

Volume 2

U Universidade de Itaúna
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

DEMOCRACIA E EFETIVIDADE
DA JURISDIÇÃO NACIONAL E
INTERNACIONAL



Organizadores

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Deilton Ribeiro Brasil

Anais VII Seminário Internacional

Organizadores

Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

VII Seminário Internacional

Democracia e Efetividade da Jurisdição Nacional e Internacional

05 a 07 de junho 2019

Volume 2



Conhecimento
Editora

Belo Horizonte

2019

Copyright © 2019 by Universidade de Itaúna

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida, seja por meios mecânicos, eletrônicos ou via cópia xerográfica, sem autorização expressa e prévia da Universidade.

Revisão: Responsabilidade dos Autores

Conselho Editorial:

Diagramação: Universidade de Itaúna

Conhecimento Livraria e Distribuidora
Rua Maria de Carvalho, 16
31160-420 – Ipiranga – Belo Horizonte/MG
Tel.: (31) 3273-2340
Vendas: comercial@conhecimentolivraria.com.br
Editorial: conhecimentojuridica@gmail.com
www.conhecimentolivraria.com.br

Fernando Gonzaga Jayme
Ives Gandra da Silva Martins
José Emílio Medauar Ommati
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais
Maria de Fátima Freire de Sá
Raphael Silva Rodrigues
Régis Fernandes de Oliveira
Ricardo Henrique Carvalho Salgado
Sérgio Henriques Zandona Freitas

341.234 S471 Seminário de internacional - Democracia e
2019 e efetividade da jurisdição nacional
v.2 e internacional, 7, 2019, Belo Horizonte /
[organizado por] Jamile Bergamaschine Mata
Diz, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa
Morais [e] Deilton Ribeiro Brasil. - Belo
Horizonte: Conhecimento Editora, 2019.
637p. ; 21cm (Programa de Pós-graduação
Stricto Sensu em Direito da Universidade de
Itaúna, MG)

Vários autores.

ISBN: 978-65-86529-01-2

1. Direito- Anais de congresso. 2. Di-
Direito internacional. 3. Democracia. 4.
Acordos internacionais. 5. Capitalismo. 6.
Direitos humanos. I. Diz, Jamile Bergama-
Schine Mata Diz (Org.). II. Morais, Márcio
Eduardo Senra Nogueira Pedrosa (Org.). III.
Brasil, Deilton Ribeiro (Org.). IV. Título.

CDDir - 341.234

CDD(23.ed.)-341

Elaborada por Fátima Falci – CRB/6-700

APRESENTAÇÃO

Entre os dias 05 a 07 de junho de 2019 foi realizado, pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna, o **V Seminário de Direito Internacional “Democracia e efetividade da jurisdição nacional e internacional” – Volume 2.**

O evento, organizado pelos Professores Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz, Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Dr. Deilton Ribeiro Brasil, contou com a presença de alunos e professores do Programa, além de alunos e professores da graduação em Direito da Universidade de Itaúna, e, principalmente, com a participação de professores convidados de todas as regiões do Brasil e do exterior, que ministraram palestras durante três dias.

É importante ressaltar a importância desses seminários para a divulgação da pesquisa científica institucional e de seu intercâmbio com outras instituições.

Que a iniciativa, que já está consolidada em nível institucional, continue gerando bons frutos acadêmicos para toda a sociedade envolvente!

Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

SUMÁRIO

CONSEQUÊNCIAS DO CONFLITO ARMADO EM RELAÇÃO AOS BENS CULTURAIS: ANÁLISE DO CONFLITO NO IRAQUE

Marina Garcia Valadares

Fernanda Fernandes da Silva

10

CRITICAS ACERCA DA EFETIVIDADE DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOLIBERALISMO

Rodrigo Antônio Ribeiro Storino

Pedro Augusto G. S. Reis

40

ENSINO DOMICILIAR (*HOMESCHOOLING*) NO BRASIL: DESOBEDIÊNCIA CIVIL OU EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EDUCAR?

Cláudio Márcio Bernardes

72

ESPAÇO PARA A CONSTRUÇÃO DO DIÁLOGO: ANÁLISE DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Kênia Barcelos Drumond

Sandro Eduardo Roussin Soares

105

INCLUSÃO SOCIAL E ACESSIBILIDADE: CAMINHOS, ENCONTROS E DESCOBERTAS

Leandro Pereira Góis

131

INTEGRAÇÃO ENTRE A GOVERNANÇA CORPORATIVA E A ESTRATÉGIA DE SUSTENTABILIDADE: O CASO NATURA <i>Elaine Aparecida Barbosa Gomes</i> <i>Maria Laura Vargas Cabral</i>	153
JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: RECUOS E AVANÇOS <i>Silvano Lopes</i> <i>José Arthur Figueiras Deolino</i>	183
A LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Fernanda Campos Marciano</i>	206
LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DISCURSO DE ÓDIO <i>José Arthur Figueiras Deolino</i> <i>Silvano Lopes</i>	232
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO <i>Vanessa Torquato de Mello</i> <i>Frederico Rodrigues Assumpção Silva</i>	257
O DIREITO AO NOME CIVIL DA PESSOA NATURAL <i>Vanessa Torquato de Mello</i> <i>Débora de Freitas Palhares</i>	289
O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA NO TRÂNSITO E A NECESSIDADE DE EDUCAÇÃO DOS AGENTES ENVOLVIDOS PARA A EFETIVIDADE DESTES DIREITOS <i>Fernando Antônio de Souza Dias</i> <i>Rogério de Oliveira Borges</i>	318

**O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E
FUNDAMENTAL: DIÁLOGO ENTRE AS FONTES
PROCESSUAIS DO DIREITO DO TRABALHO**
Luis Antônio da Silva Bittencourt **341**

**O INTERMEDIÁRIO OCULTO: OS EUA E O SUPERIOR
TRIBUNAL IRAQUIANO**
Lorrane Queiroz
Paulo Ricardo Braga Maciel **385**

**OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO
INTERNACIONAL E NO CONSTITUCIONALISMO**
Luciana Andréa França Silva
Wanderson Dias Fernandes **427**

**OS REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DE GRUPO
ECONÔMICO NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O INCIDENTE
DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
UMA ANÁLISE A RESPEITO DO RECONHECIMENTO DE
GRUPO ECONÔMICO NA FASE DE EXECUÇÃO, DAS
DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS ENTRE TRT/MG E
TST E A OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO
DA REPÚBLICA DE 1988**
Lucas Carvalho Américo **456**

**A PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA EM PERFORMANCES
ARTÍSTICAS: UMA ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DA
ARTE EM FACE DA PROTEÇÃO INFANTIL BASEADA NA
TEORIA DE ROBERT ALEXEY**
Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende
Daniela Martins da Cruz **493**

**REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O DIREITO
INTERNACIONAL**
Aylle de Almeida Mendes
Marcus Vinicius Pinto Santos **525**

**O TERRORISMO E SEU TRATAMENTO JURÍDICO: UMA
BREVE ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE
UM TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA JULGAMENTO DOS
TERRORISTAS**

Patrick Juliano Casagrande Trindade **560**

**UMA ANÁLISE DO ANTISSEMITISMO PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO
NACIONAL FRENTE AO CASO ELLWANGER**

Elaine Aparecida Barbosa Gomes

Maria Laura Vargas Cabral **590**

ASSEDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO

Fernando Antônio de Souza Dias

Rogério de Oliveira Borges **621**

CONSEQUÊNCIAS DO CONFLITO ARMADO EM RELAÇÃO AOS BENS CULTURAIS: ANÁLISE DO CONFLITO NO IRAQUE

CONSEQUENCES OF ARMED CONFLICT IN RELATION TO CULTURAL GOODS: ANALYSIS OF CONFLICT IN IRAQ

*Marina Garcia Valadares
Fernanda Fernandes da Silva*

Resumo

O presente artigo procura analisar de modo crítico as consequências negativas ocorridas na intervenção armada dos Estados Unidos da América no Iraque, em meados de 2003, especialmente no que tange aos bens culturais afetados pelo referido conflito. Para melhor entendimento do trabalho, será abordado a conceituação de bens culturais e patrimônio cultural da humanidade; os motivos que desencadearam o conflito, bem como os principais bens culturais que foram dissipados em razão do confronto. Será necessário também apontar, brevemente, sobre outros bens que foram atingidos em razão de confrontos em distintos momentos históricos.

Palavras-chave: Bens Culturais; Iraque; Conflito armado.

Abstract

This article seeks to critically analyze the negative consequences of the armed intervention of the United States of America in Iraq in mid-2003, especially as regards the cultural assets affected by the conflict. For a better understanding of the work, it will be approached the conceptualization of cultural assets and cultural patrimony

of humanity; the reasons that triggered the conflict, as well as the main cultural assets that were dissipated because of the confrontation. It will also be necessary to point out, briefly, other goods that were hit by confrontations at different historical moments.

Keywords: Cultural goods; Iraq; Armed conflict.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar as consequências que um conflito armado pode trazer em relação a destruição dos bens culturais. Será analisado, especificamente, o conflito ocorrido no ano de 2003 em relação ao Iraque.

Como forma de aprendizado, será abordado, bem brevemente, algumas destruições de bens que julga-se necessário o apontamento.

A cultura, por meio de definição antropológica, é considerada o elemento identificador das sociedades humanas, englobando a forma como a sociedade se comunica, o modo de vestuário, a história daquele povo, as edificações, monumentos, artefatos, dentre outros.

Vale ressaltar que o patrimônio cultural é o próprio elemento de civilização e cultura de uma nação. Sendo que a ameaça de seu desaparecimento, é o mesmo em se falar esgotamento de uma determinada sociedade.

Assim sendo, há que se falar que a preservação de patrimônio da humanidade é de extrema importância, para que as outras sociedades compreendam o desenvolvimento de uma determinada cultura, tenha tolerância religiosa, cultural, dentre outros.

Ressalta-se que o patrimônio cultural de uma determinada sociedade é a memória histórica de um povo, que jamais deveria ser arruinada, principalmente em decorrência de conflitos armados.

De acordo com a Organização das Nações Unidas Para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), o patrimônio cultural reflete a vida de uma comunidade, sua história e sua identidade. Sua preservação ajuda a reconstruir comunidades devastadas, restabelecer sua identidade e a conexão do passado com o presente e futuro.

Analisar-se-á neste estudo a devastação em massa de bens culturais que ocorreu no Iraque, no período de conflito armado dos anos de 2003 em diante. Para tanto se utilizará o método bibliográfico, tendo como fonte de pesquisa a doutrina nacional e estrangeira, além de estudos de casos.

2 CONCEITO DE BENS CULTURAIS E PATRIMÔNIO CULTURAL

Os bens culturais são aqueles bens (materiais ou imateriais) que consegue-se compreender e identificar a cultura de uma determinada sociedade, de acordo com o lugar e o momento histórico vivenciado. Também poderá ser chamado de patrimônio histórico, pelo fato de pertencer a uma região.

De acordo com Carsalade qualquer bem produzido pela cultura é, tecnicamente, um bem cultural, mas o termo, pela prática, acabou se aplicando mais àqueles bens culturais escolhidos para preservação, fazendo com que, no jargão patrimonial, e por força de convenções internacionais, a locução bem cultural queira se referir ao bem cultural protegido (CARSALADA, 2016, p.14).

O patrimônio cultural, por sua vez, é considerado o conjunto de todos os bens materiais ou imateriais, que, pelo seu valor intrínseco, são considerados de interesse e de relevância para a permanência e a identificação da cultura da comunidade, de uma nação, de um grupo étnico ou de um grupo social específico (VOGT, 2008)¹.

¹ Ver artigo disponível em <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/687/498>. Acesso em 16 de abril de 2019.

Nos dois tópicos tratados no presente capítulo, definir-se-ão o conceito, a classificação e a distinção de bens culturais e patrimônio cultural.

2.1 Classificação de bens culturais

Vale ressaltar que a proteção dos bens culturais, inicia com sua individualização, de forma que ele seja conhecido, localizado e reconhecido como preservado. Momento este, em que passa a portar o status de cultural.

É de extrema importância citar sobre a preservação dos bens, que deverá ser analisado de forma transacional, por dever ir além da limitação de cada país, ou seja, a sociedade internacional, de modo geral, deveria preocupar também quanto a preservação.

É necessário esclarecer que a preservação é a manutenção de um determinado bem, de forma a desacelerar seu processo de deterioração; de outro lado, tal instituto poderá ser qualificado como forma de evitar a destruição iminente de um bem.

No que tange aos bens culturais, esses são classificados entre bens materiais ou imateriais², que

² Ver classificação de acordo com a autora Evelina Grunberg, para referida autora: “estes bens culturais podem ser materiais e imateriais. A evidência material é aquele bem que posso pegar, tocar: um livro, uma casa, uma panela, um quadro, um documento, um instrumento musical, um jornal, uma

possuem extrema importância para o patrimônio cultural da sociedade. Os bens materiais são aquilo que concreto, como exemplo os monumentos arquitetônicos, acervos musicológicos, sítios arqueológicos, obras de arte. Já os bens imateriais trata-se daquilo que nos lembra de forma direta ou indireta o passado dos povos, como exemplo manifestações religiosas, expressões culturais, padrões de comportamento, dança, teoria científica.

O passado cultural de uma sociedade é de suma importância para conquistar a sua identidade cultural e para entender o momento histórico presente. Segundo a autora Evelina Grunberg, em sua obra “Educação Patrimonial – Utilização dos bens culturais como recursos educacionais”:

“Um objeto tem em si, não somente a presença da forma e dos materiais com que foi construído. Ele guarda através disso todas as relações de produção da sociedade que o criou; um jarro indígena fabricado e pintado à mão nos remete à estrutura política, econômica, social e tecnológica do índio. Através do estudo do jarro e seu uso passamos a ter conhecimento e uma melhor compreensão dessa sociedade

fotografia, um ônibus, etc. O imaterial é aquele bem que acontece em determinado momento e não se materializa através do tempo, não se perpetua: a execução de uma música, uma profissão, um ritual de umbanda, uma forma de plantio, um processo de fabricação de vinho, etc.” Disponível em <https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rcc/article/view/2133/1222>. Acesso em 13 de Abril de 2019.

indígena. É necessário estudar esses objetos para que se tornem vivos e cumpram a função de transmitir a memória de sua época.” (GRUNBERG, 2000, p. 175)

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 216, seria bem cultural todo bem jurídico que está protegido por ser representativo, identificador de uma expressão cultural relevante. Assim sendo, todo bem cultural seria objeto de direito e de especial interesse público e social.

Embora um tanto quanto ultrapassada, existe outra classificação dos bens culturais em bens jurídicos públicos e privados. Tal classificação adveio no Código Napoleônico e mesmo não sendo tão usual, encontra-se arraigada na teoria jurídica, uma vez que a compreensão do bem cultural passa a estar concentrada no valor cultural e não no titular do bem. (GOMES, 2008, p. 19).

Desta forma, evidencia-se que o valor cultural do bem, mesmo sendo um bem privado, obriga à submissão do bem à tutela pública, respeitando o valor econômico e o direito de propriedade.

Os bens culturais se classificam também como bens móveis ou imóveis, sendo os bens imóveis os monumentos, edifícios, conjuntos arquitetônicos; e os bens móveis englobam as obras de artes, objetos da vida

habitual de determinada sociedade, como vestimenta, pinturas, esculturas, documentos.

A proteção de bens culturais móveis é extremamente mais complexa do que a proteção dos bens culturais imóveis - inclusive no Decreto- Lei 25 de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico brasileiro, - consegue-se verificar maior proteção ambiental urbanística. Em relação aos bens móveis, a dificuldade da proteção se encontra na compra de tais bens sem pouca ou nenhuma restrição, em retirá-lo do país sem constrangimento, apesar de algumas proibições. (FILHO, 2008, p.37).

2.2 Patrimônio Cultural da Humanidade

Inicialmente conceitua-se patrimônio nacional cultural como o conjunto de todas as coisas que pertencem ao Estado, entes públicos, entes privados, sujeitos privados, que, mesmo Inicialmente conceitua-se patrimônio nacional cultural como o conjunto de todas as coisas que pertencem ao Estado, entes públicos, entes privados, sujeitos privados, que, mesmo em muitos casos não possuindo algum valor econômico intrínseco, revestem, porém, um interesse cultural.

De acordo com a definição dada pela Lei Italiana de 1939, o patrimônio cultural nacional compreende o conjunto de patrimônio histórico e artístico de uma nação. Compreende elementos materiais e imateriais, naturais ou culturais, nos quais um determinado grupo de indivíduos reconhece sinais de sua identidade.

O patrimônio cultural é de fundamental importância para a identidade, memória, cultura das sociedades.

A missão da UNESCO, consiste em ajudar e obrigar os Estados-Parte a resguardar os lugares em que haja um patrimônio mundial em perigo imediato, fornecendo assistência técnica, formação profissional e assistência financeira de emergência.

Existem bens, como veremos adiante, que estão em iminência de desaparecimento, seja por guerra, seja por degradação natural.

Um exemplo de devastação natural do patrimônio cultural é Cuzco, a cidade foi considerada como patrimônio da humanidade em 1983 pela Unesco, onde se encontra edificações, construções da cultura espanhola sobre a cultura pré-colombiana. A história de Cuzco é marcada por terremotos, deslizamento de terra que devastaram grande parte das edificações, no período de 1650 e de 1950. O histórico de catástrofes da região

permite dizer que ali se encontra um “território potencial de risco”, ou seja, um espaço que tem a possibilidade de sofrer um evento catastrófico (GARCÍA-TORNEL, 1997,p.32).

Vale ressaltar que o patrimônio cultural da humanidade possui duas características fundamentais, que é a monumentalidade e excepcionalidade. A monumentalidade significa que a obra deve ser robusta, ou seja, ser grandiosa, monumental. Já a excepcionalidade se caracteriza por ser aquela obra única, excepcional.

O Brasil passou integrar a convenção em 1977 e são exemplos de patrimônio mundial: Centro Histórico de Olinda (PE), a cidade de Ouro Preto (MG), Plano Piloto de Brasília (DF), Parque Nacional do Iguaçu (PR), Missões Jesuíticas do Guarani (RS); Centro Histórico de Salvador (BH).

A Convenção da Unesco, estabeleceu lista de bens que são reconhecidos como Patrimônio Mundial, sendo representados por edifícios, construções, sítios arqueológicos. Atualmente são reconhecidos 754 bens, distribuídos em 128 países, de um total de 177 Estados-parte da Convenção. Esses são divididos da seguinte forma: 582 correspondem a sítios de valor cultural, 149 de importância natural e 23 de caráter misto.

