente em liberdade; de desclassificação do crime doloso contra a vida para outro que não seja da competência do Tribunal do Júri, hipótese em que o juiz presidente proferirá a sentença; ou de condenação, caso em que o juiz aplicará e dosará a pena.

A sentença será lida pelo juiz em plenário, e as partes são consideradas intimadas nesta ocasião. Encerra-se, assim, a sessão de julgamento.

3 O Tribunal do Júri no novo CPP

No PL n° 8.045/2010, o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri está previsto no Capítulo VI, composto pelos artigos 321 a 409. O PL n° 7.987/2010, por sua vez, disciplina esse procedimento nos artigos 298 a 387, que compõem o Capítulo VI.

No que se refere às reformas em relação ao CPP vigente, observa-se que, em ambas as propostas, não há previsão de manifestação do autor da ação penal após a resposta escrita do réu na fase de *judicium accusationis*.

Na seção correspondente à função dos jurados, as propostas acrescentam dois dispositivos: o primeiro diz respeito à determinação de que o serviço alternativo a ser prestado pelo jurado que se recusar ao serviço do júri, com base em convicção religiosa, filosófica ou política, será fixado de modo a não prejudicar as atividades laborais do cidadão; o segundo dispõe que se observe, sempre que possível, a proporcionalidade entre homens e mulheres na composição do corpo de jurados.

Ao contrário do PL n° 8.045/2010, que não prevê alterações em relação ao CPP atual no que se refere aos requisitos para ser jurado e à

composição do Conselho de Sentença, o PL nº 7.987/2010 difere em dois pontos: primeiro, dispõe que o alistamento para o serviço do júri é direito dos cidadãos maiores de 21 (vinte e um) anos de idade de notória idoneidade, enquanto atualmente a idade prevista é de 18 (dezoito) anos; o segundo ponto é o dispositivo que determina que o Conselho de Sentença será constituído por oito jurados, ao contrário dos sete jurados previstos no CPP vigente.

O novo CPP acrescenta mais uma hipótese de matéria vedada às partes durante os debates orais, a qual diz respeito à referência aos depoimentos prestados na fase de investigação criminal, com exceção da prova antecipada.

Outra alteração prevista em ambas as propostas diz respeito à incomunicabilidade dos jurados. O novo CPP prevê que, antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão se comunicar com terceiros enquanto durar o julgamento, e entre si, durante a instrução e os debates. Entretanto, encerrados os debates, após o esclarecimento acerca dos quesitos, os jurados deverão se reunir em uma sala especial, por até uma hora, para deliberar sobre a votação. Dessa forma, há previsão expressa de deliberação acerca da votação entre os jurados, à semelhança do modelo norte-americano.

O PL nº 8.045/2010 propõe alterações profundas na quesitação. A formulação dos quesitos será realizada na seguinte ordem: 1) Se deve o acusado ser absolvido; 2) Se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; 3) Se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecida na pronúncia. Quando quatro jurados responderem afirmativamente ao primeiro quesito, a votação será encerrada e o réu será absolvido. Quando a resposta da maioria dos jurados a este quesito for negativa, proceder-se-á a formulação dos outros quesitos separadamente.

O PL nº 7.987/2010 repete no art. 374 o conteúdo do art. 483 do CPP vigente, que diz respeito à ordem de formulação dos quesitos. Entretanto, considerando que prevê um Conselho de Sentença composto por um número par de jurados, dispõe que as decisões do Tribunal do Júri serão tomadas pela maioria dos votos, mas, em caso de empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao acusado. Portanto, institui a figura do “empate *pro reo*”⁷.

⁷GOMES, M. S. *Lutar pelo Tribunal do Júri: um dever do Ministério Público*. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 19 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id17751.htm?impresao=1>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

Apesar de existirem outras modificações previstas para o novo Código de Processo Penal, em relação ao procedimento de competência do Tribunal do Júri, essas são as que têm suscitado mais debates entre os membros do Ministério Público, razão pela qual foram aqui reproduzidas.

4 Qual o posicionamento do Ministério Público em relação às reformas propostas?

Desde 2009, vêm sendo realizados, em todo o país, debates acerca das propostas para o novo CPP, com a participação de membros do Ministério Público, magistrados, defensores públicos e advogados.

Considerando o objetivo deste estudo, apresentaremos a seguir uma síntese das críticas aos Projetos de Lei nº 8.045/2010 e nº 7.987/2010, apresentadas durante tais eventos pelos membros do Ministério Público.

Há o entendimento de que tais propostas não prezam pela proporcionalidade, pois há uma tendência em privilegiar o garantismo negativo em detrimento do garantismo positivo.

O garantismo no sentido negativo baseia-se no princípio da proibição de excesso, segundo o qual deve se impor limite à atuação estatal que cause restrição à liberdade individual, evitando, assim, a arbitrariedade estatal. O garantismo no sentido positivo, por sua vez, está relacionado ao princípio da vedação da proteção deficiente, tendo em vista que a imposição exagerada de limites à atuação estatal pode gerar o enfraquecimento do poder do Estado em garantir a segurança pública. Dessa forma, é imprescindível a utilização da proporcionalidade para garantir a harmonia entre esses dois princípios⁸.

Entre as propostas de alterações apontadas como tendentes ao exagero do garantismo negativo está o acréscimo de mais uma hipótese de proibição de matéria a ser mencionada durante os debates orais na instrução em plenário: os depoimentos prestados durante a fase de investigação criminal. A Lei nº 11.689/08 gerou insatisfação entre os Promotores de Justiça que atuam no Júri por, entre outras alterações negativas, tê-los proibido de fazer menção, durante os debates, à

⁸CAROLLO, J. C. O processo penal sob a ótica do garantismo positivo. *Jus Navigandi*, Teresina, 13 out. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20210>. Acesso em: 11 ago. 2012.

sentença de pronúncia, à determinação do uso de algemas e ao silêncio do acusado em seu prejuízo. O aumento do rol de proibições proposto para o novo CPP configuraria verdadeira “mordaza” à acusação. Argumenta-se que tal vedação fere o direito à liberdade de expressão, previsto como cláusula pétrea no art. 5º, inc. IX, da Constituição da República, motivo pelo qual é alvo de críticas à sua constitucionalidade. Além disso, compromete a análise lógica do processo, representando uma restrição ao debate dialético entre as partes e ferindo a igualdade entre os litigantes⁹.

Uma alteração bastante criticada, prevista no PL nº 7.987/2010, é o aumento do número de jurados do Conselho de Sentença de sete para oito, constituindo, portanto, um número par. Como consequência disso, em caso de empate na votação, o réu será absolvido, instituindo-se, assim, o veredito por presunção. Alega-se que esse instituto resultaria em favorecimento da defesa em detrimento da acusação, pois seriam necessários cinco votos para que o réu fosse condenado. Tal alteração na estrutura do Tribunal do Júri, de modo a facilitar a absolvição do réu, culminaria no descrédito dessa instituição, como também na proteção deficiente do direito à vida, cuja tutela o Ministério Público busca quando postula uma condenação no Júri.

Ainda no que diz respeito à votação dos jurados, o comitê formado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ) para análise do PL nº 8.045/2010 entende que a proposta ofende os dois pilares nos quais se baseia o procedimento do Tribunal do Júri: a incomunicabilidade dos jurados e o sigilo das votações. Os membros do comitê defendem que a deliberação dos jurados entre si acerca do objeto do processo, rompendo a incomunicabilidade, não se coaduna com os princípios da bilateralidade e da lealdade processual. Além disso, fere o juramento que investe o leigo na função jurisdicional ao violar a votação pela livre consciência¹⁰.

⁹ AUGUSTO, A. L. *PLS que altera o CPP contém fortes falhas, na opinião da Confraria do Júri. E vento discute projeto de lei, na presença de senadora responsável por sub-relatoria.* Confraria do Júri. Cuiabá, 21 set. 2009. Disponível em: <http://www.confrariadojuri.com.br/noticias/artigos_view2.asp?cod=343>. Acesso em: 28 jul. 2012.

¹⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO APRESENTA CRÍTICAS E PROPOSTAS AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 23 set. 2011. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/noticia/index/id/28998>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

Em decorrência disso, o comitê propõe a supressão do art. 398 do PL n° 8.045/2010, considerando que tal dispositivo promoveria a insegurança dos jurados, que teriam suas opiniões conhecidas pelos demais, o que poderia provocar manifestações intimidatórias ou ingerências políticas locais advindas de qualquer jurado comprometido com o resultado da ação, ou ainda, de familiares ou do próprio acusado. Além disso, o artigo em comento fere o princípio do sigilo das votações, consagrado no art. 5° da Constituição da República, razão pela qual não admite reforma para restringi-lo ou aboli-lo.

Finalmente, um ponto que tem gerado bastante discussão diz respeito à quesitação. O PL n° 8.045/2010 suprime os dois primeiros quesitos previstos no CPP vigente, atinentes à materialidade e à autoria do fato imputado. Tal supressão é entendida como inconveniente por não possibilitar ao julgador a análise das questões submetidas à sua apreciação de maneira objetiva.

Desde a reforma promovida pela Lei n° 11.689/08, que inseriu a indagação “se deve o acusado ser absolvido” no art. 483, inc. III, do CPP vigente, vários Promotores de Justiça que atuam no Júri defendem a inconstitucionalidade desse dispositivo. Os projetos de lei que instituem o novo CPP mantêm o polêmico quesito. O problema reside no fato de essa questão englobar todo o debate jurídico das teses absolutórias. Dessa forma, sendo o réu absolvido, apesar de as teses defensivas estarem registradas na ata do julgamento, o Ministério Público não tem como saber qual delas foi acolhida pelos jurados, o que dificulta o recurso quanto ao mérito da decisão do júri, pois não há como definir se a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos. Há, portanto, flagrante violação ao princípio do contraditório, como também ao princípio da paridade de armas, segundo o qual as partes devem ter tratamento isonômico no transcorrer processual¹¹.