O Iraque, mesmo sendo considerado berço de várias civilizações milenares, possuem apenas três bens reconhecidos como Patrimônio Mundial, quais sejam: as ruínas da cidade de Hatra (1985), Assur (Qal'at Sherqat) (2003), antiga cidade de Samarra (2007).

3LEGISLAÇÃO SOBRE BENS CULTURAIS

A proteção do patrimônio cultural deve ser, assim, tratada em uma dimensão humana. As medidas acautelatórias e de preservação são fundamentadas pelo poder que os bens culturais carregam, de referência para a identidade dos seres humanos, pelos valores que traduzem ou expressam, pela capacidade de transmitir testemunho ou sentimento.

Em 1954, período pós-segunda guerra mundial, ocorreu em Haia, a Convenção Para Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado³, se tratava da

³De acordo com o artigo 1º da Convenção de Haia: Para fins da presente Convenção são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos; b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a)

primeira convenção de proteção dos bens culturais. Tal convenção, compelia aos Estados signatários a salvaguardar os bens culturais de seus países e daqueles que eram contratantes.

A referida convenção, define bens culturais como sendo aqueles bens móveis ou imóveis que tenham importância na cultura da sociedade, monumentos arquitetônicos, artes, livros e outros objetos de interesse artístico ou arqueológico. (UNESCO, 1954).

Ainda, a Convenção de Haia, dispõe que os Estados-partes devem proibir, prevenir todo ato de pilhagem, saques dos bens culturais, como também sua requisição ilícita.

De acordo com o autor Aziz Saliba, verifica-se que o maior problema da Convenção de Haia é ser inerte em relação a retroatividade, sendo sua validade aplicada a partir de sua constituição, ou seja, a partir do ano de 1954. Portanto, aqueles bens culturais que fossem dissipados de seu país de origem, anteriormente a essa data, a referida convenção não teria aplicabilidade quanto ao seu retorno. (AZIZ, 2017, p. 22).

em caso de conflito armado; c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados "centros monumentais". Disponível em http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_decreto_44851_11_11_1958_por_orof.pdf. Acesso em 10 abril de 2019.

Após 16 anos da criação da Convenção de Haia de 1954, criou-se em 1970 a Convenção da Unesco, cujo objetivo foi impedir a importação e exportação da propriedade de bens culturais. Ao longo de variados conflitos, foi-se necessário realizar alguma convenção em que lutasse contra a pilhagem e tráfico de bens culturais.

Diferentemente da Convenção de Haia de 1954, a Convenção da Unesco, trouxe uma considerável mudança na definição do patrimônio cultural, vez que apresentou caráter nacionalista para proteção dos bens. (AZIZ, 2017, p. 23).

No ano de 1983 a Unesco demonstrou ser necessário a revisão de algumas lacunas que não foram tratadas na Convenção de 1970. Com isso, surgiu a Convenção de 1995, chamada de Convenção UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado) sobre bens culturais roubados ou ilicitamente exportados.

De acordo com o autor André de Carvalho Ramos, em sua obra *Arte, Guerra e o Direito Internacional privado*:

“A Convenção Unidroit inova ao indicar o mecanismo da cooperação jurídica internacional para efetivar suas obrigações. O artigo 5.o estabelece que um Estado parte pode requerer ‘a um tribunal ou a qualquer outra

autoridade competente' de outro estado que determine a restituição do bem cultural ilicitamente exportado de seu território. Para tanto, cria um mecanismo próprio a ser seguido visando efetivar a cooperação". (RAMOS, 2015,p.24)

A Convenção UNIDROIT ampliou, também, a proteção contra o comércio ilícito de bens culturais às relações do direito internacional privado.

4 O CONFLITO ARMADO COMO FATOR DE RISCO NA PRESERVAÇÃO DOS BENS CULTURAIS

As guerras sempre foram ameaças para os países que nela participavam, tanto o no âmbito de destruição de sociedade, dos povos, quanto na sua destruição cultural. Aquilo que era considerado obstáculo, empecilho, era destruído, aniquilado normalmente, inclusive propriedades, pessoas, bens históricos.

Desta forma, quase todos os esforços de proteção de bens culturais surgiram depois da ocorrência de algum fato, seja ele natural ou conflito armado, como exemplo a Convenção de Haia, que surgiu após Segunda Guerra Mundial.

A destruição massiva de bens era uma forma de retirar daquele povo sua identidade cultural, de forma que

um povo sem memória, sem conhecimento de suas raízes, de suas culturas é considerado um povo sem história.

Vale ressaltar que os saques, contrabandos e destruição em massa de bens culturais, são atos constantes em países que se encontram em guerra. O contrabando é a introdução clandestina de produtos em determinado território, enquanto os saques ou pilhagem é o furto ou roubo de bens alheios no decorrer de guerra, catástrofe.

É de suma importância evidenciar que em caso de situação de guerra, o país que está sendo alvo de grandes ataques, possui muitas necessidades que são consideradas primordiais, e, de modo geral, nem sempre a cultura é vista como prioridade. Entretanto, aquele bem de valor histórico-cultural não pode ser substituído e uma vez destruído completamente, a restauração é laboriosa senão impossível.

Um exemplo de destruição de bens culturais foi à Biblioteca Nacional Parlamentar da Ucrânia, em novembro de 1943, em que o exército nazista incendiara o prédio, causando a destruição de mais de 300.000 obras, muitas delas consideradas raras.

Várias obras de artes foram saqueadas durante a invasão turca-otomana, e o patrimônio histórico cultural colocado em evidência, vez que muitas obras se encontram

em museus da França, Espanha, esperando pelo seu resgate e devolvidas para seu país de origem. (PAZ, 2016, p.248).

O Parthenon foi construído antes do século V, na cidade de Atenas, na Grécia, em homenagem a deusa Palas, permanecendo intacto até o ano de 1687, momento em que ocorreu a invasão pelos turcos e que se encontra até a presente data no Museu em Londres.

Ainda, há de se falar em espólio de guerra em que aqueles países que eram decretados como vencedores na guerra, se apoderavam de algum bem que lhe fosse de maior interesse e que representasse sua vitória. Desta forma, vários países perderam valiosos bens que se encontram no poder, até a presente data, de outros países.

Muitos desses bens, foram inclusive tombados, ou seja, sendo considerados patrimônio histórico do país que foi considerado vencedor, como exemplo o Canhao El Cristiano, que foi um espólio de guerra do Brasil e Paraguai.

Tombamento é a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio. (MEIRELLES, 1979, p.54)

O Canhão El Cristiano foi construído com os sinos das igrejas do Paraguai, e desta forma, era

considerado um patrimônio histórico do país. No entanto, o direito humanitário vigente na época da guerra, autorizava a destruição ou apreensão de objetos militares em contexto de guerra, mesmo sendo considerados bens culturais de um povo.

Como não poderia deixar de citar, o grande exemplo de destruição de bens culturais, se deu durante o período nazista, em que as perseguições aos judeus não resultaram apenas em mortes, mas como também, na limpeza cultural de um povo.

A vulnerabilidade do homem não se limita a sua vida ou a sua integridade física, mas contempla também a sua identidade cultural, notadamente nos conflitos armados que apresentam caráter étnico ou religioso. Em inúmeros conflitos armados contemporâneos, a demolição não se limita às obras de arte ou aos monumentos históricos, mas atinge também as crenças, os saberes, as expressões e práticas culturais e espirituais, quer dizer elementos imateriais do patrimônio cultural de um povo. (ROBICHEZ, 2014,p.45).

Mesmo em momentos atuais, ainda presencia-se essa fragilidade em relação ao patrimônio cultural nos casos de guerra, o grande exemplo é a Síria, em que desde o início de sua guerra civil, estima-se que 1.400 mesquitas foram completamente, ou pelo menos parcialmente,

destruídas. Outro ponto preocupante quanto a Síria, é a Cidade Velha de Aleppo, que possuía construções desde o século XII, sendo completamente devastada em 2012.

5 HISTÓRIA DOS CONFLITOS DO IRAQUE

O Iraque, antes denominado como Mesopotâmia, é considerado uma das civilizações mais antigas e foi habitado por diferentes povos, sendo então caracterizado por ser um país multicultural e multiétnico. Passou-se por diversos governos como Império Otomano, governo britânico, Reino do Iraque, governo do Partido Socialista Árabe *Baath*, governo do *Saddam Hussein*.

Nesta mesma seara histórica, há que mencionar que o Iraque passou também por diferentes conflitos, dentre os mais conhecidos destaca-se a Primeira Guerra Árabe-Israelense (1948), Guerra dos Seis Dias (1967), Guerra do *Yom Kippur* (1973), Guerra do Irã-Iraque (1980), Guerra do Golfo (1990) e Guerra do Iraque-Eua (2003).

Diante de tantos conflitos, vários patrimônios culturais históricos, como relíquias, monumentos, obras de artes e culturais foram dissipados, tendo em vista bombardeios contínuos na região,

vandalismo e a falta de recurso para preservação cultural que os países em constantes conflitos apresentam.

5.1 Ocupação do Iraque – Período de 2003.

No presente capítulo analisar-se-ia os principais pontos relevantes da Guerra do Iraque, também chamada de Segunda Guerra do Golfo ou Ocupação do Iraque, bem como as consequências trazidas no âmbito de resgate cultural da sociedade iraquiana.

A famigerada Guerra do Iraque iniciou-se em 19 de março de 2003, tendo variados argumentos para sua consagração, dentre eles políticos, econômicos e morais. Os principais países que participaram ativamente durante o conflito foram os Estados Unidos da América, Reino Unido, Israel, Grécia, Austrália e seus aliados em confronto com o Iraque.

Após os ataques que os Estados Unidos sofreram, nos atentados de 11 de setembro de 2001, foi-se decretado imediatamente a guerra, cujo adversário, inicialmente, era desconhecido. Faz se bem destacar, que de acordo com o presidente americano George W. Bush e Secretário de Defesa Donald Rumsfeld, a guerra seria uma ação

preventiva ⁴e protecionista ao seu país em relação ao terrorismo⁵.

O governo americano renunciou, então, o princípio da contenção⁶ usado no período da Guerra fria, passando a adotar o princípio da guerra preventiva. O argumento primordial utilizado foi que o presidente do Iraque - Saddam Hussein - mantinha arsenal de armas químicas capaz de destruir grandes países, ameaçando a paz mundial.

⁴Nos dizeres do Ex Presidente dos Estados Unidos da América: “*Our war on terror begins with al Qaeda, but it does not end there. It will not end until every terrorist group of global reach has been found, stopped and defeated.*” Disponível em <https://www.state.gov/documents/organization/10286.pdf>. Acesso em 10/12/2018.

⁵*September 11 confirmed much of what Bush already believed: The world was a dangerous place. Terrorists bent on doing harm were not stopped by a smile and open hand, but by grim determination and a closed fist. International agreements and institutions could not protect the American people; only the might of the American military could. (...) And while terrorists might be described as “stateless”, they ultimately depended on regimes like the Taliban to operate* (DAALDER; LINDSAY, 2001, P. 78- 9).

Ainda, conforme definição da *Federal Bureau Investigation (FBI)*, terrorismo se caracteriza: “a utilização ilegal de força ou violência contra pessoas ou propriedades para intimidar ou coagir um governo, a população civil, ou qualquer segmento da mesma para promover objetivos políticos ou sociais.” Disponível em http://resistir.info/eua/shahid_alam.html. Acesso em 13 de dezembro de 2018.

⁶Doutrina da contenção foi criada por *George F. Kennan*, conforme os dizeres da Doutora Andrea Marcia de Toledo Pennacchi: “Contenção à expansão soviética é um termo geralmente utilizado para caracterizar a política externa norte-americana em relação a seus antigos aliados após a Segunda Guerra. Seu principal objetivo consistia em prevenir ou evitar que a União Soviética utilizasse o poder e a posição que conquistara naquele conflito para remodelar a ordem internacional de acordo com sua visão socialista de mundo, uma perspectiva que parecia, ao Ocidente, tão perigosa quanto a que Japão e Alemanha ofereceram durante a guerra. Disponível em <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/103137/000648938.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 de março de 2019.

5.2 Os motivos que desencadearam a invasão iraquiana e a Organização das Nações Unidas.

Como dito anteriormente, o motivo primordial da invasão ao Iraque, foi a alegação do referido Estado possuir um arsenal bélico capaz de ocorrer a destruição em massa de muitos países. De acordo com George W. Bush, sobre a intenção da ocupação “desarmar o regime iraquiano, encerrar o apoio de Saddam Hussein a organizações terroristas e libertar o povo iraquiano”.

Em relação a alegação do desenvolvimento bélico do Iraque, em pesquisa realizada pela *United Nations Monitoring, Verification and Inspection Commission* (UNMOVIC), não fora encontrado nenhum indício concreto de posse de armas capazes de possuir a destruição em massa.

No que se refere à organização das Nações Unidas (ONU), trata-se de uma instituição mundial que possui valores universais, dotada da prerrogativa de regular ação externa dos países, com intuito de estabelecer o equilíbrio do Sistema Internacional. Sob alegação da existência de arsenal bélico, os Estados Unidos da América requisitou à ONU autorização para invasão militar no Iraque, não sendo aprovada.

Mesmo sem o apoio do Conselho de Segurança da ONU, os Estados Unidos da América, por mera liberalidade, realizou a ocupação militar no Iraque.

Nesse sentido, vale ressaltar, que EUA violaram expressamente o artigo 51 da Carta das Nações Unidas, vez que autoriza à ocupação armada apenas nos casos de autodefesa.

De acordo com Sérgio Vieira de Mello, em relação a posição contrária da ONU ao intervencionismo militar no Iraque, e o descumprimento de autorização dos EUA:

“Quando os Estados membros ignoram as próprias regras do jogo, ou desmantelam a própria arquitetura política coletiva, é injusto culpar a ONU, ou seu secretário-geral, cujos bons ofícios não são solicitados tanto quanto deveriam”. (MELLO, 2004, p. 171)

Outro fundamento que deve ser mencionado é, de acordo com Daalder; Lindsay, a maioria dos representantes da cúpula do governo Bush, partiam do pressuposto que os EUA deveriam utilizar de seus meios militares, políticos e econômicos para reconstruir à sua imagem perante a comunidade internacional; sendo esse o momento propício para o devido fim. (DAALDER; LINDSAY, 2003, p. 45-47).

Foram outros vários motivos expostos pela decisão da invasão ao Iraque, dentre elas o controle do petróleo, guerra contra o terrorismo, interesse em tirar Saddam Hussein do poder e os atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001. Entretanto, tais fatos foram marcados por grande ausência de prova e crítica aos países aliados dos Estados Unidos, que se recusaram a enviar tropas em apoio aos EUA.

6 DESTRUIÇÃO DOS BENS CULTURAIS DO IRAQUE EM DECORRÊNCIA DO CONFLITO ARMADO

Estendendo-se por sete anos, o conflito no Iraque causou uma séria destruição ao valioso patrimônio histórico das antigas civilizações orientais que ali viveram. O país é o berço da humanidade, possui um legado mesopotâmico que remete a eras da escrita e dos primeiros passos que a humanidade deu na era moderna.

As sociedades Mesopotâmicas deram os primeiros passos das tecnologias como a escrita e a matemática. Os sumérios, acádios, assírios e babilônios deram suas contribuições para as diversas áreas do conhecimento e deixaram um legado que ainda hoje permanece, mas que

está sendo destruído, abalado, saqueado e vendido no mercado negro.

Vale ressaltar a importância de se proteger esses artefatos e os sítios arqueológicos que são o berço da humanidade e civilização. Infelizmente, o Iraque tem sido pivô de variados conflitos armados, que estão levando a destruição patrimônio cultural mesopotâmico.

De acordo com o autor Fernando Báez, em sua obra História Universal da Destruição dos Livros e Tábuas Sumérias à Guerra do Iraque:

“Os soldados americanos não queimaram os centros intelectuais do Iraque, mas tampouco os protegeram, e essa indiferença deu carta branca aos grupos criminosos. A esse vandalismo profissional se somou outro, mais ingênuo, o das multidões de saqueadores, movidas por uma propaganda que estimulava o ódio aos símbolos do regime de Saddam Hussein. Convém lembrar que museus e bibliotecas se identificavam com a estrutura de poder que existia nessa nação.” (BÁEZ, 2004, p. 14)

No ano de 2003, o Museu Nacional do Iraque ⁷ foi atingido por bombas e armas bélicas, causando quase a total destruição, além de ser alvo de pilhagem. Constatou-

⁷ Disponível em:
<http://www.tribunaliraque.info/pagina/artigos/depoimentos.html?artigo=258>.
Acesso: 12 dezembro de 2018.

se, aproximadamente, quinze mil obras desaparecidas, dentre elas obras oriundas da cultura mesopotâmica.

Em menos de seis meses de ocupação, tendo já retirado o governo de Saddam Hussein, as tropas norte-americanas ocuparam um dos mais valiosos sítios arqueológicos que ganhou o nome de “Campo Alfa”. A região sofreu os diversos efeitos da necessidade que os militares tinham em nivelar os terrenos, abrir trincheiras, construir heliportos e afins. A terra removida durante esse tempo e o equipamento que circulava nessa região causou a destruição de vários fragmentos de cerâmica e outros elementos da cultura material babilônica. Tendo em vista que boa parte dos textos da época era registrada em argila, os historiadores e outros pesquisadores perderam uma infinidade de informações sobre o mundo antigo oriental. Na verdade, a utilização do “Campo Alfa” foi apenas a mais visível depredação patrimonial causada pelo conflito.

A explosão de bombas e a circulação de veículos pesados acabaram comprometendo as estruturas da Porta de Ishtar e da Via Processional, dois importantes feitos arquitetônicos da Babilônia.

Os bens culturais agregam valores comuns a toda a humanidade por testemunharem o surgimento e desenvolvimento de uma cultura e suas tecnologias como a escrita, a arte e a engenharia, sendo portanto, Patrimônio

Mundial. É importante que o mundo perceba seu valor e que a preservação do “Campo Alfa” bem como outros itens históricos tem que ser feita independente de questões e valores atuais como diferenças culturais e religiosas.

É importante frisar a necessidade da preservação cultural e o seu legado na esfera internacional e também a importância das áreas patrimoniais e sítios arqueológicos nos territórios iraquiano da herança Mesopotâmica deixada pelos seus antigos povos, como os assírios, caldeus, babilônicos e sumerianos para melhor compreensão de alguns avanços tecnológicos importantes. O Patrimônio Mundial, é uma problemática que gira em torno da necessidade de medidas que tenham valia intragovernamental, mas que haja em cada situação específica e Estado. (CARTA DE VENEZA, 1964).