Assim, o comitê criado pelo CNPJ para análise do PL n° 8.045/2010 sugere, entre outras modificações na redação do art. 396, a alteração dos §§2° e 3°, que teriam o seguinte conteúdo:

¹¹ COMISSÃO DE ACOMPANHAMENTO LEGISLATIVO E PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ). Análise do Projeto de Lei n° 156/09 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o novo Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 20 jul. 2011. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=72:anlise-do-projeto-de-lei-156-2009-do-senado&id=4:cdigos-de-processo-penal-nacionais&Itemid=20>. Acesso em: 28 jul. 2012.

§2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo, e tendo sido deduzida tese que leve a tal conclusão, será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado? – seguido da especificação da tese absolutória sustentada.

§3º Proceder-se-á na forma do parágrafo anterior pelo número de vezes correspondente ao número de teses absolutórias apresentadas em favor do acusado¹².

Além disso, o comitê defende que o quesito absolutório deveria ser apresentado aos jurados apenas quando houvesse pedido fundamentado de qualquer das partes, o que impediria a prolação de decisões em desacordo com as provas e com os pleitos deduzidos.

5 Considerações finais

Não há como negar o caráter democrático da instituição do Júri. Seu grande mérito reside em permitir à população participar do julgamento dos acusados de crimes que violam bem jurídico tão valioso quanto à vida humana, utilizando-se dos valores médios da sociedade, efetivando, assim, a justiça social.

Entretanto, apesar de previsto como cláusula pétreia na Constituição da República, percebe-se que a reforma promovida pela Lei nº 11.689/08, como também as propostas previstas pelo PL nº 7.987/2010 e PL nº 8.045/2010, ofendem frontalmente não apenas os princípios constitucionais que lhe dão sustentação, mas também os princípios que regem o Processo Penal.

Sob o pretexto de buscar celeridade e eficiência para os procedimentos de competência do Tribunal do Júri, o que se constata é que tais reformas resultam no enfraquecimento da instituição, em evidente afronta à previsão constitucional.

Verifica-se que o Ministério Público, representante da sociedade e responsável pela tutela do direito à vida e à segurança pública, tem se mobilizado em todo o país, promovendo eventos, nos quais discutem

¹²GOMES, M. S. A inconstitucionalidade da quesitação na reforma do Júri. Arts. 482 e 483 da Lei nº 11.689/08. *Jus Navigandi*. Teresina, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11616>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

entre si, com os membros do Poder Judiciário e com os parlamentares a respeito das repercussões graves que podem advir da aprovação de tais propostas. Apesar disso, observa-se a escassez de publicações que consolidem o posicionamento da instituição acerca do tema.

Destarte, é importante que o Ministério Público se posicione expressamente sobre os projetos que objetivam instituir um novo CPP, assim como se empenhe na continuidade ao trabalho de acompanhamento político de sua tramitação, sugerindo modificações que sanem os vícios existentes, exercendo, assim, a atribuição de defesa do regime democrático e de agente de transformação social.

Referências

AUGUSTO, A. L. *PLS que altera o CPP contém fortes falhas, na opinião da Confraria do Júri*. Evento discute projeto de lei, na presença de senadora responsável por sub-relatoria. Confraria do Júri. Cuiabá, 21 set. 2009. Disponível em: <http://www.confrariadojuri.com.br/noticias/artigos_view2.asp?cod=343>. Acesso em: 28 jul. 2012.

CAROLLO, J. C. O processo penal sob a ótica do garantismo positivo. *Jus Navigandi*, Teresina, 13 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20210>>. Acesso em: 11 ago. 2012.

COMISSÃO DE ACOMPANHAMENTO LEGISLATIVO E PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS. Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ). Análise do Projeto de Lei nº 156/09 do Senado (PL 8045/2010 na Câmara), que institui o novo Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 20 jul. 2011. Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=72:anlise-do-projeto-de-lei-156-2009-do-senado&id=4:cdigos-de-processo-penal-nacionais&Itemid=20>. Acesso em: 28 jul. 2012.

DIAS, B. S. A. In: compatibilidade da atual conformação do Tribunal do Júri com os princípios caracterizadores de um processo penal democrático. São José: UNIVALI, 2009.

GOMES, M. S. A inconstitucionalidade da quesitação na reforma do Júri. Arts. 482 e 483 da Lei nº 11.689/08. *Jus navigandi*. Teresina, 18 ago. 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/11616>>. Acesso em 08 ago. 2012.

_____. *Lutar pelo Tribunal do Júri: um dever do Ministério Público*. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 19 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id17751.htm?impressao=1>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO APRESENTA CRÍTICAS E PROPOSTAS
AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 23 set.
2011. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/noticia/index/id/28998>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen
Juris, p. 709, 2011.

SANTOS, A. L. C. A incompatibilidade das decisões do Conselho de
Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito.
Uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de
uma interseção entre filosofia e direito. *Revista Eletrônica da
Faculdade de Direito*, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande
do Sul (PUCRS), Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan/jun 2011.

SILVA, K. C. A. Reforma da instituição do Júri a partir de uma visão
garantista dos direitos. *R. da Fundação Escola Superior Ministério
Público Distrito Federal Territorio*, Brasília, v. 20, p. 76-112, jul/dez.
2002.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. *Curso de direito processual penal*.
Salvador: JusPodivm, p. 787, 2011.

_____. N.; ALENCAR, R. R. *Curso de direito processual penal*.
Salvador: JusPodivm, p. 823, 2011.

TUTELA COLETIVA E INFÂNCIA E JUVENTUDE



Vale dos Dinossauros - Sousa-PB
(Acervo do Arquivo do CEAF/MPPB)

A EDUCAÇÃO NAS PRISÕES COMO DIREITO E POSSIBILIDADE

Mazukyvicz Ramon Santos do Nascimento Silva
Professor de Direito na Faculdade Maurício de Nassau

Resumo

Este trabalho é parte integrante da pesquisa intitulada “A Dimensão Cultural da Educação em Prisões”, desenvolvida em nível de doutorado, área de concentração em direitos humanos, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Paraíba, e que tem como objetivo geral investigar quais os limites e possibilidades da prática educativa nos cárceres brasileiros, na perspectiva do indivíduo aprisionado (dimensão subjetiva) e na perspectiva de uma utilidade social (dimensão cultural). Assim, o texto ora em questão, de inspiração realista-utópica freireana, e considerando apenas a dimensão subjetiva do tema, defende a educação em prisões como possibilidade de afirmação da dignidade do homem aprisionado, em face das técnicas de docilização e negação humanas que se desenvolvem historicamente no contexto prisional.

Palavras-Chave: Educação. Prisão. Direitos humanos.

Abstract

This text is part of a doctoral research conducted at the Federal University of Paraíba on education in Brazilian prisons. The aim of the paper is to identify the limits and possibilities of an education policy in prisons for prisoners and society. The text uses the methodology realistic and utopian Paulo Freire to conclude that education in prison is an important tool for strengthening the dignity of the prisoner.

Keywords: Education. Prison. Human Rights.

1 Introdução

Na seara de um novo paradigma de segurança pública que se pretende no Brasil, a chamada segurança pública cidadã, a educação em prisões incorporou-se definitivamente na agenda política nacional. Não que haja um consenso, ou um progresso moral da sociedade brasileira, no sentido do reconhecimento incondicional da dignidade do homem aprisionado – pois a herança repressiva dos governos militares ainda

aflixe nossos órgãos de segurança, e a mídia sensacionalista ainda trata a questão da violência e da segurança como produto ao invés de informação, mas parece haver uma certa tendência garantista e minimalista em relação ao tratamento da criminalidade e do criminoso, que aponta para perspectivas alternativas diante da total ineficiência dos esforços empregados até então. Com efeito, a hipertrofia do Estado Penal no Brasil, com a criação de grupos policiais interventivos, penitenciárias federais, regime disciplinar diferenciado, não significou, na prática, uma sociedade mais segura.

Mas, dentro desse contexto, se o espaço prisão se apresenta como uma antítese ao desenvolvimento pessoal do ser humano, e a educação, por sua vez, busca contribuir para a formação e valorização subjetiva do indivíduo, a educação em prisões apresenta-se como uma alternativa útil na construção de uma cultura de respeito e de segurança?

2 Espaço prisão e suas práticas

Para bem compreender o alcance esperado da prática educativa no cárcere, há de se conhecerem, *a priori*, as especificidades do contexto prisional, um vez que o fenômeno educativo não se opera no vazio, sendo determinado pelo ambiente e pelos atores que o permeiam. Nesse sentido, deve-se partir, ao menos, de três constatações em torno da instituição prisional.

A primeira constatação em torno da prisão é que sua praxe em muito se distancia do paradigma de defesa social¹ que a fundamenta, mas, ao contrário, as irracionalidades da estrutura física, dos procedimentos adotados e do poder paralelo que se verifica no interior dos estabelecimentos penitenciários parecem funcionar como uma válvula de escape à sensação de insegurança generalizada que toma conta da atual sociedade do risco.

¹Ensina Zolo (2002, p.22) que, se ao longo da história cíclica dos discursos acerca das questões penais, não houve um consenso dentre as tentativas de justificação da punição, numa simplificação teórica drástica, elas podem ser resumidas em dois conjuntos de argumentos: o paradigma da ordem cósmica e o paradigma da defesa social. No primeiro, típico das sociedades organicistas, a punição era concebida como um ressarcimento grupal e transcendental, em face de um comportamento lesivo que rompera a regularidade divina do mundo, uma purificação coletiva pelas culpas do infrator/pecador; no segundo, introduzido com a modernidade, a pena abandona o dever de restauração da harmonia universal e passa a objetivar o isolamento do desviante, a neutralização de sua periculosidade e sua reeducação à disciplina social para posterior readmissão.

Assim sendo, a prisão, longe de defender a sociedade, ensinando aos prisioneiros os valores coletivamente aceitos e preparando-os para o retorno ao convívio, atua como um instrumento de expiação das emoções coletivas na busca por um equilíbrio de forças entre a violência do crime e a violência do Estado. Acredita-se, portanto, que, quanto mais a prisão infligir sofrimento ao prisioneiro, mais perfeita será a vingança contra a criminalidade, e, assim, a sensação de segurança pública se mantém dentro de padrões aceitáveis.

Ocorre que, quando o desequilíbrio nessa relação de forças entre violência do crime e violência institucional pende para o lado do Estado, ou seja, quando a resposta é mais danosa que o agravo, parece haver uma comoção social em torno do prisioneiro, que emerge como indivíduo hipossuficiente e merecedor de misericórdia, materializada mediante ações assistenciais de cunho humanizador. Nesse cenário, a prisão abandona, ainda que por poucos instantes, a essência vingativa e assume uma missão utilitária, qual seja, amparar o preso e trazê-lo novamente ao seio da sociedade ou, ainda, evitar que novos indivíduos cedam à criminalidade e venham a sofrer as dores da reação punitiva.

Daí a segunda constatação em torno da instituição prisional: suas finalidades são contraditórias. Espera-se que ela seja ao mesmo tempo justa e útil, ou seja, que ela retribua impiedosamente o mal causado pelo criminoso ao passo em que proporcione condições favoráveis para que o prisioneiro seja resgatado, objetivando com isso a prevenção de novos delitos (THOMPSON, 2002, p.3-5).

No entanto, é evidente que as ideias de castigo e reeducação não se acomodam de maneira satisfatória. É demasiadamente ingênuo acreditar que a dor, o terror e o suplício do corpo possam estimular no preso a reflexão sobre seus atos, a purificação da consciência e o afastamento da criminalidade. O que se pode conseguir com a imposição de sofrimento a outrem é a ira, a revolta, a reincidência criminal, daí que a prisão é falha em seus propósitos iniciais, pois utilidade e justiça não podem coexistir ao mesmo tempo, num mesmo espaço social.

Diante disso, um dos fins sempre prevalece em detrimento do outro, e, nesse sentido, a história da instituição prisional, o dia a dia no interior dos estabelecimentos penitenciários e a impressão coletiva de que a criminalidade fugiu do controle por parte do

Estado, alcançando níveis intoleráveis e impulsionando uma hipertrofia na justiça penal, demonstram que a lógica utilitária vem sendo sistematicamente preterida em relação à necessidade de retribuição.

E os meios para alcançar a finalidade retributiva é a garantia da segurança e a manutenção da ordem e da disciplina nos estabelecimentos penitenciários, uma vez que é preciso manter os prisioneiros segregados para que sobre eles sejam aplicadas as técnicas adestradoras. Acrescente-se que segurança e disciplina também se fazem necessárias para a manutenção do resquício utilitário da instituição prisional. Com efeito, diante do predomínio da finalidade retributiva a utilidade da prisão não desaparece por completo, e o que inicialmente buscava a readaptação à vida em liberdade passa a objetivar a adequação do preso às normas do estabelecimento carcerário, para a qual a segurança e disciplina se tornam, então, indispensáveis.

Isto posto, chega-se à terceira constatação sobre a prisão: trata-se de uma instituição disciplinar totalitária, que se ocupa do controle de todos os atos da vida do indivíduo aprisionado, desconstruindo sua identidade pessoal ao mesmo tempo em que rompe com os valores e os padrões de comportamento que o preso mantinha quando da vida em liberdade (GOFFMAN, 2008, p.11). Os processos de manutenção da segurança e da disciplina desenvolvidos nessa instituição total visam sempre, em último caso, à inferiorização do homem preso, à desconstrução de sua humana condição, à sua docilização e transformação no sentido de que aceite passivamente seu lugar social, à marginalidade, à exclusão e à delinquência.

Fracassando a prisão na tentativa de ser útil à sociedade e ao prisioneiro ao transformá-lo num ente reeducado e pronto para retornar ao convívio com seus pares, torna-se útil a manutenção de um modelo econômico e político de dominação, na medida em que fabrica a figura do delinquente como espaço limítrofe entre o bem e o mal, ou seja, criminalizando a marginalidade social e marginalizando aqueles que sucumbiram ao crime (MALAQUIAS, 2008, p.179).

Por tudo isso, foi possível conceber a prisão como uma instituição social voltada à descarga das angústias coletivas, que responde à necessidade de vingança da sociedade em face do crime e do

criminoso como forma de se buscar segurança e justiça, mas que acaba por produzir mais injustiças e mais insegurança ao criar uma leva de homens marginalizados e revoltados, prontos para reagir à sua desumanização com mais violência e mais criminalidade.

Continuando a tarefa de bem compreender o contexto prisional, faz-se mister analisar a realidade penitenciária brasileira em suas aproximações e distanciamentos com o modelo-prisão de instituição social, já que é a partir da experiência brasileira que o alcance da prática educativa carcerária será investigado.

Primeiro, verifica-se que, no curso da história, independentemente do período observado, as prisões brasileiras sempre carregaram consigo a marca da desorganização estrutural e do tratamento abusivo para com os prisioneiros, sendo que tais características em quase nada foram alteradas, da colônia aos dias atuais (SALLA, 1999, p.149).

Segundo, embora o ideal utilitário da pena de prisão apresente-se como o paradigma orientador oficial tanto da legislação quanto das políticas públicas e do conjunto de órgãos administrativos e judiciais que compõe o sistema de execução penal no país, em perfeita harmonia com o que dispõe a legislação internacional sobre direitos humanos e sistema de justiça punitiva, os números² apontam para o crescimento sistemático da população prisional do país ao longo dos últimos anos e, com ele, uma preocupação exacerbada com a construção de mais presídios em detrimento das ações voltadas à chamada ressocialização do preso. Assim, a prioridade no país ainda é o encarceramento e não o chamado tratamento penitenciário.

Terceiro, observa-se que os problemas que acometem a prisão no Brasil são tantos que é imperioso reconhecer esta como uma instituição social em crise. Na verdade, considerando que, em último caso, a finalidade da prisão é causar sofrimento e segregação social, nem poderia falar-se em crise, mas num total sucesso, pois que os incontáveis relatórios de inspeção dos estabelecimentos penitenciários brasileiros bem ilustram o caráter agressivo e hostil do contexto prisional no que tange à dignidade humana. Superpopulação, precárias condições de

²Segundo dados do Ministério da Justiça referentes ao mês de dezembro de 2009, o sistema penitenciário brasileiro abrigava 417.112 prisioneiros, e a taxa média de crescimento da população prisional no país gira em torno de 8% ao ano, sendo que, como consequência, a maior parte do recurso do Fundo Penitenciário Nacional, entre 1995 e 2007, foi utilizado na geração de novas vagas nos estabelecimentos prisionais.

habitabilidade e higiene, violência em todas as suas formas soam como palavras ao vento e pouco revelam das reais impressões que acometem aos que adentram uma instituição prisional no país.

Com efeito, a primeira sensação que se apresenta ao desbravador dos cárceres brasileiros é a angústia de estar sendo levado para um novo mundo, uma realidade maligna e substancialmente diferente da encontrada na “sociedade livre”. Os odores asfíxiates em que se misturam drogas e lixo, grades e cadeados, os semblantes grotescos dos que ali transitam, a impressão de que algo pernicioso está prestes a acontecer, os grunhidos de sofrimento que ecoam dos corredores, tudo isso reforça a cada passo o real e histórico significado da prisão, um espaço de suplícios.

Contudo, há de se destacar que tais impressões revestem-se de um caráter superficial no que diz respeito ao real entendimento do que vem a significar uma instituição prisional no país. Há ainda os conflitos inerentes à própria subcultura social carcerária³, com estruturas próprias de poder que determinam os valores e padrões de comportamento dos indivíduos a partir de regras e papéis pré-definidos em busca de um relativo equilíbrio nas suas relações com a hierarquia institucional oficial. Negando a autonomia do homem aprisionado, retirando-lhe paulatinamente sua identidade, isolando-o num ambiente de desconfiança e insegurança, privando-o de sua intimidade, afastando-o de todas as dimensões do “mundo livre”, o subsistema social carcerário produz um indivíduo moralmente inferior e socialmente irrelevante, confinado sob condições impostas de modo alheio aos seus interesses pessoais e destituído de valor para si, para seus pares e para o Estado.

Por tudo isso, a partir da experiência brasileira, é possível compreender porque a prisão se constitui como uma máquina de desumanização, em que o homem se vê imerso num conjunto de determinismos que o empurram para a animalidade. Quando se pensa num estabelecimento prisional brasileiro, é fácil entender como a vingança da sociedade contra o crime e o criminoso se materializa, e qual o real significado da expressão exclusão social: indiferença, esquecimento, depósito de coisas que um dia foram seres humanos.

³Segundo Sykes (2007, p.xxx), a prisão se constitui não como uma miniatura da sociedade livre, mas como um sistema de poder distinto, que se desenvolve a partir da interação e dos conflitos entre uma hierarquia oficial e outra informal. Uma verdadeira sociedade paralela, inserida na sociedade livre.

3 A educação como um direito humano

No cerne do entendimento acerca dos direitos humanos está intrínseca a ideia de dignidade humana, entendida como aquele elemento fundamental que define a essência do homem, ou ainda, o atributo responsável por conferir humanidade aos indivíduos. Tratar-se-ia, pois, de um valor ou qualidade inata dos sujeitos, incondicional, incomensurável e inalienável, capaz de tornar todos os homens idênticos em suas desigualdades (PEQUENO, 2007, p.194), ou ainda, nas palavras de Rabenhorst (2001, p.15), uma categoria moral atribuída aos homens para posicioná-los na escala dos seres.