Ao longo da história da humanidade, o cenário de guerra sempre trouxe danos irreparáveis aos patrimônios culturais. Durante muito tempo a guerra não tinha nenhum tipo de regramento, tudo o que representava obstáculo era destruído e tirado do caminho, tanto militares quanto a sociedade civil e propriedades, inclusive artefatos de valor histórico e artístico, eram atingidos. (PEREIRA LOPES, PAZ DAMACENO, 2016, p.35).

Pode-se dizer que saquear os bens preciosos, queimar e destruir o que se encontra pela frente fazia e faz

parte da história. Mesmo com a evolução da tecnologia, tais fatos ainda acontecem nos dias atuais, condutas que são marcadas muitas vezes pela “lei do mais forte” e, também, da intolerância religiosa.

Ainda, há que ser destacado o dano cultural que a dissipação dos bens culturais trazem, pois trata de dano, por muitas vezes irreparável.

7 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos acima mencionados, verifica-se a existência de uma problemática no sistema jurídico internacional: a dissipação de obras de arte, destruição de monumentos, artefatos, de bens culturais em decorrência de conflito armado.

No que tange às legislações internacionais, verifica-se um crescente aprimoramento nas elaborações das convenções, abrangendo não apenas o patrimônio da humanidade, mas como também o patrimônio individual.

Com base nas pesquisas realizadas, percebe-se que os atentados contra o patrimônio cultural no Iraque têm sido recorrente ao longo da história, em decorrência da região ter sido campo de inúmeros conflitos armados.

Os variados bombardeios devastaram grande parte dos bens culturais existentes no Iraque, como sítios

arqueológicos, bibliotecas, monumentos históricos, religiosos. Verificou-se outro problema enfrentado que foi a pilhagem, saques e o comércio ilegal desses bens culturais.

Referências

- BÁEZ, Fernando. **História Universal da Destruição dos Livros: das tábuas sumérias à guerra do Iraque**. Tradução: Léo Schlafman. Ediouro, 2004. Disponível em <http://www.uel.br/cc/dap/wp-content/uploads/2017/05/Hist%C3%B3ria-Universal-da-Destrui%C3%A7%C3%A3o-dos-Livros-Fernando-Baez.pdf>. Acesso em 14 de dezembro de 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988
- CANÇADO TRINDANDE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Fundamentos e instrumentos básicos. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.
- CARSALADE, Flávio. Bem. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. Rio de Janeiro; Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.
- CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- CEDEC/IPHAN. **Parâmetros Metodológicos para o Resgate do Patrimônio Imaterial no Estado de São Paulo**. São Paulo, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002

FERREIRA, Carlos Serrano. **Restituição dos Bens Culturais Retirados no Contexto do Colonialismo: Instrumento de Desenvolvimento e de Diálogo**. Rio de Janeiro, 2014.

GARCIA – TORNEL, F. C. *Algunas cuestiones sobre geografía de los Riesgos: scripta nova*. *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Barcelona, n. 10, 1997. Disponível em: . Acesso em: 17 de março. de 2019.

GOMES, Carla Amado. **O Patrimônio Cultural na Constituição: Anotação ao Artigo 78º**. In: GOMES, Carla Amado. *Textos Dispersos do Patrimônio Cultural e do Direito do Urbanismo*. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 9-49;

GRUNBERG, Evelina. **Educação Patrimonial-Utilização dos bens culturais como recursos educacionais** - Petrópolis. Rio de Janeiro, 1992.

HEAD, Tom. *AncientMesopotamia*. North Mankato, Minnesota: Essential Library, 2015. P. 112.

MAES, Jéssica. **Guerra: 10 locais históricos e culturais destruídos por bombardeios**. Disponível em: <<http://hypescience.com/guerra-destruicao/>> Acesso em: 04 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura**. Londres, 1945.

PENNACCHI, Andrea Marcia de Toledo. **A guerra fria e a política contencionista de George Kennan no estudo comparativo de uma elite do poder (1945-1950)**. 2011. 161 f. Tese (doutorado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras de Assis, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/103137>>. Acesso em 29 abril de 2019.

PEREIRA, Lopes. PAZ, Damaceno. **O Iraque e as ações de Proteção ao Patrimônio Cultural Mesopotâmico**. *Revista Memorare*, Tubarão, SC, v. 3, n. 3, p. 246-275 set./dez. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Arte, Guerra e o Direito Internacional**. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, n.o 431, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALIBA, Aziz Tuffi. FABRIS, Alice Lopes. **O Retorno de Bens Culturais**. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4663/pdf>. Acesso em 01 abr. 2019.

SHEFER, Raquel. **A Arte destruída pela Guerra**. Disponível em: <<http://www.publico.pt/culturaipsilon/jornal/a-arte-destruida-pela-guerra-197124>> Acesso em: 10 março de 2019.

CRÍTICAS ACERCA DA EFETIVIDADE DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOLIBERALISMO

*Rodrigo Antônio Ribeiro Storino
Pedro Augusto G. S. Reis*

RESUMO: Com as recentes movimentações jurisdicionais em matéria processual penal, geradas pela atuação das autoridades policiais e do Ministério Público no combate à criminalidade, o instituto da colaboração premiada ganhou destaque por estar presente em várias demandas envolvendo políticos do alto escalão. Contudo, a utilização deste instituto está, em muitos dos casos, sendo utilizado de maneira errônea, infringindo preceitos constitucionais e direitos fundamentais. Tudo isso, justifica-se pela influência do neoliberalismo na sistemática governamental do país, onde há tratamento de mercadoria negocial, inclusive dos direitos fundamentais, à justificativa de uma ilusória eficácia de combate à criminalidade.

Palavras-chave: Colaboração premiada; processo penal; efetividade; neoliberalismo; processo constitucional; ilegalidade.

ABSTRACT: The recent jurisdictions in criminal procedural matters, generated by the actions of the police authorities and the Public Prosecutor's Office in the fight against crime, the institute of plea bargain was highlighted by being present in several demands involving politicians of high echelon. However, the use of this institute is in many cases being misused, violating constitutional precepts and fundamental rights. All this is justified by the influence of neoliberalism in the governmental system of the country, where everything is treated as a bargaining

commodity, including fundamental rights, to the justification of an illusory effectiveness in fighting crime.

Keywords: Plea bargain; criminal proceedings; effectiveness; neoliberalism; constitutional process; illegality.

1. INTRODUÇÃO

Tem-se como objetivo principal neste trabalho, fazer uma análise quanto à efetividade da colaboração premiada e sua utilidade no processo judicial, analisando seus limites e sua legalidade a partir de um modelo constitucional e democrático de processo.

Este instituto vem sendo utilizado a inúmeros anos pelo direito comparado com diferentes nomeações, como é o caso da “*plea bargaining*” no direito norte-americano e da “*crown witness*” no direito inglês, ambos com a mesma função, beneficiar com redução de pena ou até mesmo o perdão judicial ao coautor que contribuir com a persecução penal.

Olhando para trás, temos emblemáticos acontecidos históricos envolvendo delações. No Império Romano, no intervalo aproximado entre 27 a.C. a 476 d. C., a delação se tornou complementar da persecução penal, passando a ser peça fundamental na atividade investigatória com a finalidade de identificar os autores de

uma infração, as circunstâncias e as motivações do crime. Nos contos bíblicos, temos um episódio épico quando Judas Iscariotes delata a identidade de Jesus de Nazaré para o Império Romano em troca de trinta moedas de prata. (LEITE, 2018).

Cuida-se aqui de descrever sobre o instituto da colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro à luz dos postulados fundamentais de direito penal e processual penal, de forma que a aplicação do instituto possa ser harmonizada com o ordenamento jurídico vigente, sobretudo a Constituição da República, identificando as principais questões de natureza prática a serem vencidas para que alcance seu objetivo com presteza e efetividade, sem atropelos às disposições constitucionais.

A problemática a ser enfrentada decorre da forma e das circunstâncias de como os acordos de colaboração premiada são realizados, partindo-se do princípio que, em quase totalidade dos casos, há uma disparidade entre as partes processuais, onde o Estado, como polo mais forte, dita as regras do jogo, utilizando meios coercitivos para que o colaborador, em muita das vezes, abra mão de vários direitos constitucionais, como o de não se auto incriminar, por exemplo, a troca de uma

benesse processual, tudo isso, influenciado pelo que chamamos de neoliberalismo, onde há tratamento análogo a mercadoria negocial, inclusive valores de cunho moral, na finalidade de enaltecer o trabalho do Estado e passar uma falsa impressão para a sociedade de que a criminalidade está sendo combatida com presteza e efetividade.

A hipótese científica que temos é de que a utilização deste instituto moldado pela Lei 12.850/13, com o Estado articulando as peças do jogo processual da forma que melhor lhe convém, caminha na contramão daquilo que tanto buscamos, um estado democrático de direito, tornando este mecanismo processual inteiramente inconstitucional.

Em termos metodológicos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica acerca dos assuntos relacionados diretamente ao tema, dentre elas livros e artigos acadêmicos publicados nas esferas do direito penal, processual penal, civil e constitucional, utilizando-se do método dedutivo para confirmação da hipótese no tocante à real efetividade e constitucionalidade da colaboração premiada.

2. A CRIAÇÃO DA LEI 12.850/13 E SUA APLICAÇÃO

Nosso ordenamento jurídico, no ano de 2013, teve criada a Lei 12.850/13, que dispõe sobre as organizações criminosas, normatizando em um viés procedimental a colaboração premiada, momento em que este instituto ganhou maior status no âmbito processual penal, inclusive pelos atuais acontecimentos em nossa federação envolvendo diversos políticos de alto escalão, trazendo ainda a atenção da mídia.

Contudo, anteriormente, a Lei 8.072/90, que trata sobre os Crimes Hediondos, já instituía uma minorante para aquele que denunciar um dos partícipes de uma quadrilha à autoridade, porém, não especifica os requisitos para a validade dessa colaboração premiada, nem mesmo descreve seu procedimento.

Inicialmente cumpre fazer uma breve distinção entre as nomenclaturas “colaboração premiada” e “delação premiada”. Muito se confunde os nomes no sentido de ser dito como a mesma coisa, o que, em regra, não é. O professor Luiz Flávio Gomes entende que:

Não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da justiça pode assumir a culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso, é só colaborador). Pode, de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas (nessa hipótese é que se fala em delação premiada). (GOMES, 2010)

Em outras palavras, a delação premiada é uma das formas de colaboração com a justiça, ou seja, além de delatar, que segundo Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 1024) “significa acusar ou denunciar alguém, no sentido processual, utilizando o termo quando um acusado, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma”, pode o colaborador, colaborar de outras maneiras, quais sejam, explicando a operacionalidade de uma organização, informando detalhes de um esquema criminoso existente, indicando as vezes um local onde esteja alocado objetos de valores ou dinheiro em espécie que tenham ligação com a organização, dentre outras formas.

O desenvolvimento e a evolução do instituto da colaboração premiada, adveio, em tese, das dificuldades enfrentadas pelo Estado em combater o crime organizado,

que é praticado mediante concurso de pessoas, apresentando registros desde a idade média com as Ordenações Filipinas na União Ibérica que vigorou de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830, conquistando um enfoque maior com a sofisticação da criminalidade. (CRUZ, 2006)

Com o passar do tempo, as armas utilizadas pelo Estado para combater o crime organizado foram ficando deficitárias, tornando-as ineficazes, momento em que a colaboração premiada surge com a finalidade de apresentar resultados práticos e efetivos, suprimindo os déficits estatais.

A colaboração premiada é um instituto que tem o Ministério Público como ator principal e, é disciplinada a priori pelo artigo 4º da Lei 12.850/13⁸, que dispõe, em seu caput, os tipos de benefício que podem ser concedidos, determinando uma efetividade na colaboração para que produza resultados de forma eficiente e voluntária, não podendo incorrer qualquer tipo de coação, seja ela moral ou física.

⁸ Art. 4º - O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

A colaboração premiada consiste em um meio de obtenção de prova utilizado na fase investigatória, considerada um contrato em que por meio da confissão e indicação de coautores e partícipes o réu auxilia na investigação em troca de diminuição de pena e inclusive possível perdão judicial, tudo isso realizado mediante um acordo reduzido a termo entre réu e Estado, ocasionando em um negócio jurídico processual.

O professor Renato Brasileiro de Lima define colaboração premiada como sendo:

“[...] uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal” (LIMA, 2014, p. 728-729).

Contudo, para a validade desta colaboração, deve o colaborador estar acompanhado de um procurador

particular ou defensor público, bem como estar voluntariamente naquela posição, tudo isso sem a participação do Julgador⁹. Sendo assim, após o depoimento, o contrato é assinado entre as partes (Ministério Público e acusado) e encaminhado ao Magistrado para sua homologação, lembrando que este, para homologar o termo, não analisa o mérito do que foi dito, nem o mérito das provas, ou seja, ele não vai dizer se o que o colaborador disse é verdadeiro ou falso, será analisado apenas os elementos formais do contrato, a voluntariedade, a regularidade e a legalidade daquele acordo¹⁰ para que, no momento da decisão, seja analisada sua eficácia¹¹.

Importante frisar que, o Estado, órgão que tecnicamente coordena os agentes públicos envolvidos em um acordo de colaboração, deve prezar pela constitucionalidade daquele ato, respeitando os direitos e

⁹ Art. 4º, § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

¹⁰ Art. 4º § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor

¹¹ Art. 4º § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia

garantias fundamentais do colaborador. Neste sentido, a professora Gisele Leite diz:

[...] o Estado ao investigar deverá manter uma postura ética e responsável a fim de inspirar os seus agentes a agirem em conformidade com a lei maior respeitando-se, sempre, as garantias fundamentais, ou seja, a colaboração há que se sempre obtida de forma livre e espontânea sem haver qualquer espécie de coação. Nem mesmo com o prolongamento desnecessário de medidas constritivas de liberdade: temporária e preventiva. (LEITE, 2018).

Contudo, na realidade prática dos atuais acordos de colaboração realizados, as coisas não andam de forma tão linear. Como veremos no decorrer do texto, muitas condutas eticamente questionáveis vem sendo cometidas na utilização deste mecanismo por vários motivos, aqui levantaremos dois deles: ineficácia normativa e influência neoliberal.

3. A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO E A EFETIVIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA.

Para adentrar na discussão da efetividade e dos reflexos processuais da colaboração premiada, impossível não analisar a questão ética deste instituto. Quando um colaborador delata algum comparsa, membro da organização criminosa, para fazer uso do prêmio oferecido pelo Estado, subjetivamente entende-se que foi traída a confiança entre estes e isso pode acarretar em futuros acontecimentos nada agradáveis, uma vez que a importância da confiança transcende a esfera das relações privadas e atinge todo o corpo social, inserindo-se no âmbito do interesse público.

Vale mencionar que é indubitável a estreita ligação entre a delação e o espírito antidemocrático, visto que na Alemanha nazista, os alemães recebiam de 2 a 3 mil delações por dia, destinadas a expor a origem judaica de compatriotas e os hábitos subversivos de alguns indivíduos, bem como no governo ditatorial do Brasil, marcado por inúmeras prisões efetuadas com base em denúncias infundadas feitas ao Departamento de Ordem Política e Social. (CRUZ, 2006).

O neoliberalismo, identificado por Michel Foucault (*apud* BRITO, 2016, p. 35), como “uma nova arte de governar que começou a ser formulada, pensada e desenhada mais ou menos em meados do século XVIII” é a maneira de exercer uma governança, governando o quanto menos possível, de modo que a razão de Estado agora estará diretamente conectada à economia política. Neste viés, o mercado então passa a dizer o que é verdade, devendo-se, nas palavras de Foucault (*apud* BRITO, 2016, p. 36) “deixa-lo agir com o mínimo possível de intervenção, justamente para que ele possa formular a sua verdade e propô-la como regra e norma à pratica governamental”.¹²

A professora e doutrinadora Michelle Barbosa de Brito escreve:

“O mercado diz a verdade sobre como um bom governo deve

¹² A razão neoliberal levou à superação do Estado Democrático de Direito. Foi a razão neoliberal, ao buscar o lucro ilimitado, que levou à percepção dos direitos e garantias fundamentais como obstáculos à eficiência do Estado e do Mercado.

No Estado Pós-Democrático, desaparece a dimensão substancial da democracia (e mesmo a regra da maioria torna-se descartável). Se o Estado Democrático de Direito se caracterizava pela existência de limites rígidos ao exercício do poder, de qualquer poder, no Estado Pós-Democrático, em que o único objetivo é o aumento do Capital, inexistem limites rígidos ao exercício do poder. Mas, não é só. No Estado Pós-Democrático, que surge em atenção à razão neoliberal, o poder político cada vez mais se identifica com o poder econômico. (CESARA, 2017)

agir, e é com base nessa verdade que serão tomados os rumos de uma sociedade nos mais diversos setores (político, legislativo, judicial). O modelo Neoliberal passou a estabelecer as regras do jogo, compondo o conteúdo silencioso do discurso punitivo. Os custos sociais decorrentes da lógica neoliberal são inquestionáveis, assim como o papel que o Direito Penal passou a exercer nesse sistema. Diante de um regime que relegou a segundo plano o cumprimento das obrigações positivas do Estado, o Direito Penal começou a ser utilizado como um mecanismo de controle social da população marginalizada por esse regime”. (BRITO, 2016, p. 36)

Infelizmente, hoje no Brasil, os valores passaram a ser tratados como mercadorias. Não diferente a colaboração premiada que de fato, é uma mercadoria, sendo que o próprio nome “colaboração” já reflete uma ideia de “venda”, bem como, a própria etimologia da expressão “colaboração espontânea”, verifica-se a tentativa do legislador de diluir a presada tradição da palavra “traição” e pior, premiar o que inicialmente soa como abjeto (SANTOS, 2016, p. 3). Como bem escreve o magistrado Rubens Casara (2017) “a delação na verdade é

chamada de colaboração para disfarçar o “desvalor” ético inerente a todo e qualquer delator, com a delação premiada, o Estado perde a superioridade ética que deveria o distinguir do criminoso”¹³.

Neste mesmo segmento neoliberal, para explicar a falta de critérios relacionado ao modo como fora realizados alguns recentes acordos de colaboração premiada ligados a operação Lava Jato, o magistrado e doutrinador Alexandre Moraes da Rosa vai dizer:

“[...] para além da legalidade, a metodologia utilizada difere em cada comprador, dada a ausência de regramento legal do “modo” como a negociação deve acontecer. Prevalece o jogo da negociação, do mercado flutuante e da capacidade de compra e venda de informações probatórias” (ROSA, 2016).