Assim, os direitos humanos são o conjunto de instituições e faculdades que objetivam concretizar as principais exigências relacionadas ao reconhecimento da dignidade humana, exigências estas que se apresentam inicialmente como princípios morais e que, aos poucos, foram sendo incorporadas pelo direito positivo. São, portanto, direitos legais, pois consignados em preceitos de determinada ordem jurídica, e direitos morais, na medida em que atribuem ao indivíduo certo valor intrínseco, enquanto ser livre e racional (RABENHORST, 2010, p.22).

Os direitos de segunda geração, assim chamados os direitos humanos sociais, nascem da necessidade de obrigar o Estado a assumir uma postura intervencionista e promotora da igualdade entre os cidadãos – em oposição à concepção negativa de Estado Liberal que prestigia exclusivamente os direitos individuais de liberdade – de forma a fornecer certo número de serviços para diminuir as desigualdades econômicas e sociais, permitir a participação de todos no bem-estar social e na divisão das riquezas, e promover a justiça (TOSI, 2005, p.118). Dessa forma que, conforme ensina Ortiz (2004, p.7), emerge o Estado Social, um agente promotor, dotado de um poder único capaz de atenuar as diferenças sociais, de melhorar a qualidade de vida dos indivíduos e de promover o desenvolvimento da sociedade mediante a adoção de políticas públicas de promoção social e de acesso a garantias básicas como a saúde, a educação, a habitação e a proteção do trabalho.

É nesse contexto de Estado social que a educação aparece como um direito humano (GADOTTI, 2009, p.14-17). Ensina o pedagogo que, quando dos debates acerca de uma justiça social, não mais se discute se a educação é ou não necessária, de maneira que sua importância, no

sentido da conquista da liberdade de cada indivíduo face aos processos de exclusão social, do preparo para a cidadania, do resgate da autonomia, do próprio desenvolvimento e da sobrevivência do ser humano, parece óbvia.

Assim, explica Claude (2005, p.37) que a educação é o pré-requisito fundamental para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade moderna, valioso, por ser a ferramenta mais eficiente de que dispõe o homem para o seu crescimento pessoal no contexto da comunidade, assumindo o *status* de direito humano social, por ser parte integrante da dignidade humana e contribuir para ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento.

No mais, outro aspecto que fundamenta a educação como um direito humano diz respeito ao fato de que o acesso à educação é em si um alicerce para a efetivação de outros direitos, e sua negação é um óbice às demais garantias. Nesse sentido, lembra Haddad (2006, p.3) que o indivíduo que passa por processos educativos se torna um cidadão em melhores condições de exercer seu papel, pois a educação é a base constitutiva na formação do ser humano e na defesa e composição dos outros direitos econômicos, sociais e culturais.

A condição de cidadão está intimamente relacionada ao direito à educação, na medida em que o exercício pleno da cidadania pressupõe um conhecimento esclarecido acerca dos valores, hábitos e situações da sociedade da qual se faz parte. Nesse sentido, atesta Dallari (2004, p.66) que a educação torna as pessoas mais preparadas para a vida e também para a convivência, uma vez que a pessoa educada tem maior facilidade para compreender os outros e aceitar as diferenças.

4 O direito do preso à educação

Se os homens são dotados de um valor semelhante, imposto como medida de prudência moral nas sociedades democráticas, é forçoso compreender que a dignidade humana não pode admitir equivalentes, ou seja, possui unicamente uma dimensão qualitativa e jamais quantitativa, daí que um indivíduo jamais poderá gozar de mais ou menos dignidade do que outro (PEQUENO, 2005, p.160).

Desta forma, o reconhecimento de que todos os homens são universalmente dignos não há, então, de levar em conta as particularidades de cada um, uma vez que, admitindo a

existência de uma comunidade moral da qual todos fazem parte, não se poderia aceitar que a inclusão ou exclusão dessa comunidade se desse a qualquer momento em razão dos méritos ou deméritos pessoais. Daí por que defende Rabenhorst (2001, p.41) que o fato de os patifes ou párias não reconhecer o valor dos outros indivíduos não autoriza a coletividade a negar-lhes esse mesmo valor – vez que são igualmente partes da comunidade moral – podendo a sociedade, no máximo, puni-los por seus comportamentos desviantes, preservando o respeito às suas dignidades.

Ensina Carvalho (2001, p.161-177) que, nesse sentido, o advento da Constituição de 1988 e o reconhecimento formal expresso da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, representou não só a opção por um modelo penal garantista – limitador do poder punitivo estatal – mas possibilitou também um profundo redimensionamento na execução penal, de forma que ao prisioneiro fora atribuída a condição de sujeito de direitos.

Mas o que significa dizer que o preso é um sujeito de direitos?

Sem a pretensão de esgotamento do debate acerca da questão proposta, da teoria jurídica tem-se que o direito pode ser entendido tanto como o conjunto de normas vigentes em dada sociedade (direito objetivo), quanto como uma faculdade, poder, imunidade, prerrogativa ou privilégio (direito subjetivo) (RABENHORST, 2001, p.56).

Portanto, a ideia de sujeito de direitos está relacionada com o direito tomado enquanto prerrogativa, de forma que ter um direito significa ter a prerrogativa de exigir a obrigação correspondente a esse direito. Ou ainda, ter um direito é ser beneficiário de certos deveres alheios, de maneira que ter um direito é ter razões pelas quais outros se tornam responsáveis por obrigações correspondentes (VIEIRA, 2006, p.19).

Temos direitos a coisas distintas, como educação, saúde, propriedade, liberdade de expressão, voto ou prestação jurisdicional. Para cada um desses direitos existirão distintas formas de deveres. Nesse sentido, é muito difícil falar em direito sem imediatamente pensar em uma ou várias obrigações. Destaque-se, ainda, que para cada um

desse direitos há distintas pessoas ou instituições que estarão obrigadas a respeitá-los ou garanti-los. Há direitos que obrigam apenas uma pessoa, como os derivados de um contrato. Outros obrigam o Estado, como o direito à educação básica, expresso em nossa Constituição (VIEIRA, 2006, p.20).

Diante do exposto, o acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da execução das penas no Brasil e a elevação do preso à condição de sujeito de direitos impõem que, salvo as restrições peculiares e inerentes ao instituto da prisão, quais sejam, a liberdade de locomoção (o direito de ir, de vir, de restar e/ou de permanecer) e o exercício dos direitos políticos, devem ser resguardados aos prisioneiros todos os direitos e garantias decorrentes de sua humana condição (JUNQUEIRA, 2005, p.62).

Assim, dispõem de maneira análoga o Código Penal, a Lei de Execuções Penais do Brasil e a Resolução nº. 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (que fixou as regras mínimas para o tratamento de prisioneiros no país), em seus artigos 38, 3 e 3, respectivamente:

O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Com efeito, afirma Junqueira (2005, p.15) que jamais se poderia aceitar qualquer tentativa de se proceder à desconsideração da dignidade de homens e mulheres no seio do sistema punitivo, uma vez que os submetidos à privação da liberdade não foram excluídos do merecido respeito aos seus direitos humanos, até porque são estas mesmas prerrogativas invioláveis e irrenunciáveis, sendo forçoso admitir que a justificativa do cometimento de um delito não é argumento suficientemente capaz para descaracterizar o preso enquanto ser humano e inviabilizar seus direitos daí decorrentes.

Daí, conforme ensina Rifiotis (2007, p.239), a noção de sujeito de direitos corresponde à responsabilidade do Estado em garanti-los, sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais, como ocorre com o direito à educação e, nesse cenário, defende Gadotti (2009, p.17-19) que a educação, enquanto um direito humano decorrente da dignidade, deve ser assegurada pelo Estado, estabelecendo como prioridade a atenção aos grupos sociais mais vulneráveis, aí incluídas as pessoas privadas da liberdade.

Seja pela crença moral numa qualidade inata presente em todos os homens e que tem no processo educativo a garantia de seu desenvolvimento, seja pelo exposto reconhecimento nos textos normativos nacionais e internacionais, é a educação um direito humano e, como tal, extensível a todas as pessoas, sem qualquer distinção.

Nessa perspectiva, é forçoso admitir que o cometimento de um crime não é suficiente para extirpar a humana condição, de forma que o aprisionamento de um sujeito não o descaracteriza como ser humano, permanecendo ele titular dos direitos daí decorrentes.

Por tudo isso, é a educação um direito também dos indivíduos privados da liberdade. É o que afirma o *Manual de la Educación Básica en los Establecimientos Penitenciarios* da UNESCO de 1994, ao dispor que

la educación se reconoce ahora como una necesidad humana básica y como un derecho humano. En consecuencia, puede arguirse que el encarcelamiento, aunque se considere un castigo justificado, no debe llevar consigo una privación adicional de derechos (...) entre los que figura el derecho a la educación.

No plano internacional, todos os documentos relativos à garantia do direito à educação como um direito humano aplicam-se aos aprisionados, contudo, de maneira específica, o documento de maior relevância acerca do direito à educação de presos são as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, adotadas pelas Nações Unidas em 1957. Em seus itens 40 e 77, dispõe que cada estabelecimento prisional deverá ser dotado de uma biblioteca, devendo os apenados ser estimulados a utilizá-la, e que os Estados deverão adotar medidas para melhorar a educação de todos os indivíduos privados de

liberdade, de forma integrada aos sistemas educacionais de cada país, para que, após a libertação, a continuidade do ensino seja facilitada.

No Brasil, o direito à educação do preso está disciplinado de maneira direta ou transversal na Constituição Federal, no Código Penal (Lei 2.848/40 e posteriores alterações), na Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84), nas resoluções e orientações do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) e de maneira particular nos textos normativos penitenciários de cada unidade da federação, tendo em vista a descentralização da execução penal no país por força da competência concorrente entre União e Estados para legislar em matéria de direito penitenciário (CF/88 Art. 24, I).