O atual circo político brasileiro, trazido a tona pela mídia, vive um momento delicado, que está sendo

¹³ No Estado Pós-Democrático, desaparece a dimensão substancial da democracia (e mesmo a regra da maioria torna-se descartável). Se o Estado Democrático de Direito se caracterizava pela existência de limites rígidos ao exercício do poder, de qualquer poder, no Estado Pós-Democrático, em que o único objetivo é o aumento do Capital, inexistem limites rígidos ao exercício do poder. Mas, não é só. No Estado Pós-Democrático, que surge em atenção à razão neoliberal, o poder político cada vez mais se identifica com o poder econômico (CESARA, 2017)

transparente à sociedade através do poder judiciário. Não se trata de defesa dos acusados envolvidos nessa massa delituosa, mas não se pode compactuar com os atos de abuso de poder e violação de direitos fundamentais. Em uma democracia não há possibilidade de órgãos estatais com poderes plenos e ilimitados para negociar e articular os mecanismos processuais, a ponto de pressionar os investigados. Ademais, verifica-se que a prisão cautelar vem sendo utilizada de modo desviado, como instrumento de pressão, sob a justificativa de que “*passarinho pra cantar precisa estar preso*”¹⁴ Com isso ficam as perguntas: Onde está a ética por parte do Estado? Onde está a voluntariedade por parte do colaborador? Onde estão os limites para a atuação do Estado?

Como bem diz Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa (2015) “a superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as coações sejam uma prática

¹⁴ Em parecer do Ministério Público Federal no ano de 2014 sobre a operação Lava Jato, o procurador Manoel Pastana disse que o Direito precisa evoluir e que a figura da delação premiada é recente no Direito Penal brasileiro. Por isso, diante de uma regra que fala da conveniência da instrução de forma abstrata como causa para a prisão preventiva, é possível se interpretar que uma dessas conveniências seja forçar o réu a colaborar, dizendo ainda que: “Em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoos-preventivas-forcar-confissoes>>.

normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente”.

O magistrado Rubens Casara escreve que:

“A razão neoliberal constrói uma visão de mundo que reduz as complexidades e que aposta em construções discursivas vendidas como positivities (pós-verdade). A realidade, complexa, é formada tanto por positivities quanto por negatividades. A informação a ser negociada, ao contrário, é pura positividade, é aquilo que se quer ouvir. [...] a informação “obtida” nas delações premiadas, muitas vezes obtidas após prisões e coações ilegítimas, em um quadro no qual direitos e garantias fundamentais estão afastados em nome da lógica neoliberal, não guarda qualquer relação necessária com a verdade. Trata-se de um mero negócio no qual o valor “verdade” também é descartável enquanto o significante “verdade” passa a ser manipulado” (CASARA, 2017)

Esta pressão antidemocrática exercida pelo Estado, disposto a constranger e obter o pacto a qualquer preço (LOPES JR, MORAIS, 2015) causa um reflexo

extremamente negativo, onde, por muita das vezes o acusado utiliza-se de uma “pseudo colaboração”, a qual tem sua legalidade e veracidade colocadas em dúvida diante da ausência de outras provas que a embasem.

Não é de difícil percepção que o instituto da colaboração premiada vem sendo aplicado no Brasil como uma espécie de justiça negociada ou justiça mercantilizada na ideia de apresentar resultados de forma célere e econômica, tudo isso fomentado pela ausência de uma legislação sólida, acarretando em inúmeras atrocidades processuais aos olhos de um processo constitucional. Neste viés, Aury Lopes Junior vai dizer:

"A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes para com isso chegarmos a um melhor resultado. O Resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva

para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica. Se acrescentarmos a esse quadro o fator tempo – tão importante no controle da produção, até porque o deus-mercado não pode esperar -, a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão" (LOPES JR, 2006, p. 141)

A partir do momento em que a concepção neoliberalista foi irradiada, abarcada como uma “nova razão de mundo”, os valores morais e os princípios éticos que antes condicionavam a atuação dos sujeitos em suas relações tanto privadas quanto públicas, tornaram-se negociáveis e, portanto, descartáveis.

Temos que dizer que a famosa “operação Lava Jato”, comandada pelos representantes do Estado, não passa de um grande produto negocial, encostando de lado a garantia de um processo penal constitucional e dando dimensão ao entretenimento midiático.

4. AS ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES PROCESSUAIS EXISTENTES NA PRÁTICA DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Várias atrocidades processuais vem sendo catalogadas nos acordos de colaboração premiada, a primeira delas está relacionada às cláusulas contratuais e os “prêmios” oferecidos no contrato de colaboração premiada.

Estão havendo inúmeras cláusulas atípicas estipuladas pelo Ministério Público que vão além de sua atribuição, tornando-as ilegais, como a fixação de penas (atributo conferido ao juiz) bem como a imposição de restrição a condutas meramente morais. Constitucionalmente falando, não pode o Ministério Público, ter esse poder negocial atuando como um legislador, sob pena de tornar sua atuação antidemocrático e usurpadora dos demais poderes.¹⁵

¹⁵ O processo penal brasileiro, não dispõe sobre regimes de prisão de forma diferenciada ou específica, os regimes são: aberto, semiaberto ou fechado, inexistindo a modalidade de “regime semiaberto diferenciado”. “[...] foi noticiada uma sentença penal condenatória na operação “lava jato” em que alguém – beneficiado pela delação premiada (ou seja, pena negociada) – é condenado a 15 anos e 10 meses em regime de “reclusão doméstica” ou “prisão domiciliar”. Depois vem um regime “semiaberto diferenciado” (??) e uma progressão para o regime aberto após dois anos. Tudo isso sob o olhar

O argumento utilizado pelo Estado para a justificativa da utilização do instituto de colaboração premiada, que é a sofisticação e a evolução organizacional do crime organizado, apenas serve para ludibriar a sociedade, onde na verdade o que ocorreu foi uma má gestão estatal ao longo dos anos passados, concluindo que, não foi o crime que se “organizou” e sim o Estado que se “desorganizou”.

Outra inconstitucionalidade está ligada ao princípio do contraditório, que é, em quase a totalidade dos casos, violado pelo fato de as partes negociantes estarem em plena posição de desigualdade, tendo em vista os amplos e irrestritos poderes conferidos ao Estado. Neste sentido Aury Lopes Jr. vai dizer:

"[...] o que caracteriza o princípio do contraditório é exatamente o confronto claro, público e antagônico entre as partes em igualdade de condições. Essa importante conquista da evolução do Estado democrático de Direito resulta ser a primeira vítima da justiça negociada, que começa a sacrificar o contraditório e por matar a igualdade de armas. Que igualdade pode existir na relação do cidadão

atônito do Código Penal, que não se reconhece nessa “execução penal *a la carte*” (LOPES JR, MORAIS, 2015).

suspeito frente à prepotência da acusação, que, ao dispor do poder de negociar, humilha e impõe suas condições e estipula o preço negócio?" (LOPES JR, 2006, p. 143).

Não é preciso muito esforço para encontrar semelhanças entre a colaboração premiada no Brasil e o sistema inquisitorial que perdurou com mais veemência na Europa durante a Idade Média, marcado pelo autoritarismo Estatal que, buscava a verdade mediante tortura aos acusados, assumido as funções de acusar e julgar como bem entender utilizando-se de seu subjetivismo.¹⁶

Na colaboração premiada, a pretexto de combater a criminalidade e alcançar a segurança pública, imprimindo maior eficiência ao processo penal, busca-se a “verdade” por meio de confissão do réu e da delação de co-autores ou partícipes, mediante a concessão de “premio” ao delator. No procedimento inquisitório, a pretexto de combater a propagação de condutas heréticas, buscava-se

¹⁶ Em 1229, o Papa Gregório IX criou o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, que era um tribunal eclesiástico responsável pela investigação e pelo julgamento daqueles que cometiam heresia. No sistema inquisitório, o órgão judicante acumulava as funções de acusar e de julgar. O processo inquisitório era norteado pela busca obsessiva da verdade, cuja prova fundamental assentava-se na confissão, obtida quase sempre por meio da tortura. Assim, o saber do acusado era a principal fonte de informação, seus direitos eram ignorados para que a realidade preconstituída fosse confirmada. A “verdade” já estava definida; o processo só precisava confirmar a verdade estabelecida pela acusação. (BRITO, 2016, p. 63)

obsessivamente a “verdade” por meio da confissão mediante o recurso da tortura. (BRITO, 2016, p. 63). Em simples observância, é fácil perceber a semelhança entre eles. Na prática, ocorre da forma como o professor e jurista Abraão Soares dos Santos explica:

“[...] as condições do delator lhe são completamente desfavoráveis: mesmo que não esteja sofrendo coação física como manda a tradição nacional, sua situação mental não comporta outros prolongamentos do que salvar a si próprio, ditado pelo instinto de sobrevivência numa sociedade cada vez mais individualista. Ora, se um indivíduo que não seja um ‘cliente’ comum do Direito Penal como os próprios diplomas legais apontam, se vê algemado, de ‘macacão’ amarelo e em depoimento secreto: ‘Dá uma vontade danada de trair’ (SANTOS, 2016, p. 5)

De fato, a legislação brasileira é completamente omissa em disciplinar o *modus operandi* a ser observado na celebração deste “acordo processual”. Com efeito, num primeiro momento, o próprio Ministério Público Federal declarou na mídia que os investigados

“eram presos para forçar a delação”¹⁷, fato este que não condiz com o requisito da liberdade e da voluntariedade em delatar. Trata-se a rigor de um mecanismo antiético e abusivo, pois os investigados presos preventivamente, já sem forças e sem esperanças e, vendo resultados favoráveis de outros delatores, acabam “decidindo” também delatar alguém para minimizar sua condenação certa, tudo isso tornando o instituto cada vez mais ineficiente e com resultados ineficazes. (BITENCOURT, 2017). Neste liame, O professor Pierpaolo Cruz Bottini afirma:

“[...] gostemos ou não, a delação é um instrumento legitimado pelo legislador, mas a falta de regulação precisa dificulta sua aplicação e acaba por ensejar incidentes que retardam o processo penal e não raro desaguam em sua nulidade completa, razão pela qual parece adequado um labor legislativo para apurar seu procedimento e seus contornos” (BOTTINI, 2012).

¹⁷ Segundo informações que circulam na imprensa, os delatores têm prestado dezenas de depoimentos (vazou na mídia que o tal de Cerveró foi interrogado 37 vezes ao longo de dias e dias, quiçá de meses à disposição dos investigadores oficiais). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico#_ftn3>

Patente é que a legislação brasileira não estabelece nenhum regramento de ordem processual para a colaboração premiada, o que cria dificuldades principalmente quanto ao procedimento a ser utilizado e à valoração probatória das declarações daqueles que colaboram com a Justiça, ficando a dúvida se tais declarações podem, por si só, desvirtuar o estado constitucional de inocência do colaborador acusado.

Um dos requisitos, fundamentais e indispensável para a validade e legitimidade de um acordo de colaboração é a liberdade e a voluntariedade do colaborador que, na maioria das vezes, não estão presentes, tendo em vista que a situação de desvantagem e não paritária dos colaboradores.

Outro ponto a ser criticado e debatido é no tocante às renúncias de direitos fundamentais havida em alguns acordos de colaboração premiada no âmbito da “operação lava jato”. No acordo realizado entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa, há uma cláusula expressa onde o Réu renuncia aos seus direitos processuais, desistindo dos habeas corpus impetrados, se

comprometendo ainda a não discutir questões de competências e nulidades processuais.¹⁸

A dúvida que perdura é no tocante à possibilidade de renunciar a tais direitos, seria possível, acusação e defesa renunciarem a estes direitos? Estariam estas matérias no escopo da discricionariedade do colaborador?

É sabido que qualquer ato jurídico praticado por magistrado incompetente é um ato nulo de pleno direito. Essa é a regra, portanto, como acordar em não discutir questões de competência e nulidades processuais se estes erros invalidam aquele ato? Para melhor explicar essa matéria, Aury Lopes Junior vai dizer:

“Como regra das nulidades absolutas, a gravidade da atipicidade processual conduz à anulação do ato, independentemente de qualquer alegação da parte interessada, podendo ser reconhecida de ofício pelo juiz ou em qualquer grau de jurisdição. Sendo alegada pela parte, não necessita demonstração

¹⁸ Cláusula 12 do acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa pela “lava jato”. A defesa desistirá de todos os habeas corpus impetrados no prazo de 48 horas, desistindo também do exercício de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em 10 de Abril de 2019.

do prejuízo, pois manifesto ou presumido, como preferem alguns. Os exemplos costumam conduzir à violação de princípios constitucionais, especialmente o direito de defesa e o contraditório. Nessa linha, é nulo o processo sem defensor; a ausência de alegações finais (ou dos debates orais); quando ocorre colidência de teses entre réus diferentes, mas com um mesmo advogado; a perícia feita por um único perito não oficial etc. Também entra no campo das nulidades absolutas a sentença (e todos os atos) proferida por juiz absolutamente incompetente, como vimos no estudo da competência” (LOPES JR, 2013, p. 1136-1137).

Por fim, após todo o estudo e abarcando de forma geral o instituto da colaboração, impreterível deixar de citar uma passagem categórica do magistrado Alexandre Morais da Rosa, onde afirma que o atual estágio da colaboração torna um mecanismo de terror e surpresa:

"[...] Talvez se possa entender um pouco mais sobre os dilemas contemporâneos do processo penal eficiente via delação premiada, quer para aderir, quer para rejeitar. O que não se pode é continuar aceitando as —novidades‖ legislativas sem uma profunda reflexão de qual é o nosso papel, nem os efeitos que nossas

posições podem engendrar no coletivo. 63 Os limites democráticos precisam ser recompostos. O —tubarão já foi preso, morto, esquartejado, mas sempre surge o medo de que ele retorne, não porque o quer, mas porque o — tubarão habita o mais íntimo do humano. Surpresa? Medo? Angústia? Tudo humano, demasiadamente humano, diria Nietzsche. Quem sabe entendendo se possa aliviar a surpresa, o medo e a angústia, embora não tenha tanta certeza!" (ROSA, 2011, p. 11).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cediço dizer que a colaboração premiada atualmente, demonstra ser um instrumento utilizado no combate a infrações cometidas em concurso de pessoas ou organizações criminosas, não só no Brasil como no mundo, porém, a legislação brasileira é falha ao não dispor com clareza seus procedimentos, e com isso, demonstra relativizar garantias constitucionais mediante intimidação pela isenção de um sistema penal falido. Essas características nos remetem a concluir que a colaboração premiada é uma forma do Estado induzir uma delação e até mesmo uma confissão.

De fato, temos que a realidade de um acordo de colaboração premiada é complexa, o que torna necessário uma densa elaboração legislativa, sob pena de permitir-se várias ofensas às garantias do colaborador e dos demais delatados envolvidos, podendo ferir de forma inaceitável a tutela da dignidade humana, valor este que deve representar uma barreira intransponível.

Precisamos urgentemente de uma lei específica, somente para colaboração premiada que unifique os diferentes dispositivos existentes, que discipline os limites da delação, especificando ainda o que pode fazer e principalmente, que deixe claro, o que não se pode fazer na utilização deste instituto.

A atual legislação disciplinadora, Lei 12.850/13 sofre de carência e insuficiência normativa, abrindo um espaço para que o Ministério Público, juntamente com a conivência do Poder Judiciário, atue de forma inquisitorial, o que vai de contra ao modelo constitucional e democrático de processo.

A pretexto de um processo penal eficiente compactua-se com o ferimento ao sistema acusatório avocado pela nossa Carta Magna, na ilusão de que produzidos resultados eficazes, decisões justas e acertadas.

Contudo, a colaboração premiada como vem sendo utilizada, tem se mostrado instituto jurídico promotor de violação de direitos fundamentais; portanto, inconstitucional, por não representar o verdadeiro projeto de Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988.

Deixamos claro que não somos contra a colaboração premiada, criticar este instituto, não é fazer um manifesto à impunidade, muito pelo contrário, digamos com veemência que é um instituto processual muito importante no nosso ordenamento jurídico, porém, deve ser exercido em consonância com a sistemática constitucional e dentro de balizas definidas de forma clara. Punir é necessário, é um ato civilizatório, mas é preciso respeitar as regras para que não torne nosso processo inconstitucional e promotor de injustiças.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação Premiada é favor legal, mas antiético. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico#_ftn3>. Acesso em 01 de Abril de 2019

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 de Abril de 2019.

BRASIL, Lei Nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>.

Acesso em 30 de Março de 2019.

BRASIL, Lei Nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em 30 de Março de 2019.

BRITO, Michelle Barbosa. Delação Premiada E Decisão Penal: Da Eficiência À Integridade. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CANARIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Consultor Jurídico. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em 02 de Abril de 2019.

CASARA, Rubens. Delação premiada: mercadoria do Estado Pós-Democrático. Disponível em:

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/16/delacao-premiada-mercadoria-do-estado-pos-democratico/>>.

Acesso em 23 de Março de 2019.

CRUZ, André Gonzalez. Delação premiada. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 32, ago 2006. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3324>. Acesso em 30 de Março de 2019.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPODIVM, 2014.

LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. Consultor Jurídico, v. 24, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em 12 de Abril de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça Colaborativa e Delação Premiada. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2108608/justica-colaborativa-e-delacao-premiada>> Acesso em 01 de Abril de 2019.

GOMES, Luiz Flavio. Coordenador e autor responsável. Lei de drogas comentada. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.

LEITE, Gisele. Considerações sobre a colaboração premiada no processo penal brasileiro. Jornal Jurid, 2018. Disponível em:

<<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-a-colaboracao-premiada-no-processo-penal-brasileiro>>. Acesso em 27 de Março de 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradora da República no Estado do Paraná. Termo de Acordo de Colaboração Premiada realizado entre Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em 10 de Abril de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT. 2007.

POLI, Camilin Marcie de. Sistemas processuais penais. Empório do direito, Florianópolis, 2016

ROSA, Alexandre Morais da. Como funciona o mercado oculto da delação premiada. Consultor Jurídico. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-18/limite-penal-funciona-mercado-oculto-delacao-premiada>>. Acesso em 28 de Março de 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. Delação Premiada: Terror e Surpresa. In: Boletim Informativo do IBRAPP, n. 1, 2011/02, p. 10-11

ROSSETTO, Enio Luiz. A confissão no processo penal. São Paulo: Atlas, 2001.

SANTOS, Abraão Soares dos. A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira. 2016.

Disponível em: <
<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13474-13475-1-PB.pdf>>. Acesso em 03 de Abril de 2019.

TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 10^a. ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

ENSINO DOMICILIAR (*HOMESCHOOLING*) NO BRASIL: DESOBEDIÊNCIA CIVIL OU EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EDUCAR?

Cláudio Márcio Bernardes

Resumo

O ensino domiciliar, movimento social mundialmente conhecido como *Homeschooling*, não é legalmente permitido no Brasil. Por outro lado, considerando o aumento no número de adeptos ao fenômeno, torna-se imperioso ampliar o debate para entendê-lo como parte de um importante processo de evolução social. Para cumprir esse propósito, será feita uma abordagem da atual legislação brasileira sobre o ensino e os reflexos da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. O texto articula a tese com base em um questionamento: os pais que adotaram o ensino domiciliar cometem desobediência civil ou exercem o direito à liberdade de educar?

Palavras-chave: ensino domiciliar – ensino escolarizado – legislação – acórdão

Abstract

Homeschooling, social movement known worldwide as Homeschooling, is not legally allowed in Brazil. On the other hand, considering the increase in the number of adherents to the phenomenon, it becomes imperative to broaden the debate to understand it as part of an important process of social evolution. To fulfill this purpose, an approach will be made to the current Brazilian legislation on teaching and the reflexes of the decision of the Federal Supreme Court on the matter. The text articulates the thesis based on a question: do parents who adopted

Homeschooling committe civil disobedience or exercise the right to freedom to educate?

Keywords: Homeschooling – schooling – legislation – ruling

1 Introdução

A educação escolarizada, como conhecida atualmente, nem sempre vigorou no Brasil. A primeira escola fundada pelos jesuítas data de 1549, em Salvador. Pouco tempo depois, os mesmos jesuítas fundaram a segunda, em 1554, em São Paulo, data que marca a fundação da cidade. Nessas escolas, ensinava-se a ler, escrever, a praticar a matemática e, obviamente, a doutrina católica. O material pedagógico utilizado pelos jesuítas era o *Ratio Studiorum*, um compêndio com as disciplinas que deveriam ser aplicadas aos colonos e aos índios. Os escravos não eram submetidos ao ensino jesuítico, uma vez que eram coisificados nas relações mercantis. O ensino catequético prevaleceu no Brasil até 1759 quando o Marquês de Pombal expulsou os jesuítas das colônias e decretou a laicidade do Estado. O *Ratio Studiorum* foi então substituído pelas aulas régias. Nesse período, foram finalmente criadas as escolas públicas, cuja formatação não modificou substancialmente na atualidade. As turmas são numerosas, os alunos ocupam fila indiana e o professor

fica num plano alto, demonstrando ser ele o detentor do conhecimento. Essa concepção verticalizada de ensino ainda prevalece nas escolas e a interação entre os alunos é entendida como desrespeito, uma vez que somente o mestre tem o turno de fala.

Como o País tem dimensão continental e já havia, nesse hiato de mais de 200 anos, uma população considerável, é de fácil constatação que as escolas não atendiam a toda a população, incluindo os colonos, os mineradores, os índios, suas famílias e os escravos, que eram excluídos do sistema social. Diante dessa lacuna, o ensino domiciliar, ou *homeschooling*, como chamado em países de língua inglesa, a busca pelo aprendizado no âmbito doméstico, predominava nos lares brasileiros. Alguns textos legais já faziam menção explícita a essa modalidade de ensino. O artigo 2º da Lei 4.024 (BRASIL, 1961), por exemplo, trazia essa previsão: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola”.

Somente com a Constituição Republicana de 1988 é que se aboliu a modalidade de ensino praticado no lar. Por ela, cabe aos pais ou responsável matricularem obrigatoriamente seus filhos entre os 4 e 17 anos em uma escola pública, privada ou em regime de cooperativa. As crianças já devem ser matriculadas na educação infantil a partir dos quatro anos e permanecer na escola até os

dezessete, segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996)

A lacuna legislativa sobre o assunto provocou uma atuação do Poder Judiciário, chegando a discussão até o Supremo Tribunal Federal, uma vez que houve um recrudescimento do ensino domiciliar no País, e alguns pais foram processados por causa do descumprimento do impositivo legal que os abriga a matricular seus filhos em idade escolar em alguma escola oficial. A pergunta que se procura responder é: os pais ou responsáveis que decidiram não matricular seus filhos (entre os 4 e 17 anos) em alguma escola regular cometeram desobediência civil ou estão em exercício da sua liberdade de educar?

Para responder a esta pergunta, pretende-se teorizar sobre a relação entre o Estado e o cidadão. Para tanto, será utilizada a teoria de Georg Jellinek (1912) sobre os status: passivo, negativo, positivo e ativo.

O objetivo primordial deste estudo é analisar a legislação nacional sobre o ensino, não perdendo de vista a decisão do órgão máximo da Justiça, o Supremo Tribunal Federal, que não reconheceu juridicamente o ensino domiciliar no Brasil, mas postulou a necessidade de normatização legislativa sobre o assunto.

No desenvolvimento do estudo, para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método dedutivo,

processo que faz referência aos dados da experiência ou as normas e regras em relação a leis e princípios gerais, como a pesquisa teórica, com compilação e revisão de material bibliográfico.

A metodologia de pesquisa para a realização da pesquisa utilizará o procedimento bibliográfico, na consulta empreendida a material teórico-bibliográfico e documental disponível, com a utilização de livros, textos e artigos doutrinários, além de leis que possuam relação direta ou indireta com o assunto em comento.

Atualmente os legisladores já retomaram o assunto e o colocaram novamente na pauta nacional, conforme será visto adiante.

2 A teoria do status no âmbito do direito-dever à educação fundamental

As diversas teorias de conceituação do Estado costumam situar-se no contexto sociopolítico de uma nação. A evolução da tutela jurídica do direito fundamental à educação pode ser entendida sobre os diferentes vieses do Estado Liberal de Direito, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do Século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século. (BONAVIDES, p.369)

Os direitos fundamentais atrelados ao Estado liberal, social e democrático costumam ser apresentados e divididos como parte histórica da geração (ou dimensão) de direitos. Norberto Bobbio (2004) postula sobre as circunstâncias históricas resultantes da eterna luta de classes em prol do estabelecimento da liberdade.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema — sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer — do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa e um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os

primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos. (BOBBIO, 2004, p. 9)

Os direitos fundamentais evoluíram da conformação entre o cidadão e o Estado. Georg Jellinek (1912), jurista e filósofo do direito, cujos estudos se deram principalmente na segunda metade do século XIX, acrescenta à clássica dimensão histórica, Estado liberal, social e democrático, o Estado absolutista, elemento fundamental na consolidação do Estado moderno. A atuação do Estado, do absolutista ao liberal, em relação ao cidadão, tem importante destaque na sua teoria do status, articulada nas suas obras clássicas *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, que ainda não tem tradução no Brasil, e *Teoria Geral do Estado*.

O Estado, em primeiro lugar, faz parte do mundo dos fatos, e, portanto, está envolvido no mundo da realidade no sentido objetivo, isto é, não tem existência fora de nós. É uma variedade de eventos que se desdobram no tempo e no espaço. Mas esses fatos precisam ser percebidos, mesmo por aqueles que não sabem nada sobre o homem e seus propósitos, uma vez que o que realmente existe, existe independentemente de qualquer subjetivismo. Assim vemos e reconhecemos fatos sociais nas relações humanas semelhantes às de certos animais. O que acontece em colmeias ou

formigueiros, nós percebemos, mas não podemos interpretar em toda sua justeza. Ainda hoje não está claro para a ciência que forças orgânicas ou psicológicas são aquelas em que repousam esses instintos geradores das sociedades animais; ou seja, somente nos são conhecidos suficientemente os fatos exteriores, mas não as forças que estão trabalhando internamente em cada um dos membros da sociedade. Interpretamos, no entanto, sem querer, no nosso foro íntimo, estes fatos, valendo-nos de analogias. Se não fosse por isso, veríamos apenas em certas sociedades uma sucessão de fatos sem sentido, um organismo não humano. Mas, tal modo de considerar o Estado, exclusivamente pelo seu aspecto exterior, isto é, objetivo, como o haveremos de chamar, oferece somente uma imagem pobre e insuficiente cientificamente. Os fatos sociais podem compreender-se tão somente pela condição de conhecer os atos psíquicos que os determinam e os acompanham, porque todos os fatos externos à sociedade, do mesmo modo que todas as mudanças que têm lugar na vida dos homens, são condicionados pela vontade, cuja direção e conteúdo são dados pela plenitude do ser psicológico e pela atuação do homem. Mas, com este tipo de conhecimento, o Estado transporta-se do mundo objetivo para o mundo subjetivo. (JELLINEK, 1912, tradução livre)¹⁹.

¹⁹ “El Estado, en primer lugar, forma parte del mundo de los hechos, y por consiguiente, está encajado dentro del mundo de lo real en el sentido objetivo, esto es, que tiene existencia fuera de nosotros; es una variedad de hechos que se desenvuelven en el tiempo y en el espacio; pero estos hechos necesitan poder ser advertidos, incluso por quien no sepa nada acerca del hombre y sus fines, pues lo que existe realmente, existe independientemente de todo subjetivismo; así vemos y reconocemos en las relaciones humanas hechos sociales semejantes a los de ciertos animales. Lo que pasa en las colmenas o en los hormigueros, lo percibimos nosotros; pero no podemos interpretarlo

Status constitui, pois, a relação de subordinação do indivíduo, sujeito de direitos e deveres, em perene confronto com o Estado. Essa relação, segundo Jellinek, pactua-se por intermédio de uma Constituição. Ou seja, os direitos e garantias fundamentais não teriam lugar em um regime autoritário.

No começo do Século XVII, fala-se pela primeira vez de *status rei publicae* como expressão abreviada para indicar todo o status, em oposição à corte, ao exército e às câmaras dos Estados, querendo significar, portanto, com aquele, o estado total dos assuntos gerais do país. Mais tarde se fala de *status publicus*; sem embargo, durante muito tempo a terminologia é tão insegura que se designa, com o mesmo nome, a corte e a câmara dos príncipes.

con toda justeza. Aún hoy no está claro para la ciencia qué fuerzas orgánicas o psicológicas son aquellas sobre las que descansan estos instintos generadores de las sociedades animales; esto es, solo nos son suficientemente conocidos los hechos exteriores, pero no las fuerzas que están obrando internamente en cada uno de los miembros de la sociedad. Nosotros interpretamos, sin embargo, involuntariamente, en nuestro fuero interno, estos hechos, valiéndonos de analogías. Si no fuera por esto, veríamos tan sólo en ciertas sociedades una sucesión de hechos sin sentido, un organismo no humano. Pero un modo tal de considerar al Estado, exclusivamente desde su aspecto exterior, esto es, objetivo, como le habremos de llamar, ofrece solamente una imagen pobre, e insuficiente científicamente, del mismo. Los hechos sociales pueden comprenderse tan sólo con la condición de conocer los actos psíquicos que los determinan y acompañan; porque todos los hechos exteriores de la sociedad, del mismo modo que todos los cambios que tienen lugar en la vida de los hombres, van condicionados por la voluntad, cuya dirección y contenido están dados por la plenitud del ser psicológico y por la actuación del hombre. Mas con esta suerte de conocimiento se traslada el Estado del mundo de lo objetivo al mundo de lo subjetivo.” (JELLINEK, 2000, p. 159).

No curso do Século XVIII, consolida-se essa expressão, sem dúvida sob o influxo da literatura da ciência do Estado e se designa com essa voz a totalidade da comunidade política. Ao final do citado século se termina esse processo, correspondente à transformação operada na consciência geral que levou a converter os territórios em Estados. Sem embargo, o termo Estado conserva um duplo sentido, cujo rastro se deixa sentir até em nossos dias. Assim, por exemplo, chama-se estado as províncias ou territórios que têm uma constituição particular. (Tradução livre)²⁰

Segundo a teoria do escritor alemão, são quatro os possíveis status que relacionam o indivíduo com o Estado: o passivo (*status subjectionis*), o negativo (*status libertatis*), o positivo (*status civitates*) e o ativo (*status activus civitates*).

O status passivo representa a submissão à lei, garantido pelo poder do Estado absoluto, em que o dever

²⁰ “A comienzos del siglo XVII, se habla por vez primera *status rei publicae* como expresión abreviada para indicar todo el *status*, em oposición a la corte, al ejército y las cámaras de los Estados, queriendo significar, por tanto, con aquél, el estado total de los asuntos generales del país. Más tarde se habla de *status publicus*; sin embargo, durante mucho tiempo la terminología es tan insegura que se designa con el mismo nombre la corte que la cámara de los príncipes.

En el curso del siglo XVIII se consolida esta expresión, sin duda bajo el influjo de la literatura de la ciencia del Estado, y se designa con esta voz a la totalidad de La comunidad política. Al final del citado siglo se termina este proceso, correspondiente a la transformación operada en la conciencia general que llevó a convertir los territorios en Estados. Sin embargo, La voz Estado conserva un doble significado, cuyo rastro se deja sentir hasta em nuestros días. Así, por ejemplo, se llama estado a las provincias o territorios que tienen una constitución particular” (JELLINEK, 2000, p. 156).

predomina sobre qualquer direito. O status de sujeição do indivíduo ao poder constituído deu-se primordialmente com a criação do Estado Moderno, na segunda metade do século XV, a partir do desenvolvimento do capitalismo mercantil, marcando o fim do sistema feudal e o surgimento da classe liberal-burguesa.

Nos Séculos XVII e XVIII, com o enfraquecimento do poder dos monarcas, a partir das conquistas advindas da Revolução Francesa, em 1789, surge a expectativa de se estabelecerem os direitos individuais. Para Jellinek, o *status libertatis*, marcado pela liberdade privada, garante ao cidadão que o Estado deve apenas proteger os direitos, abstendo-se de agir com despotismo. O status negativo constitui o campo dos direitos civis. No Brasil, somente pôde-se falar realmente em liberdade com o fim tardio da escravatura no final do Século XIX.

Ironicamente quem cumpriu, de alguma forma, a agenda dos direitos sociais no Brasil, após longo período de agitação popular, foi Getúlio Vargas em 1930. Havia manifestações de interesse de implantação do comunismo no País e Getúlio, através de reformas estruturais, como a criação da CLT (Consolidação da Leis Trabalhistas) e da Petrobras, sufocou qualquer tentativa de revolucionária.

Para isso, ele promoveu uma transição abrupta dos direitos civis para, ainda que minimamente, o Estado de bem-estar social, sem a intermediação de direitos políticos universais. Essa intervenção estatal em vários setores estruturais, o status positivo, marcou profundamente a história sociopolítica do Brasil.

Pode-se afirmar categoricamente que, somente com a Constituição da República de 1988, os direitos políticos, ou conforme Jellinek, *status civitatis*, tiveram sua proeminência. A conquista do voto universal veio acompanhada também da necessidade de entender o cidadão como parte integrante de um todo.

Nesse contexto, a educação também pode ser compreendida nessa relação necessária entre o cidadão (cidadãos) com o Estado. Quanto ao enquadramento desse direito-dever fundamental à teoria dos status, tudo vai depender da conjuntura social, econômica, histórica, cultural e política. Quando se pensa em uma escola sucateada, que não consiga dar conta de cumprir seus objetivos pedagógicos tampouco os de socialização, a tendência é de fortalecimento do ideal liberalista. Se a escolarização corresponde à prática constante do exercício da cidadania e encurtamento da distância que separa os agrupamentos sociais, ocorre um fortalecimento da

instituição escolar, enquanto *locus* de debate. Nesse sentido, o individual dá lugar ao sentimento de pertencimento coletivo. O que não se pode perder de vista é que essa relação não é estanque e pode acontecer de forma concomitante e concorrente. Afinal a constituição do tecido social é complexa e dinâmica, o que faz com que os direitos e deveres sejam entendidos ora como retrocesso ora como avanço. Basta imaginar que a escravatura consistia em um direito de propriedade atribuído ao branco e rico para se ter em mente que a evolução social é incontestável e desejável.

3 A lacuna normativa sobre o ensino domiciliar e as implicações judiciais aos pais que o adotaram

Em Portugal, a modalidade de *homeschooling*, ou ensino doméstico como é chamado no país, vem a ser, nos termos da alínea a, nº 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 553/80, (PORTUGAL, 1980), “aquele que é lecionado no domicílio do aluno, por um familiar ou por pessoa que com ele habite”. Nesse país, os pais ou responsáveis que resolvem adotar essa modalidade de ensino podem

inscrever seus filhos num sistema público estatal, até mesmo pela *internet*, e devem informar quem irá se responsabilizar pela sua condução pedagógica. As crianças ou adolescentes matriculadas nessa modalidade de ensino doméstico devem ser submetidos periodicamente ao sistema de avaliação nacional.

No Brasil, a educação domiciliar aparecia em linhas gerais na Constituição de 1937. Surgia como direito primordial dos pais e apresentava o caráter meramente colaborativo da atuação estatal. Refletia, portanto, o Estado liberal, destacando a família como ente essencial para a educação dos filhos: “Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”.

Em linhas gerais, a educação no Brasil até 1988, como visto, podia ser entendida como domiciliar e escolarizada. Com a redemocratização, a Constituição de 1988, marcada por forte presença estatal, principalmente para garantir os direitos fundamentais, cerceados durante a ditadura militar, apesar de nada mencionar sobre o ensino

domiciliar, elencou a responsabilidade concorrente quanto ao direito-dever à educação.

Para definir os papéis quanto às atribuições educacionais, a Constituição impôs o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação e à convivência comunitária, nos seguintes termos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

A responsabilidade de cada um dos entes: Estado, família e sociedade é definida no artigo 205 também da Constituição. Ao Estado e à família cabem a promoção da educação, sendo que atualmente o Estado tem o monopólio da criação e manutenção do sistema público escolar e a família deve matricular e procurar manter seus filhos na escola.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo

O artigo 208 da Constituição aborda a obrigatoriedade da educação básica dos 4 aos 17 anos de idade, como direito público subjetivo, incumbindo ao Poder Público zelar pela frequência à escola. Como se pode observar, o papel do Estado é proeminente em relação ao da família, que atua como coadjuvante nesse cenário.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

[...]

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

A LDBEN (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) ratifica a obrigação da matrícula,

tarefa da qual os pais não podem se omitir: “Art. 6º: É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade” (BRASIL, 1996).

Essa obrigatoriedade também está prevista no artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069: “Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” (BRASIL, 1990). Para o caso de omissão dos pais ou responsáveis, apta a violar ou ameaçar direitos dos menores, a exemplo da recusa de matrícula objetivando a educação domiciliar, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação de medidas protetivas (Artigo 98, inciso II; artigo 129 e artigo 249).