Assim, a carta magna de 1988, ao contemplar em seu artigo 205 o princípio da universalidade do direito à educação, contemplou necessariamente os indivíduos em privação de liberdade. No mesmo sentido, o artigo 38 do Código Penal dispõe que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”, e, de maneira análoga, a Lei de Execuções Penais traz no bojo de seu artigo 3º que “ao condenado e ao internado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Sob o título de “assistência educacional”, o legislador pátrio contemplou ainda, na Lei de Execução Penal (7.210/84), o disciplinamento do direito à educação do preso no ordenamento jurídico brasileiro, admitindo, em seu artigo 10º, sua importância nas funções de prevenção do crime e orientação do retorno do apenado à convivência em sociedade, a saber,

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo Único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos. (...)

Art. 41. Constituem direitos do preso: (...) XV - Contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. (...)

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva. (...)

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: (...) II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução.

No que diz respeito ao direito à remição da pena pelo estudo, até o advento da Lei nº. 12.433/2011, não havia no país legislação própria disciplinando o tema, e as questões eram apreciadas de maneira análoga ao instituto da remição pelo trabalho, consoante Súmula nº. 341 do STJ, dispondo que “[...] a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”. Com a nova legislação, que alterou a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 126 e seguintes, o condenado que cumpre pena em regime fechado, aberto, semiaberto, ou o que usufrui de liberdade condicional, passou a ter o direito de remir pelo estudo, parte do tempo de execução de sua pena, na proporção de um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar (ensino fundamental, médio, superior ou de qualificação profissional), divididas em, no mínimo, três dias distintos, podendo as atividades ser desenvolvidas na modalidade presencial ou a distância.

5. A política brasileira de educação em prisões

A educação nos presídios brasileiros já acontece e não é recente, havendo registros de sua existência já nos anos 60, com ofertas de ensino em quase todas as unidades da federação. Se nessa época as práticas

educativas nas prisões nacionais eram difusas, localizadas e residuais, atualmente esse cenário tem se alterado positivamente, e vive-se um novo quadro na agenda política nacional.

Em consonância com o movimento de universalização dos direitos humanos pós-declaração de 1948, bem como com as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, elaboradas por ocasião do 1º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, de Genebra 1955, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária fixa, pela Resolução nº. 14 de 1994, as Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil, reservando capítulo específico para orientações quanto ao direito à assistência educacional de indivíduos privados da liberdade. No mesmo ano, a Lei Complementar nº. 79 institui o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com a finalidade de proporcionar recursos e meios de financiamento aos programas de modernização do sistema penitenciário brasileiro. Regulamentado pelo Decreto nº. 1.093 de 03 de março, dispõe que os recursos do FUNPEN deverão ser aplicados, dentre outras finalidades, na formação educacional e cultural do preso e do internado, mediante cursos curriculares de 1º e 2º graus ou profissionalizantes de nível médio ou superior.

Outro importante passo rumo a uma política de educação prisional nacional no Brasil foi o lançamento do Programa Nacional de Direitos Humanos em 1996. Dentre os objetivos a serem executados a médio prazo, o programa propõe: “promover programas de educação, treinamento profissional e trabalho para facilitar a reeducação e recuperação do preso.”

Mais tarde, com vistas à implementação dos compromissos firmados por ocasião da Declaração de Hamburgo de 1997, elaborada como produto da 5ª Conferência Internacional sobre Educação de Jovens e Adultos, a mobilização brasileira no sentido de uma proposta nacional de educação nas prisões ganha força em 2001, quando da instituição do Plano Nacional de Educação, um conjunto de metas a serem implementadas nas diferentes esferas de governo num prazo de dez anos, que, corrigindo a omissão da Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996, incluiu expressamente, dentre seus objetivos, implantar, em todas as unidades prisionais e nos estabelecimentos que atendam adolescentes e jovens infratores, programas de formação profissional e de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio.

No ano de 2005, inicia-se um processo de articulação entre o Ministério da Educação e o Ministério da Justiça para construir uma estratégia comum para a execução de projetos educacionais no contexto

penitenciário brasileiro, que constituiu um marco para as políticas de educação prisional no país. Naquele ano, foi implantado o projeto Educando para a Liberdade, desenvolvido em parceria com a UNESCO e patrocinado pelo governo do Japão, cuja proposta era não apenas ampliar a oferta de educação para a população carcerária, mas contribuir para a restauração da autoestima e para a reintegração do preso à sociedade. Dentre os pontos positivos do projeto Educando para a Liberdade, tem-se que, a partir dele, a aproximação entre os ministérios possibilitou a inclusão da educação prisional nos programas educacionais nacionais, a exemplo do Programa Brasil Alfabetizado (PBA), do Programa Universidade para Todos (PROUNI), do Programa Nacional de Inclusão de Jovens (PROJOVEM), do Programa Nacional de acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC), dentre outros.

Dois anos depois do Educando para a Liberdade, é instituído através da Lei nº. 11.530 e posteriormente alterado pela Lei nº. 11.707/2008 o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), uma iniciativa do Ministério da Justiça em cooperação com os estados, municípios e o Distrito Federal, no sentido da prevenção, controle e repressão da criminalidade, articulando ações de segurança pública e políticas sociais.

Em conformidade com as diretrizes da humanização e reestruturação do sistema prisional, o PRONASCI introduz dentre suas metas a “ressocialização dos indivíduos que cumprem penas privativas de liberdade e egressos do sistema prisional, mediante implementação de projetos educativos (...)”. No mesmo ano, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária elabora o Plano Nacional de Política Penitenciária 2007, um conjunto de orientações destinadas aos órgãos responsáveis pela administração penitenciária no país, dentre as quais o estímulo à instrução escolar e à formação profissional de presos nos estabelecimentos penais estaduais e federais.

Corroborando a tentativa de implementação de uma nova era para a segurança pública no Brasil, e conseqüentemente para a educação prisional enquanto política pública prioritária, em 2008 o Departamento Penitenciário Nacional, objetivando integrar as esferas federal e estadual em direção ao cumprimento da Lei de Execuções Penais e das diretrizes da política criminal emanadas do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, lança o Plano Diretor do Sistema Penitenciário Brasileiro, que contempla dentre suas metas a educação e profissionalização de apenados e a manutenção de bibliotecas nos estabelecimentos prisionais.

Em março de 2009, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, através da Resolução nº. 3, lança as Diretrizes Nacionais para a Oferta de Educação nos Estabelecimentos Penais, estabelecendo dentre outras coisas que a gestão da educação no contexto prisional brasileiro deve permitir parcerias com outras áreas de governo, universidades e organizações da sociedade civil, com vistas à formulação, execução, monitoramento e avaliação de políticas públicas de estímulo à educação nas prisões e que as autoridades responsáveis pelos estabelecimentos penais devem propiciar espaços físicos adequados às atividades educacionais.

Como parte integrante desse intenso processo de reestruturação da segurança pública e do sistema penitenciário brasileiro, em agosto de 2009 o Ministério da Justiça realiza a 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública (CONSEG), evento que contou com considerável mobilização e participação tanto dos profissionais e gestores da segurança, quanto da sociedade civil, e que propunha a elaboração de princípios e diretrizes para orientar a política nacional de segurança pública. A 1ª CONSEG, que incluiu dentre os seus eixos temáticos a discussão acerca das diretrizes para o sistema penitenciário, dentre as quais a escolarização de apenados como instrumento de promoção da integração social e da cidadania, aprova, em seu caderno de propostas final, que o poder público deve “efetivar todas as políticas socioeducativas e profissionalizantes durante o tempo de execução da pena (...)”.

Já no mês de maio de 2010, o Conselho Nacional de Educação, mediante a Resolução nº. 2, fixa as Diretrizes Nacionais para Oferta de Educação para Jovens e Adultos Privados de Liberdade, estabelecendo que a educação nas prisões do Brasil deverá estar associada às ações complementares de cultura, esporte, inclusão digital, educação profissional, fomento à leitura e a programas de implantação, recuperação e manutenção de bibliotecas destinadas ao atendimento à população privada de liberdade, inclusive as ações de valorização dos profissionais que trabalham nesses estabelecimentos.

Já no ano de 2011, é lançado o Plano Estratégico de Educação no Sistema Prisional que, além de fixar competências concorrentes entre Ministério da Educação e Ministério da Justiça na garantia da educação em prisões, disciplinou o Plano de Ações Articuladas (PAR), como instrumento de transferência de recursos federais para que os Estados desenvolvessem suas políticas públicas de educação nos presídios e elaborassem os Planos Estaduais de Educação em Prisões.

Apesar dos esforços em nível federal, é fato que dados do Ministério da Justiça revelam o enorme abismo que as políticas de educação prisional no Brasil ainda precisam enfrentar. Em dezembro de 2011, o país tinha uma população carcerária de 514.582 apenados, dos quais 76% não possuíam ensino fundamental completo, e apenas 10,7% participavam de alguma atividade educativa. Porém, a inserção da educação prisional na agenda da política criminal brasileira aponta para a construção de efetivas possibilidades no que diz respeito à prestação educacional no contexto penitenciário nacional.

6 Educação em prisões como possibilidade

À primeira vista, pensar a educação desenvolvida no interior das instituições prisionais é um paradoxo, pois trata-se, em outras palavras, de um exercício de reflexão acerca das contradições existentes entre a humanização e a desumanização do homem (BUENO, 2007, p.7).

Por um lado, há certa tendência em entender que os processos educacionais na prisão estão fadados ao insucesso total, visto que, considerando o espaço social que tal instituição vem ocupando ao longo da história, tem-se identificada uma estrutura disciplinar exaustiva que se utiliza de técnicas repressivas e autoritárias para, em última instância, retirar do homem privado de liberdade qualquer significado para sua vida. Contudo, como ensina Bueno (2007, p.8), não se pode deixar de ponderar que, se do ponto de vista dos governos, dos órgãos e instituições oficiais, e mesmo da sociedade civil, as experiências de educação no cárcere – ainda que pequenas e localizadas – pareçam pouco relevantes quando postas em face do conjunto desumanizador que compõe o contexto prisional, para o sujeito aprisionado, segregado, a escola da prisão constitui-se como o único espaço em que o rótulo de criminoso pode ser amenizado, um lugar de afirmação de sua humana condição.