Com isso, pode-se concluir que: 1) cabe ao Estado oferecer escola pública gratuita e universal aos alunos que tenham entre 4 e 17 anos e fiscalizar as escolas regulares da iniciativa privada; 2) cabe aos pais matricularem seus filhos em alguma escola regular, pública ou privada. Quem desobedecer a esse imperativo legal, pode responder pelo crime de abandono intelectual, tipificado no artigo 246 do Código Penal e ocorre quando o pai, mãe ou responsável deixa de garantir a educação primária de seu filho. Nesse sentido, surgem algumas questões: se os pais não

matriculam os seus filhos em alguma escola regular, mas assumem a responsabilidade de fazê-lo, estariam eles deixando de lhes garantir a educação primária? Por outro lado, e de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, poderiam perder ou ter suspenso o poder familiar? Ou, por fim, a conduta dos pais que adotaram o ensino domiciliar seria enquadrada como desobediência civil? Na realidade brasileira, como ainda não existe norma que defina, proibindo ou permitindo o ensino domiciliar, destaca-se o ativismo judicial e as decisões administrativas do Ministério da Educação.

O Conselho Nacional de Educação, por meio da Câmara de Educação Básica, analisou a questão da educação domiciliar no Parecer CNE/CEB nº 34/2000 e entendeu que a complexidade da educação exige a participação de todos os entes: Estado, família e sociedade. O citado parecer foi conclusivo no sentido da impossibilidade da educação familiar.

Portanto, família, sociedade, organizações culturais e outras, são todas cooperadoras no desenvolvimento de uma educação plena, visando à plena cidadania. Mas a escola é agência indispensável, na conjugação dos deveres “da família e do Estado”, conforme o art. 2º da LDB. Não da família sem o Estado ou do Estado sem a família, com inspiração “nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”, tendo “por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua

qualificação para o trabalho”. Certamente, foi sábio o legislador, ao envolver a tríade mencionada na consecução de objetivos tão amplos. Porque a família, ela só, jamais reunirá as condições mínimas necessárias para alcançar objetivos tão amplos e complexos. (BRASIL, 2000)

Os direitos à educação e à cidadania são direitos individuais indisponíveis assegurados pela Carta Magna e também presentes na legislação infraconstitucional. Nesse sentido, a Lei 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB) define a abrangência do ensino e determina que a educação ocorra, predominantemente, em instituições próprias.

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social. (BRASIL, 1996)

A partir da leitura desse dispositivo legal, surge uma dúvida quanto ao que o legislador quis dizer com a frase: “[...] a educação escolar, que se desenvolve, **predominantemente**, por meio do ensino, em instituições

próprias” (grifo nosso). Quando se fala em predomínio, fala-se em maior importância, o que não exclui possibilidade diversa, ainda que menos importante. É de destacar que, em Portugal, a matrícula também é obrigatória, mas ela pode se dar em diferentes modalidades de ensino: escolarizado ou doméstico.

Os pais que submeteram seus filhos ao ensino domiciliar, não os matriculando na idade escolar entre 4 e 17 anos, vinham sendo processados pelos tribunais brasileiros até que um caso de maior visibilidade teve repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. Em recente decisão, o plenário do Supremo negou provimento ao Recurso Extraordinário 888.815, do Rio Grande do Sul, articulando a tese de que “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”. Para o STF, essa celeuma não deve ser enfrentada na Corte Constitucional, mas sim no âmbito do Poder Legislativo, a quem cabe a função de elaborar normas de direito.

O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização

pele Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). (Supremo Tribunal Federal (STF), Recurso Extraordinário (RE) 888815, RS, Ministro-relator Alexandre de Moraes, julgamento em 12 de setembro de 2018)

A Constituição Republicana menciona o dever do Estado e da família como provedores da educação fundamental, mas não descreve o papel de cada ente, cabendo-lhes, pois, a função cooperativa. Já a legislação infraconstitucional, como visto, prevê a obrigação dos pais de matricularem seus filhos na escola e, ainda, a possibilidade de sanção quanto ao seu descumprimento.

Como vimos, excetuando um dever que vem sendo interpretado, a *contrario sensu*, como um dever dos pais ou responsáveis da criança por matriculá-la e zelar por sua frequência à escola, não há, na Constituição Federal, nenhuma obrigação específica atribuída à família, apenas se declara o seu dever em promover a Educação Nacional, sem especificar como. Ao mesmo tempo, existem muitas obrigações delineadas quanto ao Estado. É na LDB que surge o comando dirigido aos pais das crianças e adolescentes quanto a matricular e zelar pela frequência de seus filhos à escola. (ANDRADE, 2014, p. 348)

Apresentado em 11/4/2019, o Projeto de Lei 2401, de iniciativa do Poder Executivo nacional, procura incluir o ensino domiciliar como modalidade de educação

no Brasil. O projeto define ensino domiciliar como sendo o regime de ensino de crianças e adolescentes, dirigido pelos próprios pais ou pelos responsáveis legais. Alguns pontos do Projeto se assemelham ao ensino doméstico praticado em Portugal.

Art. 4º A opção pela educação domiciliar será efetuada pelos pais ou pelos responsáveis legais do estudante, formalmente, por meio de plataforma virtual do Ministério da Educação, em que constará, no mínimo: I - documentação de identificação do estudante, na qual conste informação sobre filiação ou responsabilidade legal; II - documentação comprobatória de residência; III - termo de responsabilização pela opção de educação domiciliar assinado pelos pais ou pelos responsáveis legais; IV - certidões criminais da Justiça Federal e da Justiça Estadual ou Distrital; V - plano pedagógico individual, proposto pelos pais ou pelos responsáveis legais; e VI - caderneta de vacinação atualizada. (BRASIL, 2019)

Nessa proposta, os pais ou responsáveis assumem o compromisso de ensinar os seus filhos a partir de um plano pedagógico, o que implica dizer que eles reconhecem a necessidade de haver um método de ensino sistematizado²¹. O estudante matriculado em educação domiciliar será submetido, para fins de certificação da aprendizagem, a uma avaliação anual sob a gestão do

²¹ O projeto não contempla aqueles pais ou responsáveis que abominam qualquer forma de escolarização ou sistematização do ensino, mesmo em casa. Os *unschoolers*, como são conhecidos, acreditam que a criança deve aprender o que ela entende que é válido e útil para o seu aprendizado, sem qualquer interferência do sistema público de ensino.

Ministério da Educação. Em caso de sucessivas reprovações, os pais ou responsáveis legais perderão o direito de exercício do direito à opção pelo ensino domiciliar.

4 O direito de os próprios pais promoverem o ensino dos seus filhos no âmbito doméstico

Em pesquisa realizada através da plataforma de questionários via *web*, *Survey Monkey*®²², entre os dias 10 de outubro e 21 de novembro de 2016, com o apoio da *front page Homeschooling no Brasil* e da Associação Nacional de Ensino Domiciliar (ANED), 23 famílias brasileiras, todas adeptas da modalidade de ensino domiciliar, responderam a alguns questionamentos. O principal objetivo da pesquisa consistiu em entender os motivos por que os pais resolveram arriscar-se diante da legislação brasileira e não matricularem seus filhos (entre 4 e 17 anos) em escola regular. Entre os motivos citados, os que apresentaram maior incidência nas repostas dos pais foram: *bullying* contra crianças e adolescentes; aumento da

²² Pesquisa realizada entre os dias 10 de outubro e 21 de novembro de 2016. Disponível em: <https://pt.surveymonkey.com/r/5Z8JB35>. Essa plataforma foi escolhida por ter um alcance mundial e por ter uma interface dinâmica e flexível.

violência nas escolas; tráfico de drogas no ambiente escolar; estrutura precária das escolas públicas; abuso sexual, atos libidinosos, iniciação (ou abordagem) sexual precoce; dificuldade de concentração dos alunos, por causa de barulhos e mau comportamento e intolerância religiosa (a grande maioria é evangélica).

O que se percebe é que existe uma dicotomia no que diz respeito à escolarização obrigatória. De um lado, a escola se apresenta como espaço onde se discute e se exerce a cidadania, onde se promove a socialização dos sujeitos, onde se apresenta a diversidade em todos os seus aspectos e isso é extremamente saudável. Nesse sentido, negar aos filhos o direito de participar desse processo significa privar-lhes dessa experiência social que pode ser extremamente enriquecedora.

No momento em que os pais privam o direito de ir à escola apropriam-se de um direito cuja titularidade não lhe pertence. Temos, assim, clara ofensa ao princípio da paternidade responsável, além do claro abuso do poder familiar em razão da absolutização da autonomia privada dos pais em pretender conduzir a educação dos filhos contrariamente à Teoria dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Privar a criança do direito de ir a escola é retirar-lhe o direito constitucional de construir discursivamente sua cidadania

num ambiente plural e caracterizado pela diversidade. Trata-se de verdadeira ofensa aos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressamente previstos no artigo 1º e 3º da Constituição brasileira de 1988. O *homeschooling* é um fenômeno social que preconiza pela interpretação restritiva e assistêmica do Direito Fundamental à Educação, visto como o direito à formação científica. (COSTA, 2016, p. 130)

Por outro lado, não há desprezar a existência do avesso dessa experiência. A escola pode também ser castradora de intenções e sentimentos, uma vez que o professor, como já dito, se apresenta como único detentor do conhecimento, menosprezando ou mesmo desconsiderando a troca de experiências cognitivas. Pode representar também um lugar de opressão, da prática do *bullying*, em que prevalece a ditadura da estética perfeita, muitas vezes porta-voz de preconceitos trazidos dos familiares adultos. Pode vocalizar a violência simbólica, conceito elaborado por Pierre Bourdieu (1930-2002), uma forma de coação que se funda na fabricação contínua de crenças no processo de socialização, entendida como repetição dos padrões do discurso da maioria.

Essa violência pode também ser real. O *massacre de Suzano*, como ficou mundialmente conhecido, resultou na morte de sete pessoas, sendo cinco alunos e duas

funcionárias da Escola Estadual Raul Brasil, em São Paulo. O ataque a essa escola pública produziu pânico e insegurança generalizados. Nesse caso, o retorno à escola pode significar um desequilíbrio psicológico, ainda que provisório. Acontece que os pais dos alunos de Suzano, pela atual legislação, não têm a prerrogativa, mesmo que temporária, de retirar seus filhos da escola, compensando didaticamente o ensino em casa. Esse cerceamento ainda guarda resquícios da forte intervenção estatal na educação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data, portanto, posterior à Constituição Brasileira, estabeleceu o direito à liberdade de escolha dos pais quanto à educação dos seus filhos. Em seu Artigo 26, §3, preceitua que: “Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”. Essa liberdade representa a autonomia individual do cidadão em face do Estado-provedor.

A consideração do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual (essência da filosofia das luzes), justificará a exigência revolucionária da constatação ou declaração dos direitos do homem, existentes *a priori*. O sentido destas declarações não se reconduzia à reafirmação de uma *teoria da tolerância*, ou seja, de apelos morais dirigidos ao

soberano, tendentes a obter garantias para os súditos. A tolerância ficava sempre no domínio reservado do soberano e, conseqüentemente, na sua completa disponibilidade. As declarações dos direitos vão mais longe: os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autônoma dos cidadãos, ficam fora dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos. (CANOTILHO, 2003, p.110 e 111)

Os direitos fundamentais liberais costumam ser entendidos como um mecanismo de resistência às intervenções autoritárias por parte do Estado. Mais do que uma desobediência civil das minorias, o governo da maioria pode ser perigosamente uma forma de, direta ou indiretamente, fazer calar-lhes a consciência de credo ou de convicção.

Afinal, a razão prática por que se permite que uma maioria governe, e continue a fazê-lo por um longo tempo, quando o poder finalmente se coloca nas mãos do povo, não é a de que esta maioria esteja provavelmente mais certa, nem a de que isto pareça mais justo para a minoria, mas sim a de que a maioria é fisicamente mais forte. Mas um governo no qual a maioria decida em todos os casos não pode se basear na justiça, nem mesmo na justiça tal qual os homens a entendem. Não poderá existir um governo em que a consciência, e não a maioria, decida virtualmente o que é certo e o que é errado? Um governo em que as maiorias decidam apenas aquelas questões às quais se apliquem as regras de conveniência? Deve o cidadão, sequer por um momento, ou minimamente, renunciar à sua consciência em favor do legislador? (THOREAU, 1997, p. 97)

O ensino domiciliar representa um direito-dever à educação fundamental dos filhos. O desejo de uma minoria

de ela própria prover a educação de seus filhos, baseada nos valores morais, éticos, religiosos e culturais deve ser entendido como uma maneira legítima de exercício da liberdade. Uma família que decide prover os estudos dos seus filhos a partir de suas convicções morais, filosóficas e religiosas não está, em tese, a provocar um desvalor. Pode-se dizer que as crianças ou adolescentes ficariam isoladas da possibilidade de ter acesso ao ensino acadêmico, por exemplo. Não se pode olvidar que o bilhete de entrada para as universidades ainda é proporcionado pelos vestibulares. E por que não considerar esse universo e lhes dar o direito de ingresso acadêmico via provas avaliativas? Não haveria um receio do Estado de estar confessando sua incompetência no oferecimento da educação fundamental ao admitir essa possibilidade pedagógica? Para responder a essa questão não se deve pensar o ensino domiciliar simplesmente como concorrente, mas como alternativo ao modelo tradicional de ensino.

A outra argumentação contrária ao ensino domiciliar diz respeito ao cerceamento dos filhos ao convívio comunitário. Ora, o ambiente escolar não pode ser considerado o único meio de convivência social. Existe, por óbvio, uma infinita gama de possibilidades de interação humana proporcionada pelo lazer, cultura,

religião, esporte, voluntariado... As redes sociais também podem representar uma importante ferramenta de comunicação entre os grupos de pessoas e diminuir sobremaneira esse isolamento provocado pela falta de convívio no ambiente escolar.

O Estado não pode desconsiderar o movimento adepto ao ensino doméstico. A simples exclusão desse grupo implica discriminação que não coaduna com o Estado Democrático de Direito. As sociedades contemporâneas evoluem de forma dinâmica e imprevisível. Os mecanismos legais do Direito devem se harmonizar com essa dinâmica, sob pena de se tornar anacrônico e autoritário. Criminalizar os pais que buscaram um modelo alternativo de efetivar seu dever quanto à educação dos seus filhos constitui medida jurídica desproporcional e desarrazoada.

O ensino fundamental deve ser entendido como direito-dever. As famílias concorrem para a concretização desse desígnio e podem colaborar harmonicamente nesse sentido. Os jovens submetidos à educação domiciliar podem ser matriculados no sistema estatal de ensino e, com isso, fazerem parte das estatísticas, podem receber material didático do Estado e ser avaliados periodicamente. Os pais também podem participar desse

processo de interação e receber orientações de equipe pedagógica da escola além de ter a possibilidade de se fazer cursos de atualização de conteúdos. Seria uma maneira de romper o cabo de guerra formado pela divisão que colocou de um lado o Estado centralizador e provedor de tudo; de outro, as famílias que buscam uma alternativa de ensino aos seus filhos, baseado nas suas convicções morais, éticas, políticas, filosóficas e religiosas.

5 Conclusão

Este artigo se inicia com uma pergunta: os pais ou responsáveis que não matricularam seus filhos (entre 4 e 17 anos) em uma escola regular e adotaram o ensino domiciliar no Brasil cometem desobediência civil ou estão em pleno exercício da liberdade de educar? Para responder a essa pergunta, articulou-se a tese de que a escola tem nobres funções, que passam pelo exercício da cidadania e ajudam a fortalecer a interação social entre os sujeitos. Por outro lado, a escola pode representar um lugar em que se cometem injustiças, onde, mesmo que indiretamente, se reforça o *bullying* e onde não se consegue conter a violência real ou simbólica. Nesse contexto, a teoria do status, no âmbito do direito-dever à educação fundamental, reforça a ideia de que a liberdade de escolha deve fazer

parte dos regimes democráticos. A lacuna na legislação educacional brasileira sobre o ensino domiciliar acaba por transpor o debate da seara legislativa para o campo judicial. Enfim, entende-se que direito de os próprios pais promoverem o ensino dos seus filhos no âmbito doméstico deve constituir uma garantia de exercício da liberdade de consciência amplamente considerada.

6 Referências

ANDRADE, Édison Prado de. **A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente**: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. Tese de doutorado da Universidade de São Paulo (USP), orientação: Roberto da Silva, São Paulo: s.n., 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-10112014-111617/pt-br.php>.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei 2401**, de 13 de abril de 2019. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198615>

BRASIL, **Lei Nº 4.024**, de 20 de dezembro de 1961. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-normaatualizada-pl.html>.

BRASIL, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

BRASIL, **Lei 8.069/1990**, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8069.htm.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL, **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm.

BRASIL, **Parâmetros Curriculares Nacionais**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro01.pdf>.

BRASIL, **Parecer CNE/CEB nº 34/2000**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pceb34_00.pdf.

Brasil, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: São Paulo. 2003.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>.

COSTA, Fabrício Veiga. **Homeschooling no Brasil: uma análise da constitucionalidade e da legalidade do Projeto de Lei 3179/12**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

PORTUGAL, Decreto-Lei nº 553/80, de 21 de novembro de 1980, define ensino doméstico e ensino individual.

JELLINEK, Georg. **Teoria general Del Estado**. Tradução e prólogo de Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

ESPAÇO PARA A CONSTRUÇÃO DO DIÁLOGO: ANÁLISE DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Kênia Barcelos Drumond
Sandro Eduardo Roussin Soares*

RESUMO

O presente trabalho analisa o procedimento de mediação no âmbito familiar, previsto no novo código de processo civil. A metodologia utilizada foi teórico-bibliográfica e o tipo metodológico empregado foi o jurídico-descritivo, para possibilitar e a análise crítica dos dispositivos da legislação processual civil à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. O instituto da mediação constitui uma alternativa eficaz a solução do grande número de processos, mas a prática da mediação não pode visar apenas a redução de números, sob pena de deturpação do próprio instituto. Percebeu-se que no âmbito das relações familiares a mediação tem se mostrado eficaz na resolução de conflitos sobretudo porque na maioria dos casos as partes precisarão manter o diálogo para prevenir conflitos futuros.

PALAVRAS CHAVE: Processo Constitucional. Mediação. Código de processo Civil. Direito de Família.

ABSTRACT

The present work analyzes the procedure of mediation in the family scope, foreseen in the new code of civil procedure. The methodology used was theoretical-bibliographical and the methodological type employed was the legal-descriptive, to enable and the critical analysis of the provisions of the civil procedural law in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The mediation institute is an effective alternative to solve the large number of cases, but the practice of

mediation can not only aim at reducing numbers, otherwise the institute itself may be misrepresented. It has been noticed that in the context of family relations mediation has proved effective in resolving conflicts, especially since in most cases the parties will need to maintain dialogue to prevent future conflicts.

KEY WORDS: Constitutional process. Mediation. Code of Civil Procedure. Family right.

1-INTRODUÇÃO

O conflito é inerente a convivência humana. As pessoas, enquanto seres humanos racionais fazem escolhas a todo momento, de modo que em muitos casos as escolhas são divergentes. Pode-se dizer que neste contexto instala-se o conflito.

Nesse sentido, nem sempre o conflito será algo ruim, isto porque a divergência de escolhas e opiniões pode levar os indivíduos à reflexão, ao crescimento pessoal e profissional.

Contudo, quando o conflito instala-se as pessoas devem buscar meios saudáveis e eficazes para resolução, tais como a conciliação e a mediação. A este aspecto o novo Código de Processo Civil (CPC) dedicou especial atenção.

O presente trabalho pretende analisar a mediação enquanto meio de resolução de conflitos no contexto

familiar, à luz das disposições do atual CPC. Inicialmente o presente trabalho pretende fazer uma distinção conceitual entre mediação e conciliação. Posteriormente passa-se a análise das especificidades da mediação no âmbito familiar, bem como o tratamento dispensado pela legislação processual civil à mediação no direito de família.

A metodologia utilizada foi teórico-bibliográfica e o tipo metodológico empregado foi o jurídico-descritivo, para possibilitar e a análise crítica dos institutos afetos a matéria, reportando-se, sobretudo, à doutrina, Constituição da República Federativa do Brasil e legislação infraconstitucional.

2-DISTINÇÕES CONCEITUAIS ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Quanto ao conceito de mediação Adolfo Braga Neto, citado por ALMEIDA E RODRIGUES JÚNIOR (2010) expõe com singular clareza o seguinte:

(...) mediação é uma técnica não adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma

solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas. (p. 597).

Cumprido salientar que mediação distingue-se da arbitragem e da conciliação. Enquanto na arbitragem o árbitro soluciona o conflito, decidindo, com base nos seus conhecimentos técnicos e naquilo que lhe foi apresentado pelas partes, na mediação, o mediador não decide, ao contrário ele viabiliza a comunicação entre as partes, para que os próprios interessados solucionem o conflito.

Se a diferença entre mediação e arbitragem nos parece visível, a distinção entre mediação e conciliação é mais tormentosa, e não raras vezes os conceitos de mediação e conciliação são usados no meio jurídico de forma atécnica e até mesmo, equivocadamente, como sinônimos.

O aspecto principal desta distinção reside na participação do terceiro, seja ele mediador ou conciliador, na formação do acordo. Nesse sentido, os professores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior ao tratarem do tema expõem que:

A mediação é o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador terceiro neutro e imparcial, tem atribuição de mover as partes da posição

em que se encontram, fazendo-os chegar a uma solução aceitável. A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador não tem o poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos. (2010, p.598).

Por outro lado, quanto ao papel exercido pelo conciliador cumpre salientar que “(...) *apesar de não decidir, influencia diretamente na decisão das partes por intermédio de uma intervenção mais direta e objetiva. Para alcançar o objetivo final, ou seja, o acordo, o conciliador induz, dá palpites e sugestões*”. ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 598).

Por exemplo, para a formação do acordo o conciliador pode sugerir o meio termo entre a proposta das partes, o parcelamento, ou ainda apontar possíveis soluções do caso com o objetivo de persuadir as partes a chegarem a uma composição amigável.

Destaca-se que tanto a conciliação quanto a mediação devem ser compreendidas como um espaço de discursividade entre as partes envolvidas, de modo que um acordo não pode ser fruto da imposição do conciliador ou mediador ou mesmo por receio de uma decisão judicial desfavorável. Nesse sentido, valiosas são as lições dos professores Flaviane Barros, Marius Carvalho e Natália Chernicaro,

Na compreensão do Estado Democrático de Direito, o consenso surge como possibilidade de formulação de questões jurídicas, que passa pela compreensão do papel de seus participantes. Ou seja, a atuação do conciliador e do mediador é apenas para estimular a formulação de uma decisão consensuada, mas, para que esta exista, é imprescindível a participação daqueles que serão atingidos pelo acordo. [...] a formação do consenso exige a participação recíproca daqueles que serão atingidos pelo acordo, como já ressaltado acima, mas exige também um espaço procedimentalizado, que pode ser estruturado como conciliação ou mediação, conforme o caso. Esse espaço procedimentalizado, a partir da teoria fazzalariana, poderá ser compreendido como um processo ou um procedimento? A partir da crítica feita à teoria instrumentalista, que confunde o processo com o conflito, que exige o contraditório como ação e reação apenas quando não for possível o acordo, e da reflexão do consenso a partir da noção da participação dos sujeitos de direito como autores e destinatários da norma jurídica, podemos formular a proposição que a conciliação e a mediação somente podem ser compreendidas como processo; este compreendido no conceito de Fazzalari, ou seja, um conjunto de atos e posições subjetivas dirigidas a um provimento final realizado em contraditório pelos afetados pelo ato final (Cf. FAZZALARI, 1996, p. 73-76). Isto é, na mediação e na conciliação, os formuladores do acordo serão as partes que serão também afetadas por ele, logo se exige a simétrica paridade, ou seja, a construção participada do

provimento, que somente poderá ser realizado se as partes possuírem no espaço procedimentalizado da negociação posições subjetivas simétricas, ou seja, direitos, deveres, faculdades e ônus simétricos. Nesse processo, não se admite a coerção ou mesmo a superposição de papéis entre negociador e conciliador. Se hoje, no processo pela compreensão procedimentalista, não se admite mais o juiz como superparte, nos processos de mediação ou conciliação, os mediadores e conciliadores não podem também ocupar esse papel, eles são agentes catalisadores do acordo; os verdadeiros formuladores do acordo são as partes que atuam em contraditório (2005, p. 150-151)”.

Assim, conclui-se que mediação é um procedimento alternativo de solução de conflitos, não adversarial, pautado na autonomia privada, no qual o mediador não decide, mas, tão somente facilita o diálogo entre as partes, possibilitando a construção, em contraditório, do acordo para pôr fim ao conflito.

3-MEDIAÇÃO FAMILIAR

A jurisdição é uma das funções do Estado através da qual *“o Estado-Juiz se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a*

pacificação do conflito que os envolve (...)”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 139).

Contudo,

De a muito afirmam-se como recorrentes nos estudos conducentes a afirmativa do desgaste da função pública estatal de conhecer, processar e julgar os litígios postos ao Estado-juiz, isto é, o exercício da jurisdição em moldes que nos remetem a indagação se ainda não estaríamos dependentes, no Brasil de um aparato de resolução de controvérsias submetido a estruturas estatais ainda burocráticas, lentas, pesadas, e complexas e que é resultante de decisões “tudo ou nada” para os Sujeitos do conflito, revelador de alto grau de insatisfação e de frustração por parte dos cidadãos, a re-ensejar a continuidade do conflito pela utilização indiscriminada, conquanto constitucional, de Recursos aos Tribunais. (TAVARES, 2014, p. 58- 59).

Sobretudo, no âmbito do Direito de família, o Estado tem se mostrado incapaz de pôr fim aos conflitos, os quais muitas vezes são acentuados pelas disputas processuais e contraditoriamente perpetuados após a decisão final no processo judicial.

Nas palavras de ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010:

(...) Nem sempre as decisões do juiz, baseadas nos critérios objetivos contidos

nas leis (materiais e processuais), são capazes de fazer justiça e resolver de maneira definitiva um conflito ou estabilizar as expectativas das partes em relação ao conflito. Tal ocorre porque, se é possível e desejável que, ao solucionar um conflito, o julgador se desvencilhe de aspectos subjetivos, muitas vezes as partes envolvidas no conflito não conseguem fazê-lo. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 600-601).

A decisão proferida pela Juíza Andréa Pachá, no estado do Rio de Janeiro ilustra bem esta situação. O casal que detinha a guarda compartilhada de seu filho visava obter do Estado-Juiz uma definição sobre qual escola o filho deveria ser matriculado, uma vez que não conseguiam chegar a um consenso sobre o assunto.

Diante da inexistência de qualquer indício de que uma das escolas pudesse ferir o melhor interesse da criança ou de qualquer dano a ser por ela experimentado, ao contrário, vislumbrava-se similaridade entre as instituições de ensino em questão, o juízo proferiu a seguinte decisão:

O que se conclui é que o único motivo que trouxe as partes ao judiciário foi a incapacidade de comunicação entre os pais, que não conseguem sozinhos, discutir e solucionar um problema banal e cotidiano. (...) é próprio da condição humana decidir e solucionar problemas. Aliás são as escolhas do dia-a-dia que

traduzem e expõem a fragilidade e as contradições próprias da condição humana. Delegar ao Estado a opção por escolhas íntimas e individuais não se constitui numa alternativa possível, ao menos que haja algum dano a ser experimentado. Repito que não se trata de decidir absolutamente nada que diga respeito aos direitos do menino garantidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O filho do casal é bem cuidado e tem acesso à educação de qualidade. Ambos os colégios atendem aos seus interesses. (...) A menos que se demonstre que o pai e a mãe não possuem capacidade e discernimento para optar pela orientação pedagógica ou sobre horário parcial ou integral da escola, não há que se cogitar a indevida ingerência estatal em matéria desta natureza. Os pais não devem sob pena de ver ameaçada a autoridade decorrente da parentalidade, pretender que o Estado, através do juiz, exerça o papel que lhes incumbe por lei e pela própria formação da sociedade. (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Ação Cautelar 0069632-36.2010.8.19.0042, 1º Vara de família de Petrópolis).

Para a discussão que se pretende neste trabalho cabe a reflexão não somente desta decisão judicial, mas, sobretudo do processo judicial e da respectiva decisão que definiu a guarda da criança.

Em linhas gerais o instituto da guarda compartilhada²³ requer que os pais tenham a capacidade de

²³ A guarda compartilhada assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores (...), significa mais prerrogativas aos pais,

dialogar sobre as questões do cotidiano que envolvam seu filho menor, para juntos tomarem as decisões em relação a criança. O diálogo entre os pais é, portanto, um requisito para o sucesso desta modalidade de exercício da guarda, sob pena, de sob as vestes da guarda compartilhada instalar-se uma litigiosidade perpétua entre os genitores.

No caso em análise, trazido ao trabalho meramente como ilustração da discussão que se pretende propor, fica claro que a composição da lide pelo Estado Juiz através da prolação da sentença se mostrou insuficiente para pôr fim ao conflito familiar, tanto na primeira decisão que instituiu a guarda compartilhada, quanto na segunda que demonstrou que situações desta espécie não carecem da intervenção estatal.

Nos dizeres de ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010 (...) *“tem-se, portanto, a resolução da lide processual (objetiva), deixando a solução da lide sociológica (subjetiva) em aberto, mantendo o conflito entre as partes”*. (p. 601).

Ora! O conflito continuou instalado.

fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. (...) está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1583, 1º). DIAS, Maria Berenice, 2009, p.401-402)

Neste contexto a mediação constitui uma possibilidade das próprias partes serem chamadas a dialogar e buscar soluções para seus conflitos.²⁴

Na dissolução de uma entidade familiar, torna-se por ideal que a decisão seja buscada e encontrada em conjunto, por meio das práticas discursivas dialógicas; que não se busque um culpado e um inocente, mas sim o entendimento acerca de que uma relacionamento, ou parte dele, chegou ao fim. E, quando da existência de filhos comuns, prevaleça a consciência de que o relacionamento como marido e mulher não deu certo, mas que pai e mãe, sempre no melhor interesse dos filhos, tal relacionamento deve continuar, agora, entre pais, e não entre marido e mulher. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 606-607).

Percebe-se que, sobretudo, no âmbito familiar a mediação constitui não só uma forma de solucionar o conflito, mas, permite a prevenção e solução de conflitos futuros. Isto porque visa facilitar o diálogo e a compreensão dos interesses em conflito e a partir do restabelecimento da comunicação possibilita às próprias partes buscarem a soluções que trarão benefícios mútuos.

²⁴ Nesse sentido, dispõe o enunciado 335 aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.”

Nesse sentido, é a conclusão dos professores Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

(...) o objetivo principal da mediação é a transformação do conflito. Além disso, por meio da mediação, também é possível prevenir novos conflitos, uma vez que eles são percebidos como fenômenos capazes de promover uma mudança positiva, um crescimento e, sobretudo, a construção de uma responsabilização mútua pelo sucesso de uma solução, viabilizando parâmetros que tornem possível a negociação futura. (2010, p. 608).

Com a mediação, portanto, abre-se a possibilidade para que o sujeito se autoconstitua por meio das oportunidades de transformação e seu singular, tornando-se sujeito de si mesmo, apropriando-se de sua experiência, estabelecendo, sobretudo por meio da escuta reflexiva, novos vínculos. As soluções são mais criativas e transformadoras, já que consideram a própria realidade vivenciada pelas partes e, reconhecendo-se as diferenças, relacionamentos mais autênticos podem ser construídos. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 610).

O novo Código de Processo Civil trouxe importantes alterações no sistema processual brasileiro, dentre as quais destaca-se o incentivo à mediação e conciliação. Os processualistas Alisson Farinelli e Eduardo Cambi, destacam que,

A conciliação e a mediação devem ser estimuladas, uma vez que a solucionam os conflitos de interesses por meio de técnicas não adversariais. Trata-se de uma forma aprimorada de resolução dos conflitos, pois, além de pôr fim ao processo, incide sobre a conduta intrapartes. A mera imposição da decisão judicial, sem maiores preocupações com o conflito a ela subjacente, pode acarretar a explosão de novas demandas, além de impedir que a pacificação social seja efetivamente alcançada pela via judicial. (2011, p. 278).

Percebe-se que as técnicas não adversariais de resolução de conflito têm grande aplicabilidade, sobretudo, no direito de família, visto que este ramo do direito dedica-se a abordagem de situações jurídicas carregadas de elementos somáticos.

3.1-Análise do veto presidencial ao artigo 9º da lei da alienação parental

Alienação parental constitui a indução da criança ou adolescente por um dos cônjuges a rejeitar o pai ou mãe, tende a criar uma imagem deturpada e negativa do outro cônjuge. A Lei nº. 12.318/2010 visa coibir esta atitude a fim de preservar a sadia convivência da criança

com ambos genitores após o rompimento do vínculo conjugal.

Seguramente a promulgação da referida lei constitui um avanço legislativo na proteção dos menores, contudo, o artigo 9^o²⁵ do texto legislativo aprovado pelo congresso foi objeto de veto presidencial.

O referido artigo dispunha sobre a mediação extrajudicial nas demandas envolvendo alienação parental. Na exposição de motivos do veto presidencial o então presidente da república Sr. Luís Inácio Lula da Silva, justificou o veto alegando tratar-se de direito indisponível e, portanto, incompatível com os métodos alternativos de solução de conflitos e ainda contrário as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De fato o direito de família regula relações de caráter indisponível, o que não significa dizer que está

²⁵ Art. 9^o. do Projeto de Lei nº 20, de 2010 (nº 4.053/08 na Câmara dos Deputados), que “Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990”. “As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.

§ 1^o O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2^o O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.

§ 3^o O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.”

vedada a transação quanto a determinada parcela do conflito, ou seja, quanto aos efeitos pecuniários decorrentes das relações familiares.

Em que pese à motivação apresentada, o veto presidencial à mediação extrajudicial tal como prevista pelo texto original da Lei 12.318/2010, tem sido objeto de críticas, sobretudo porque constitui excessiva interferência estatal no âmbito das relações familiares, na contramão dos princípios do Estado Democrático de Direito. E, ainda, tem o condão enaltecer a exclusividade da mediação judicial, sem qualquer justificativa para tanto, visto que o texto legal previa a participação do Ministério Público, bem como a homologação de qualquer acordo pelo Poder Judiciário. Nesse sentido,

(...) é inevitável constatar que o Poder Executivo perdeu uma boa oportunidade para a disseminação da mediação na sociedade brasileira. (...) Ao contrário, o presidente da República, ao vetar o art. 9º da Lei 12.318/2010, continuou a propagar a cultura da judicialização dos conflitos, o que constitui erro injustificável. (FARINELLI; CAMBI 2011,p.290).

Portanto, conclui-se que o referido veto presidencial representou um retrocesso na Lei 12.318/2010, e caminha na contramão dos processos

legislativos contemporâneos os quais privilegiam os meios alternativos de solução de conflitos.

O capítulo seguinte aborda propriamente o procedimento especial previsto no novo CPC a ser adotado nas ações de família, com ênfase na mediação.

4- A MEDIAÇÃO PROCESSUALIZADA NO AMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Câmara dos Deputados, enquanto casa revisora, incluiu no Projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) um capítulo específico dedicado ao procedimento especial para as ações de família.

As normas previstas neste capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação judicial, reconhecimento e extinção de união estável, de guarda, de visitação e de filiação, nos termos do artigo 693 do novo CPC.

Na visão do professor Fernando Horta Tavares (2013) o novo Código de Processo Civil está alinhado com as recentes mudanças no Direito da União Europeia, fazendo referência à aprovação pelo parlamento europeu e pelo Conselho europeu da Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008.

A principal alteração no tocante aos procedimentos previstos no Direito de família diz respeito à mediação. No Brasil a mediação processualizada é uma novidade legislativa processual, que inaugura a “Teoria da Mediação Processualizada fundada na Autonomia da Vontade Privada Legal e Responsável”.

Ainda segundo TAVARES, pelos contornos desta Teoria,

(...) as pessoas têm forte grau de autonomia para resolver seus próprios conflitos, a partir do exercício do direito fundamental de participar procedimentalmente em situação de liberdade de fala ampla, irrestrita, igualitária, fundada na ordem jurídica, com adequado conhecimento situacional, normativo, social, econômico e político, processualmente construído ao longo do iter procedimental resolutivo das controvérsias eventualmente existentes no decorrer da Vivência do Ser. (TAVARES, 2014, p.58).

TAVARES, salienta que há uma estreita ligação entre responsabilidade e autonomia, amparado nas lições de Laurence Tomas expõe que “nenhum indivíduo pode ser autônomo se carece de capacidade de reconhecer que é responsável por seus atos; por outro cada indivíduo, a reconhecer sua responsabilidade dos seus atos, exerce em parte sua autonomia de agir.” (2013, p. 62).