Embora a incompatibilidade entre a educação e a prisão seja intrínseca, é certo que o poder não se exerce sem que, ao seu lado e a partir dele, se constituam, a todo momento, formas de resistência, de forma que viver a experiência educativa no contexto do cárcere talvez venha a ser uma das mais completas formas de resistência constituíveis nos espaços mortificados da prisão (TEIXEIRA, 2010, p.78).

Explica Onofre (2007, p.19) que, na prisão, a sobrevivência do indivíduo depende de sua capacidade de dissimular, mentir e conter-se, de maneira que, em seus discursos, são comuns as avaliações positivas

de qualquer atividade assistencial da qual participe⁴. No mesmo sentido, Santos (2007, p.103) destaca que, nas palavras dos internos, há sempre a preocupação com a imagem perante o sistema social da prisão, e por isso ele tende a proceder e externar não o de que realmente gosta ou que pensa, mas o que reclama o ambiente carcerário.

Daí que, em princípio, o prisioneiro não tem consciência da função histórica da escola e de seu papel na construção da cidadania, e seu objetivo primeiro ao frequentar as aulas é acatar as regras da penitenciária com vistas à obtenção de um parecer positivo que facilite sua saída do estabelecimento ou certo grau de aproximação com a equipe funcional do presídio que venha a lhe conferir algum tipo de regalia. É o que confirma Silva (2010, p.31), ao relatar que, quando do início do projeto “Leitura Ativa”, trabalho de incentivo à leitura, desenvolvido desde o ano de 2005 em estabelecimentos penitenciários do Estado de São Paulo, todas as atividades eram praticadas pelos detentos como obrigações, ou como forma de obter algum benefício jurídico, sem que houvesse prazer em sua execução.

Num segundo momento, a frequência às aulas é motivada por elementos que fazem parte da dinâmica carcerária, como a possibilidade de trocar o material escolar por cigarros ou outras drogas, ou ainda, a possibilidade de sair da cela e ir a um espaço onde possa se distrair, ocupando a mente e o tempo com coisas úteis, uma vez que a escola se verifica como um espaço diferenciado no interior da prisão, cujas relações e procedimentos existentes são diferenciados em relação ao cotidiano prisional (SANTOS, 2007, p.104). Isto posto, explica Onofre (2007, p.20):

Existe entre os aprisionados um sentimento de tempo perdido, destruído ou tirado de suas vidas, e que pode se configurar como o motivo que os leva à escola. A volta à sala de aula oferece a muitos deles a possibilidade de poder sair da cela, distrair a mente e ocupar seu tempo com coisas úteis (...) A escola, portanto, além de ser uma ocupação, proporciona-lhes a possibilidade de se relacionarem com o mundo externo. Ali, eles têm contato com práticas e opiniões externas às do mundo prisional, que é carregado de símbolos relacionados ao mundo do crime. Nesse sentido, estão colocando a escola como

⁴Pesquisa realizada junto a alunos presos de uma penitenciária do interior de São Paulo.

alternativa de ocupação da mente com “coisas boas”. Trata-se de uma forma de resistir às pressões que o sistema penitenciário exerce sobre os indivíduos e que acabam reforçando a prática do crime, em vez de ajudá-los a reintegrarem-se socialmente (ONOFRE, 2007, p.20).

Com o passar do tempo, no decorrer da própria dinâmica escolar, os padrões impostos pela subcultura social carcerária vão deixando de prevalecer, e, aos poucos, o valor da escola na prisão vai assumindo novos significados, que vão desde a sensação de segurança até uma perspectiva de melhoria de vida quanto do retorno à liberdade (LEME, 2007, p.117)⁵.

Analisando resultados referentes à pesquisa realizada junto a alunos-presos de uma penitenciária masculina do Estado da Paraíba, Silva (2010, p.128-129) descreve que a relevância da educação na prisão foi presente no discurso de todos os prisioneiros entrevistados, cujas justificativas mais frequentes para o acompanhamento das aulas foi a possibilidade de conhecer melhor o mundo, aumentar a capacidade pessoal de se expressar e melhor interagir com os outros e manter-se afastado da criminalidade e dos pensamentos criminosos.

No mesmo sentido, em pesquisa realizada entre os anos de 2004 e 2006, nas unidades prisionais do Estado do Paraná, Queluz (2006, p.36) revela que, para os prisioneiros, a escola no cárcere é vista como um local para conhecer um mundo nunca antes conhecido, relacionar-se com outras pessoas não detidas, refletir sobre si mesmo, acalmar-se, fazer amizades, ouvir e ser ouvido e, finalmente, ser tratado como humano.

Considerando que a prisão é a expressão típica de uma instituição total – onde todos os aspectos da vida do prisioneiro são controlados diuturnamente – e que a violência é endêmica às relações que se operam no cotidiano de sua subcultura social; outro aspecto positivo atribuído à escola prisional é a de constituir-se como um espaço onde o apenado pode se sentir seguro. Com efeito, as dores do aprisionamento não se esgotam na perda da liberdade física e contemplam também uma série de frustrações e privações que provocam no indivíduo sentimentos de ansiedade e insegurança, e, nessas circunstâncias, Onofre (2007, p.20) apresenta que o prisioneiro aponta a escola como um local onde se sente

⁵Resultados de pesquisa realizada junto aos alunos-presos da penitenciária I de Franco da Rocha, São Paulo.

mais livre, onde pode conversar com colegas de outros pavilhões e com professores, podendo estabelecer relações de confiança recíproca.

Em sentido análogo, complementa Leme (2007, p.146):

No espaço da “cela de aula”, existe uma trégua entre os prisioneiros. As normas e regras do raio (local onde se encontram as celas e o pátio interno, espaços onde os prisioneiros convivem a maior parte do tempo) ganham maior tolerância. Existe respeito e, muitas vezes, as palavras ditas ali recebem uma conotação diferente, ou seja, existe uma disposição maior para serem toleradas.

O aprendizado ou aperfeiçoamento da leitura e da escrita também aparecem como elementos significativos para a escola na prisão; ler e escrever no contexto penitenciário torna-se fundamental para o preso, na medida em que implica a superação de uma condição de dependência e vulnerabilidade, pois favor é dívida, e dívida é risco (SANTOS, 2007, p.105). Assim, com esses conhecimentos, é possível comunicar-se com familiares e advogados mediante cartas ou bilhetes, entender e assinar documentos ou, ainda, acompanhar o desenvolvimento de seus processos criminais, o que significa, segundo Onofre (2007, p.21), conquistar liberdade, autonomia, privacidade e consciência de direito. No mais, através da leitura os prisioneiros podem se manter atualizados e informados em relação às ocorrências do “mundo externo”.

Tem-se ainda, conforme ensina Paiva (2007, p.49) que a leitura literária, pelo universo ficcional que constrói, pode contribuir para fortalecer os vínculos do prisioneiro com a realidade, exilando os sujeitos, durante as horas de leitura, do mundo da prisão, em que a docilidade dos corpos e a submissão passam a ser a resposta duramente aprendida por homens e mulheres que, além da liberdade, acabam por perder a identidade.

A importância da educação para os prisioneiros também está associada à ideia de boas maneiras. Como resultado de suas pesquisas, Leme (2007, p.155) apresenta que os prisioneiros, em suas falas, demonstraram que o espaço da sala de aula seria importante no sentido de ensinar-lhes a comportarem-se melhor, a serem educados.

Para o prisioneiro, o sonho da liberdade é a única força motora, de forma que todos os seus pensamentos e ações giram em torno dele. Nesse

sentido, relata Onofre (2007, p.22) que, em seus depoimentos, os detentos apontaram a instituição escolar como um local onde poderiam aproveitar o tempo para adquirir conhecimentos e tentar ascender socialmente, havendo referências à educação escolar como possibilidade de, quando livres, galgarem posições sociais diferentes das que ocupavam em momento anterior ao aprisionamento. Esperam alcançar por meio dela, como relata Leme (2007, p.154), uma condição melhor, que significa abandonar o mundo do crime e adentrar ao “mundo de lá”. Isto posto,

Quaisquer que sejam os papéis possíveis apontados para a escola – preencher o tempo, distrair a mente, sair das celas, conquistar benefícios jurídicos, aprender a ler, escrever e fazer contas, ser aprovado nas provas – ela é percebida pelos alunos como algo positivo dentro da penitenciária. É um lugar onde vivem experiências numa situação de interação, em que existe a possibilidade de respeito mútuo, de troca e cooperação, o que contribui para que a pena possa ser vivida de maneira mais humana (...). A escola, visto ser apontada como local de comunicação, de interações pessoais, onde o aprisionado pode se mostrar sem máscaras, afigura-se, portanto, como oportunidade de socialização, na medida em que oferece ao aluno outras possibilidades referenciais de construção de sua identidade e de resgate da cidadania perdida (ONOFRE, 2007, p.25-27).

Analisando a questão a partir de outra perspectiva, Julião (2007, p.37-48) explica que a importância da educação nos presídios é verificada não só para a figura do preso, mas também para a própria sociedade, uma vez que vem ao encontro de duas finalidades privilegiadas por esta: coibir a ociosidade nos presídios – que tende a ser considerada como sinônimo de reincidência, estímulo à impunidade e conseqüentemente disseminadora da sensação de insegurança coletiva – e dar ao condenado a oportunidade de dispor de alguma atividade profissional quando posto novamente em liberdade para qual seja exigido um mínimo de escolarização.

A escola nos presídios teria assim uma grande responsabilidade na formação de cidadãos, não só no que diz respeito aos benefícios da

instrução escolar e fortalecimento da autoestima dos reclusos, mas, sobretudo, operando a conscientização de direitos e deveres, possibilitando assim um processo de modificação capaz de melhorar a visão de mundo dos prisioneiros através de um senso crítico que auxilie no entendimento do valor da liberdade e do trabalho, na melhoria do comportamento dentro da instituição prisional e na criação de oportunidades quando do reingresso na sociedade.

Com efeito, ensina Santos (2007, p.106-107) que tanto a sociedade quanto a sociedade dos cativos mantêm expectativas positivas em relação à instituição escolar prisional, como a socialização do conhecimento, a mediação para a cidadania e o preparo dos indivíduos para a vida social, e complementa:

Por isso, ainda que localizada em ambiente violento, repressor e de isolamento, a escola tem um papel a desempenhar. Dessa instituição, espera-se a valorização da autonomia do interno, a problematização de sua existência e a promoção da dignidade dos que ali comparecem, sendo propostas diferentes da operação carcerária. A escola da prisão não precisa funcionar nos mesmos moldes da dinâmica prisional, podendo, então, desempenhar um papel primordial no resgate da condição de cidadão (...) Nesse sentido, quaisquer que sejam as funções atribuídas à escola da prisão, os detentos têm dela expectativas positivas; sendo um lugar de vivências interativas, de respeito mútuo, de cooperação e que, no limite, contribui para tornar a pena privativa de liberdade menos dolorida.

Daí por que é a “cela de aula” um espaço privilegiado no interior das unidades penitenciárias, um lugar em que a condição atual e desfavorável do homem preso se vê afrontada por uma possível e promissora condição futura, e por mais que se apresente como um cenário utópico, “por meio dela busca-se recuperar o tempo perdido, vislumbra-se um mundo, até o momento, inatingível” (LEME, 2007, p.147). Não se trata de transformar criminosos em não criminosos, mas de contribuir para a autonomia dos prisioneiros de modo que possam visualizar alternativas para a vida que não exclusivamente o mundo do crime, uma vez que, em grande parte das vezes, inseriram-se no contexto da criminalidade por falta de acesso a outros contextos.

Seguindo uma lógica completamente oposta à da prisão, a educação contribui para a emancipação do ser humano e para o desenvolvimento de suas potencialidades, como a reflexão, a autonomia, a iniciativa, o diálogo, a crítica etc., permeada por uma relação afetiva e de respeito mútuo entre os sujeitos (YAMAMOTO, 2010, p.82). É, portanto, uma alternativa para a construção/resgate da autoestima, da capacidade produtiva e reflexiva dos apenados, bem como a devolução de direitos básicos do homem, como o sentimento de pertencimento à raça humana (LIMA, 2010, p.93).

Há um aspecto muito particular na relação entre educação e privação da liberdade e que não se confunde com a mágica de uma mobilidade social ou de uma vida digna dentro ou fora da prisão: a possibilidade de sonhar novamente, tomar suas próprias decisões e reconhecer-se novamente como ser humano (GRACIANO e SCHILLING, 2008, p.127).

Assim, tem-se que a contribuição da educação para o homem aprisionado, ou ainda, o alcance esperado da prática educativa carcerária contempla duas dimensões: a primeira, imediata, é verificada quando da possibilidade de um parecer criminal favorável, um melhor relacionamento com funcionários, a oportunidade de ocupar o tempo ocioso, a sensação de segurança que o espaço-escola proporciona, o aprendizado da leitura e da escrita e a capacidade de acompanhar o andamento processual, ou mesmo a possibilidade de trocar o material escolar por outros artigos de que o prisioneiro necessite; a segunda dimensão, mediata, afeta o mundo dos desejos e impressões, e surge quando da perspectiva de melhoria das condições de vida quando do retorno à liberdade, da sensação de estar entendendo seu contexto e as “coisas do mundo”, da percepção de afastamento da realidade criminosa e, finalmente, do sentimento de resgate da liberdade pessoal.

Portanto, ao se buscar o que pode fazer a educação no espaço prisional, chega-se ao paradoxo: tornar novamente livre o ser humano aprisionado que, se do ponto de vista retórico soa como um absurdo incomensurável, na realidade deletéria dos cárceres significa possibilitar ao preso um novo sentido de vida.

Referências

ALBERGARIA, Jason. Manual de direito penitenciário. Aide, Rio de Janeiro, 1993.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Freitas Bastos. 2. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BUENO, José Geraldo Silveira. *Apresentação*. In: ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. *Educação escolar entre as grades*. São Carlos: EduFSCar, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CLAUDE, Richard Pierre. *Direito à educação e educação para os direitos humanos*. Revista Internacional de Direitos Humanos, ano 2, n 2, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.

FREIRE, Paulo. *Cartas à Guiné-Bissau*: registros de uma experiência em processo. 3. ed, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

_____. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

GABRIEL, Diana. *(De) Formação de adultos em contexto prisional*: um contributo. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto, Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação, Porto, 2007. Disponível em: <<http://repositorio.up.pt/aberto/bitstream/10216>

/13479/2/Deformao%20de%20adultos%20em%20contexto%20prisio
nal.pdf>. Acesso em: 11 out.2009.

GADOTTI, Moacir. *Educação de adultos como direito humano*. São Paulo: Instituto Paulo Freire, 2009.

GADOTTI, Moacir. Palestra de encerramento. In: MAIDA, M. J. D. (Org.). *Presídios e educação*. São Paulo: FUNAP, 1993, p. 121 – 148.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

GRACIANO, Mariângela ; SCHILLING, Flávia. A educação na prisão: Hesitações, limites e possibilidades. *Revista Estudos de Sociologia*. Araraquara: v.13, n. 25, 2008, p.111 – 132.

HADDAD, Sérgio. Apresentação. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. *A educação entre os direitos humanos*. São Paulo: Ação Educativa, 2006.

IBÁÑEZ, Enrique del Acebo; BRIE, Roberto J. *Diccionario de sociologia*. Buenos Aires: Claridad, 2001.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. As políticas de educação para o sistema penitenciário: análise de uma experiência brasileira. In: ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. *Educação escolar entre as grades*. São Carlos: Edufscar, 2007, p. 29 – 50.

_____. *Educação de jovens e adultos em situação de privação de liberdade: desafios para a política de reinserção social*. Revista de educação de jovens e adultos, v.2 n.1, p.1 – 116, abril, 2008.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. *Dos direitos humanos do preso*. Lemos e Cruz, 2005.

LEME, José Antônio Gonçalves. A cela de aula: tirando a pena com letras – uma reflexão sobre o sentido da educação nos presídios. In: ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. *Educação escolar entre as grades*. São Carlos: Edufscar, 2007, p. 111 – 160.

LIMA, Marizângela Pereira de. A educação no contexto do cárcere. In: YAMAMOTO, Aline et al. (org.). *Educação em Prisões*. São Paulo: Alfasol, 2010.

MALAQUIAS, Josinaldo. *Poder e socialidade: o contexto penitenciário paraibano*. Bauru: Edusc, 2008.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NACIONES UNIDAS. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS EN VIENA. INSTITUTO DE EDUCACIÓN DE LA UNESCO. *La educación básica em los establecimientos penitenciários*. S.95. IV.3, Hamburgo, 1994. Disponível em: <<http://www.unesco.org/education>>. Acesso em: 02 maio 2009.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. Escola da prisão: espaço de construção da identidade do homem aprisionado? In: ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. *Educação escolar entre as grades*. São Carlos: Edufscar, 2007, p. 11 – 28.

ORTIZ, Maria Elena Rodriguez. Apresentação. In: ORTIZ, Maria Elena Rodriguez. *Justiça social: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: DP&A. 2004.

PAIVA, Jane. Conteúdos e metodologia: a prática docente no cárcere. *Boletim EJA e educação prisional*, Salto para o futuro, 2007.

PEQUENO, Marconi. Filosofia dos Direitos humanos. In: TOSI, Giuseppe (org.). *Direitos humanos: história, teoria e prática*. João Pessoa: Universitária UFPB, 2005.

_____. Sujeito, autonomia e moral. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al. *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Universitária UFPB, 2007.

QUELUZ, Emerson Lemke. *Cela de Aula: Espaço de ensino-aprendizagem*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

_____. O valor da pessoa humana e o valor da natureza. In: FILHO, Agassiz de Almeida ; MELGARÉ, Plínio. *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIFIOTIS, Theophilos. Sujeito de direitos e direitos do sujeito. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al. *Educação em Direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Universitária UFPB, 2007.

SALLA, Fernando. *As prisões em São Paulo: 1822 – 1940*. São Paulo: ANNABLUME, 1999.

SANTOS, Sílvio dos. A educação escolar na prisão sob a ótica dos detentos. In: ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. *Educação escolar entre as grades*. São Carlos: EduFSCar, 2007.

SCARFÓ, Francisco José. El derecho a la educación em las cárceles como garantía de la educación em derechos humanos. *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 36, Costa Rica, jul./dez. 2003.

SILVA, Mazukyvicz Ramon Santos do Nascimento. *Educação de presos na Penitenciária de Segurança Máxima Criminalista Geraldo Beltrão: diagnóstico de uma experiência*. Trabalho Monográfico apresentado ao Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da UFPB. João Pessoa: 2010.

TEIXEIRA, Alessandra. Mulheres encarceradas e o direito à educação: entre iniquidades e resistências. In: YAMAMOTO, Aline et al. (org). *Educação em Prisões*. São Paulo: Alfasol, 2010.

THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Forense, 5 ed, Rio de Janeiro, 2002.

TOSI, Giuseppe. História conceitual dos direitos humanos. In: TOSI,

Giuseppe (org.). *Direitos humanos: História, teoria e prática*. João Pessoa: Universitária UFPB, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

YAMAMOTO, Aline. Prisão e educação: lógicas incompatíveis? In: YAMAMOTO, Aline et al. (org). *Educação em Prisões*. São Paulo: Alfasol, 2010.

ZOLO, Danilo. Filosofia das penas e instituições penitenciárias. *Verba Juris*. Anuário da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 1, n. 1, jan./dez. 2002, p.22 – 38.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL COLETIVA

Gustavo Donizete da Matta Ferreira
Procurador no Município de Uberaba

Marcelo Henrique Matos Oliveira
Professor de Direito na FUCAMP

Resumo

Trata-se da análise da competência jurisdicional coletiva no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Discutem-se os problemas advindos do sistema processual civil clássico, eminentemente individualista, que não se adapta com perfeição às lides coletivas, acarretando restrição à defesa dos direitos transindividual. Após análise das posições doutrinárias sobre tema, foi apresentada a solução que mais se coaduna com os anseios sociais e jurídicos, mormente por propiciar uma tutela efetiva desses novos direitos.

Palavras-chave: Direitos Coletivos. Competência. Competência Jurisdicional Coletiva

Abstract

It is the collective analysis of jurisdiction under the Brazilian legal system. We discuss the problems arising from the civil procedure system classic, eminently individualistic, that does not fit perfectly to the collective labors, causing restriction of rights transindividual. After analysis of the doctrinal positions on topic, was presented the solution that best fits with the legal and social concerns, especially as it provides an effective protection of these new rights.

Keywords: Collective Rights. Competence. Jurisdiction Collective

1 Introdução

As profícuas modificações legislativas ocorridas no sistema processual pátrio, mormente a partir de 1985, introduziram novos instrumentos de tutela coletiva até então desconhecidos no regime de 1973. Atualmente, é inegável que o processo coletivo é instrumento de

efetividade de novos direitos, contudo, mesmo decorridos quase três décadas da “primeira onda reformista”, esta ainda se mostra fértil às divergências entre os doutos e os tribunais superiores. Dessa forma, o artigo apresentado, sem nenhuma pretensão de esgotar o assunto, visa a analisar a competência territorial estabelecida na Lei de Ação Civil Pública, trazendo à tona a discussão acerca da inviabilização do acesso à justiça em se prevalecendo a interpretação literal do artigo 93 do CDC quanto ao dano de âmbito nacional.

2 Competência Jurisdicional Coletiva

No âmbito do processo civil clássico, a competência nas demandas de cunho reparatório ou condenatório utiliza-se, em regra, do critério territorial. Portanto, assume caráter relativo, podendo ser modificada pela conexão ou continência.

Todavia, tais premissas não se aplicam ao processo coletivo. A lei estabeleceu regras específicas de competência para as ações civis públicas ou coletivas, com o objetivo de facilitar a defesa dos direitos transindividuais em juízo.

No caso dos direitos difusos ou coletivos, as demandas deverão ser propostas no foro do local onde ocorreu o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa¹. O escopo dessa norma é possibilitar melhor instrução e colheita de provas, permitindo que o juiz que teve mais contato com o dano julgue os pedidos.

Nesse sentido leciona José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.40):

A opção do legislador fundou-se em que o juízo local é o que tem maior facilidade de coletar os elementos de prova necessários ao julgamento do litígio. Estando próximo ao local onde ocorrer o dano, poderá o juiz melhor apreciar as

¹No mesmo sentido é o entendimento do STJ: “Em síntese, qualquer que seja o sentido que se queira dar à expressão “competência funcional”, prevista no art. 2º, da Lei 7.347/1985, mister preservar a vocação pragmática do dispositivo: o foro do local do dano é uma regra de eficiência, eficácia e comodidade da prestação jurisdicional, que visa a facilitar e otimizar o acesso à justiça, sobretudo pela proximidade física entre juiz, vítima, bem jurídico afetado e prova. E, se é assim, a competência posta nesses termos é de ordem pública e haverá de ser absoluta – inderrogável e improrrogável pela vontade das partes.” (STJ, Resp. 1.057.878, Min. Herman Benjamin, Dje 21/08/2009).

causas, a autoria, os elementos de intencionalidade e as consequências dos atos ou fatos danosos, possuindo adequadas condições para decidir sobre a *res deducta*.

O artigo 2º da Lei de Ação Civil Pública², ao dispor sobre a competência pelo local do dano, também abrange as ações coletivas que buscam evitá-los. Dessa forma, será considerado o local onde o dano deva ou possa ocorrer, para fins de determinação da competência. Trata-se de competência absoluta, já que improrrogável e inderrogável, de ordem pública, para priorizar o interesse do próprio processo.

A competência em razão do local do dano, exceto em alguns casos especiais, aplica-se à defesa de quaisquer interesses transindividuais, incluindo os relacionados com os consumidores.

Tratando-se de dano regional ou nacional, não há previsão normativa específica para determinar a competência das ações coletivas fundadas em direitos difusos ou coletivos. Segundo Hugo Nigro Mazzilli (2008, p.260), a solução ocorrerá por analogia às regras do Código de Defesa do Consumidor referente aos direitos individuais homogêneos:

Em se tratando de ação civil pública ou coletiva que objetivar a defesa de interesses difusos ou coletivos de caráter regional ou nacional, não há previsão normativa específica para determinar a competência. Por analogia ao que vem disposto em matéria parelha pelo CDC no tocante à defesa de interesses individuais homogêneos, mesmo as ações que versem interesses difusos e coletivos, envolvendo ou não consumidores, deverão ser ajuizadas na Capital do Estado ou no Distrito Federal.

Na defesa dos interesses individuais homogêneos, a competência, salvo a competência da justiça federal, será do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, ou no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional. Vejamos:

²Lei n. 7.347: Art. 2º – As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Lei n. 8.078/90: Art. 93 – Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Hugo Nigro Mazzilli (2008, p.260) assevera que, no caso do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, estamos diante de competência territorial e relativa, vez que, ao contrário do artigo 2º da Lei de Ação Civil Pública, não alude à competência absoluta nem funcional:

Na defesa de interesses transindividuais divisíveis de âmbito local (interesses individuais homogêneos), a competência será determinada em razão do foro do local do dano, ressalvada expressamente a competência da Justiça federal. Como o artigo 93 do CDC não alude à competência absoluta nem funcional (ao contrário do que o faz o art. 2º da LACP), a nosso ver, nesta matéria, estamos diante de competência territorial e relativa, embora é verdade, com algumas peculiaridades.

Pedro Lenza (2008, p. 298), questionando a opção legislativa pelo foro do Distrito Federal no caso de dano nacional, expõe como melhor interpretação, ressalvada a competência da Justiça Federal, eleitoral e do Trabalho, a seguinte:

- a) dano de âmbito local – foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano;
- b) dano abrangendo mais de uma comarca dentro de um mesmo Estado – a competência será concorrente, resolvendo-se pelas regras da prevenção;
- c) dano abrangendo dois ou mais Estados – foro da

Capital de qualquer deles, resolvendo-se pela prevenção;
d) dano abrangendo todos os Estados – foro da Capital de qualquer deles, resolvendo-se pela prevenção.

Assevera ainda que a competência do Distrito Federal não deve ser aceita, ainda que o dano seja de âmbito nacional. Isso porque o elevado custo para o ajuizamento dessas ações inviabilizaria a tutela dos direitos. Além disso, argumenta que prestigiar o Distrito Federal por questão de localização geográfica fere o princípio constitucional da Harmonia Federativa, obstaculizando o acesso à justiça (LENZA, Pedro, 2008, p. 298).

Além disso, Elton Venturi (2007, p. 294-297) ressalta que esta postura poderia ferir o princípio do promotor natural, eliminando a possibilidade de os promotores de justiça estaduais ingressarem com Ações Cíveis Públicas de âmbito nacional, pois, apesar de serem legitimados para tanto, seria necessário ajuizar a demanda em Brasília:

Somente Promotores e Procuradores da República atuantes no Distrito Federal teriam atribuição para a promoção de tais feitos – concentração esta, política e institucionalmente, desinteressantes ao sistema nacional de tutela jurisdicional coletiva” e não diga que a “abertura das fronteiras” resolveria o problema, permitindo que qualquer promotor ou procurador da república, de qualquer localidade, pudesse ajuizar tais ações no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, “longe de representar avanço ou a democratização do exercitamento das funções do Ministério Público, a proposta redundaria na violação do princípio do promotor natural, para além do agravamento na já delicada e nem sempre bem resolvida relação entre os princípios constitucionais da independência funcional e da unidade do *Parquet*.

Isso corrobora o precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que determina: “É incompatível com os princípios de regência da

Instituição e do sistema de repartição de atribuições a atuação do Ministério Público Estadual Fora do seu Estado ou fora da jurisdição estadual” (TRF 4^a, 2^a Turma. AC 9104132750/RS, DJ. 17.10.1991).

Luiz Manoel Gomes Júnior (2008, p. 211), de forma contrária, entende que, atualmente, com o acesso à internet e aos demais meios de comunicação não se afigura excessivo, no caso de dano de âmbito nacional, que a demanda coletiva seja ajuizada no Distrito Federal. Todavia, a restrição imposta por essa corrente acarretará em limitação à tutela coletiva, indo de encontro ao objetivo principal que é a efetividade máxima desses direitos transindividuais.

3 Conclusão

A redação do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor acabou por gerar diversas posições doutrinárias sobre o foro competente para a propositura das ações coletivas que visam à tutela de dano de âmbito nacional. Sem embargos aos que a entendem de modo diverso, a posição mais consentânea com o espírito de proteção previsto no Microssistema Processual Coletivo é aquela que conclui ser indiferente o local da propositura da ação coletiva, quando o dano for de âmbito nacional, podendo ser qualquer capital de Estado ou Distrito Federal, cabendo ao autor o foro que melhor lhe convier.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo, Lei nº 7.347, de 24/7/85*. 7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: 2008.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil, perspectivas de um Código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.



Ministério Público do Estado da Paraíba



STO DE 1891