Nesse sentido, percebe-se a valorização da autonomia dos indivíduos bem como a reponsabilidade decorrente do exercício da autonomia privada por meio da mediação.

O novo Código de Processo Civil no capítulo X disciplina o procedimento a ser adotado nas ações de família, portanto procedimento a ser adotado nos processos contenciosos de divórcio, separação judicial, reconhecimento e extinção de união estável, de guarda, de visitação e de filiação, nos termos do artigo 693 do novo CPC.

Ressalta-se que as normas previstas na referida legislação processual civil não são aplicáveis à ação de alimentos, a qual continua disciplinada pela Lei n°. 5478/68, que traz em seu texto disposições de direito material e de direito processual, as quais continuarão vigentes mesmo depois da aprovação e promulgação do novo CPC.

Há um capítulo específico para os procedimentos de família com ênfase na mediação. Percebe-se, portanto, a valorização dos meios consensuais de solução de conflitos.

Conforme salienta Leonardo Carneiro da Cunha, “*a criação de procedimentos especiais tem por finalidade excluir a ordinariiedade ou o procedimento comum de*

alguns casos expressamente escolhidos pelo legislador”.
(2013, p. 28).

Ao contrário do que dispõe o Código de Processo Civil anterior, o novo Código de Processo Civil, contém uma parte geral, na qual há a previsão de disposições comuns aplicáveis a generalidade dos processos e procedimentos especiais.

Desse modo, no sistema adotado pelo novo CPC há a divisão entre procedimento comum e procedimentos especiais, a este respeito esclarece Leonardo Carneiro da Cunha,

(...) o procedimento comum não contém mais qualquer subdivisão, de maneira que não há, no projeto do novo CPC, um equivalente ao atual procedimento sumário. Se o caso comportar alguma peculiaridade que o remeta a algum procedimento especial, é este que haverá de ser adotado. Do contrário, segue-se o procedimento comum, aplicável, enfim à generalidade de casos. (2013, p. 28).

No tocante ao procedimento especial a ser adotado nos procedimentos de família, temos notadamente a presença das formas alternativas de solução de conflito, sobretudo, a conciliação e mediação. A este respeito, salienta-se que,

(...) o procedimento especial para as ações de família difere muito pouco do procedimento comum, mas sua especialidade está justamente na necessidade de registrar a importância da realização de atos destinados à tentativa de autocomposição entre as partes (...). (CUNHA, 2013, p.32).

Conforme dispõe o art. 334 do novo CPC, não sendo caso de indeferimento da petição inicial, nem de julgamento liminar de improcedência, o juiz ordenará a citação do réu para comparecimento em audiência de conciliação e mediação, as quais serão realizadas prioritariamente por câmara especializada em conciliação e mediação.

Com vistas a privilegiar a composição entre as partes o parágrafo 1º do artigo 695 novo CPC dispõe que o mandado de citação conterá apenas os dados necessários a realização da audiência, estando desacompanhado da cópia da petição inicial.

Acresce-se que o artigo 696 do novo CPC dispõe que a audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual.

Preceitua ainda, o texto da referida lei processual que frustrada a conciliação, o juiz intimará o réu na audiência, para que ofereça contestação, entregando-lhe

cópia da petição inicial, devendo serem observadas a partir de então as normas previstas para o procedimento comum.

5-CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o novo Código de Processo Civil trouxe ao ordenamento vigente a mediação processualizada, especialmente no tocante as demandas familiares. Há um capítulo específico para os procedimentos de família com ênfase na mediação. Percebe-se, portanto, a valorização dos meios consensuais de solução de conflitos.

É inegável a necessidade de se dispensar atenção aos métodos consensuais de solução de conflitos, em geral, e a mediação e conciliação, em especial, nas demandas familiares tendo em vista que nos casos autocompositivos a solução tende a ser mais duradoura e eficaz.

Com inovação processual temos a bipolarização dos procedimentos previstos pelo código em procedimento comum e procedimentos especiais, no tocante ao procedimento especial aplicável as ações de família há a previsão da obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação e mediação e ainda a citação do réu para comparecimento nesta audiência far-se-á desacompanhada de cópia da petição inicial, com a clara finalidade de

facilitar do diálogo entre as partes e viabilizar a composição do litígio.

Percebe-se que o CPC/2015 se preocupou em estimular a adoção de métodos consensuais de solução de conflitos, de modo a ofertar um sistema integrado entre a jurisdição e os métodos consensuais. Contudo, a luz do processo constitucional, não se pode incentivar o acordo a todo custo, mas ao contrário, o espaço dedicado a conciliação e mediação deve ser um espaço discursivo no qual as partes, orientadas pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, possam exercer sua autonomia privada na construção do acordo.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicado no Diário oficial da União em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Lei 10.406 de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 mar. 2019.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: uma vivência interdisciplinar**. In Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia. Org. GROENINGA, Giselle Câmara; PERREIRA, Rodrigo da Cunha. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BARROS, FlavianedeMagalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natália Chernicharo. O consenso compreendido a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 168, n° dez, 2005, p. 150-151.

BRASIL, 1994. **Lei n.º 8.906/1994**. Publicada no Diário Oficial da União em 05 de julho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>, acesso em 10 de março de 2019.

BRASIL, 2015. **Lei n.º 13.105/2015**. Publicada no Diário Oficial da União em 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 16 de março de 2019.

BRASIL, 2010. **Lei n.º 12.318/2010**. Publicada no Diário Oficial da União em 31 de agosto de 2010., disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-

2010/2010/Lei/L12318.htm> , acesso em 10 de março de 2019.

BRASIL. 2010. **MENSAGEM Nº 513, DE 26 DE AGOSTO DE 2010.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm>, acesso em 15 de março 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo.** 21º ed. rev. e ampl. : Editora Malheiros, 2005, p. 291.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Procedimento Especial para as ações de Família no Projeto do Novo Código de Processo Civil.** In Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil, org. FREIRE, Alexandre: Jus Podivm, Salvador, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo. **Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010).** In Revista de Processo. Coord. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, Ano 36, Vol. 194, abril de 2011.

RIO DE JANEIRO, **Tribunal de Justiça**, Ação Cautelar 0069632-36.2010.8.19.0042, 1º Vara de família de Petrópolis).

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação Processo e Constituição: Considerações sobre a autocomposição de conflitos no projeto do novo Código de Processo Civil**. In *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, org. FREIRE, Alexandre: Jus Podivm, Salvador, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: Questionamentos Reflexivos**. In *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, org. FREIRE, Alexandre: ed. Jus Podivm, Salvador, 2013.

INCLUSÃO SOCIAL E ACESSIBILIDADE: CAMINHOS, ENCONTROS E DESCOBERTAS

SOCIAL INCLUSION AND ACCESSIBILITY: PATHWAYS, ENCOUNTERS AND DISCOVERIES

Leandro Pereira Góis

Resumo: O presente artigo tem por finalidade refletir sobre a inclusão social e a capacidade de aceitação das diversidades dos indivíduos, na sociedade e na escola, garantindo acesso igualitário às oportunidades. Também representa um dos principais desafios da área da educação, uma vez que elimina as barreiras, a discriminação, dentre outras, que dificultam ou impedem o conhecimento e a aprendizagem de todos na escola. Para validação desta hipótese, o recurso à lógica dedutiva, impõe-se como basilar e a conclusão restará amparada no desenvolvimento de políticas públicas em âmbito educacional para as pessoas com deficiência na perspectiva da inclusão.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência; inclusão social e escola.

Abstract: The purpose of this article is to reflect on social inclusion and the capacity of acceptance of the diversity of individuals, in society and at school, guaranteeing equal access to opportunities. It also represents one of the main challenges in the area of education, since it eliminates barriers, discrimination, among others, that hinder or impede the knowledge and learning of everyone in school. In order to validate this hypothesis, the use of deductive logic is a basic requirement and the conclusion will be supported by the development of public policies in education for people with disabilities in the perspective of inclusion.

Keywords: People with disabilities; social inclusion and school.

1 – Introdução

A educação inclusiva é uma tendência nacional e internacional. O principal desafio é desenvolver políticas públicas em âmbito educacional para as pessoas com deficiência na perspectiva da inclusão, ou seja, pela relevância que o assunto tem na área de proteção dos direitos fundamentais.

A escola e as universidades são como meio social coerente e de aprendizado e atuam como gestora de uma educação inclusiva e sem discriminações, calcada em atitudes éticas que se concretizam no respeito recíproco mediado pela competência dos profissionais especializados, que devem atuar para além das restrições impostas aos termos integração e inclusão social, muitas vezes o sentido dessas palavras têm propósitos meramente ideológicos.

Importantes decisões políticas e normativas nacionais e internacionais são discutidas constantemente, tendo em vista que a educação e a cultura se tornam processos estruturados de fundamental importância para

mediação da inclusão social de pessoas com deficiência e de todos os envolvidos.

O objetivo da presente pesquisa é levantar questionamentos e inquietar professores e educadores, assim como outros profissionais que se interessam pela temática. É nesse espaço que serão construídos os cidadãos de amanhã, estes que precisam ser orientados a conviver com as diferenças, respeitando os outros que estão ao seu lado, para construir uma sociedade digna e democrática. Inclusão engloba uma educação para todos, centrada no respeito e valorização das diferenças. Uma posição que reforça a necessidade do respeito à diferença, o conhecimento e o preparo para lidar com as potencialidades e limitações das pessoas.

A partir dessa proposta, esperamos quebrar alguns tabus que cercam a educação em relação a esse assunto, pois a inclusão requer um movimento de adesão, não somente a uma proposta coletiva, mas também, um movimento interno, da ordem da subjetividade e dos relacionamentos interpessoais. Concebemos, assim, que o momento pedagógico diz respeito não apenas a conteúdos e métodos de ensino, mas também aos afetos, à visão de mundo e de homem, dos sujeitos que interagem no espaço escolar.

A pesquisa documental será realizada por meio de levantamento de dados quantitativos secundários, elementos esses considerados indispensáveis à construção de análise crítica, temática, interpretativa, jurídica e comparativa do objeto da presente pesquisa.

2 – Educação inclusiva e especial nas escolas

Tendo em vista que a educação é o processo de emitir conhecimentos, despertar valores e estimular desafios que façam todos os envolvidos refletir sobre a realidade que os rodeiam. É essencial deixar bem claro a diferença entre educação inclusiva e educação especial.

A educação inclusiva é um movimento mundial fundamentado nos princípios dos direitos humanos e cidadania, tendo em vista o objetivo de eliminar a discriminação e exclusão, para garantir o direito à igualdade nas escolas, no trabalho, dentre tantos outros. Ou seja, transformando o sistema de ensino, de modo a propiciar a participação de todos os interessados; com foco específico naqueles que são vulneráveis à marginalização e exclusão.

E a educação especial é uma área abrangente de conhecimento que visa promover o desenvolvimento e trazer grandes melhorias na qualidade de vida das pessoas com deficiência, visando desde a educação infantil até a

educação superior. Segundo Aranha (2009, pág. 317), a temática educação viabiliza a estudantes e pesquisadores em geral a construção de trabalhos relevantes, vejamos:

[...] no tocante ao teor das reformas que reestruturaram as modalidades do ensino básico caminhavam na direção de articular através de três pilares fundamentais: a primeira estava relacionada à formação e desenvolvimento, na perspectiva de formar profissionais para atender as necessidades urgentes de mão de obra especializada exigidas pelo mercado; segundo articulando educação e segurança, no sentido de formar um “cidadão consciente” na perspectiva do imperialismo, ou seja, formar um indivíduo passivo e alheio a participação democrática, sobretudo quando foi eliminado do quadro de formação disciplinas de filosofia, sociologia, etc., e adotadas disciplinas como Moral e Cívica, Organização Social e Política do Brasil e Estudos de Problemas Brasileiros; por último educação e comunidade, criando conselhos de empresários e mestres para estabelecer relação entre escola e comunidade no sentido restrito com a participação dos segmentos majoritários da sociedade na qual a escola se tornava uma extensão dos interesses do empresariado.

A inclusão social nas instituições de ensino foi tema de várias conferências internacionais, tais como, a Conferência Mundial de Educação para Todos, realizada em 1990 em Jomtien (Tailândia), a Conferência Mundial

sobre Necessidades Educativas Especiais: Acesso e Qualidade, realizada em 1994 em Salamanca (Espanha), com a cooperação da UNESCO. Esse último representado por 92 países e 25 organizações internacionais aprovaram declaração, tendo como princípio fundamental o “dever das escolas de acolher todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas, dentre tantos outros²⁶”.

Com maior abrangência, quanto às áreas focalizadas, destaca-se a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006), o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o governo do Brasil promulgou tal Convenção por entender que deficiência é um processo em constante evolução e resulta da interação de pessoas com e sem deficiência, com igualdade e oportunidade entre todos os envolvidos.

Em continuação, além do que já foi mencionado, destacam-se também, a Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996, os Decretos 3.298/1999 e 5.296/2004, e os mais recentes, o Decreto nº 9.522, de 8 de outubro de 2018 e a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, todas essas legislações nacionais e

²⁶ BRASIL. Declaração de Salamanca sobre princípios, política e práticas na área das necessidades educativas especiais, 1994. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>. Acesso em 22 set. 2018.

internacionais, dispõem sobre a inclusão das pessoas com deficiência, isto é, definem várias prerrogativas de inclusão social para as pessoas com necessidades especiais, tais como, receber apoio de caráter especializado e recursos diferenciados; ensino de linguagens e códigos de comunicação e sinalização (deficiência visual e auditiva); atividades voltadas para o desenvolvimento cognitivo (deficiência intelectual), dentre tantos outros.

Assim, os programas são de caráter diferenciado para o desenvolvimento e aprendizagem dos deficientes; como a inclusão social, pois incorpora a igualdade entre todos cidadãos. Desse modo, considerada como modalidade de políticas públicas em prol das pessoas com deficiência, oferecendo recursos eficazes para melhorar a qualidade de vida dessas pessoas.

Por outro lado, a inclusão do aluno com deficiência na escola regular é falha e necessita da interação dos pais e professores no âmbito educacional, visando compreender o discente em suas dificuldades, a fim de alcançar equidade no aprendizado em sala de aula. Em alguns casos, os pais se sentem pressionados a buscar uma associação ou escola especializada que possam atender todas as necessidades que seus filhos precisam.

Entretanto, situações como numerosos alunos por professor, ausência de recursos materiais e pedagógicos,

precariedade de orientação e suporte das instâncias administrativas das redes de escolas públicas e privadas, dificultam a concretização da inclusão e integração escolar das pessoas com necessidades especiais. Contribuindo para a não adesão dos alunos conforme suas peculiaridades.

Na definição de Dworkin (2005, pág. 9), embora a igualdade seja espécie ameaçada de extinção entre os ideais políticos, “nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade²⁷”.

Considerada nessa perspectiva, como modalidade de ensino regular que ofereça recursos eficazes para melhorar a qualidades de vida dessas pessoas, e de caráter diferenciado para o desenvolvimento da aprendizagem, a educação inclusiva incorpora as demandas da sociedade, pois não apenas apoia e acolhe a diversidade entre todos, como também permite a construção de um projeto pedagógico direcionado a todos, atendendo as necessidades de cada um não como problemas a serem consertados, mas como oportunidades para enriquecimento do aprendizado construído coletivamente (DINIZ, 2012).

²⁷ Nesse sentido, ver: DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Desse modo, são caracterizados alguns aspectos numerosos sobre as situações socioculturais das pessoas com deficiência e de todos os envolvidos. Contudo, não se pode ignorar a ocorrência de ações importantes e competentes das atividades culturais e educacionais de tais pessoas, com vistas à sua inclusão social.

Além do mais a educação é um Direito Fundamental cuja perspectiva deverá ser extensiva e sistemática. Em razão disso, os Governantes e os meios de comunicação de massa (internet, redes sociais, televisão, etc.), deveriam comunicar-se de maneira eficiente com o público, levando em conta a sua diversidade, para melhorar no atendimento de todas as pessoas, com e sem deficiência, realizando comunicação adequada de acordo com os diferentes perfis, mobilizando conhecimentos e habilidades necessárias à abordagem ativa e receptiva e, mantendo uma postura adequada que respeite as especificidades, proporcionando a participação plena e efetiva da sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (THOMPSON, 2011).

3 – A função da escola e do professor

A imagem de que existem alunos incapazes de aprender e adquirir conhecimentos é muito comum na

sociedade brasileira. Difundiu-se o estereótipo de que essas pessoas são destituídas de intelecto capaz de lhes oferecer as condições para desenvolver suas habilidades cognitivas. Nesse sentido, as escolas se inserem com participação decisiva para a sua formação e para a condição de cidadãos políticos e sociais. Cabe, portanto, a escola a difícil tarefa de prepará-los para inserção nessa sociedade tão complexa e excludente, incapaz de lidar com as diferenças (MANTOAN, 2003).

Jannuzzi (2012, pág. 58), explica que a partir de 1930 a sociedade civil começou a se organizar em associações de pessoas preocupadas com o problema da deficiência. A esfera governamental avançou desencadeando algumas ações que visavam a característica do respectivo alunado, criando escolas junto a hospitais e ao ensino regular, ou seja, foram fundadas entidades filantrópicas especializadas; surgiram formas distintas de atendimento em clínicas, institutos psicopedagógicos e centros de reabilitação, geralmente particulares, a partir de 1950, principalmente. Tudo isso no conjunto da educação geral na fase de incremento da industrialização no Brasil.

O conceito de inclusão é uma dificuldade a ser enfrentada pelos professores das escolas, necessita de tempo para ser implementado, da mudança de paradigmas e concepções de educadores, de um projeto que seja

tomado como de toda a escola e concomitante a isso, é necessário a mudança de práticas escolares, permitindo o acesso de alunos com necessidades educacionais especiais, mas antes de tudo, buscando garantir sua permanência nos espaços regulares de ensino. Segundo Rosseto (2005, pág. 42), aduz que:

A inclusão é um programa a ser instalado no estabelecimento de ensino a longo prazo. Não corresponde a simples transferência de alunos de uma escola especial para uma escola regular, de um professor especializado para um professor de ensino regular. O programa de inclusão vai impulsionar a escola para uma reorganização. A escola necessitará ser diversificada o suficiente para que possa maximizar as oportunidades de aprendizagem dos alunos com necessidades educativas especiais.

As dificuldades no processo de inclusão formam uma rede de situações que vão influenciando umas às outras, gerando, novos processos de exclusão dos alunos. Mantoan (2003) acredita que recriar um novo modelo educativo com ensino de qualidade, que diga não é a exclusão social, implica em condições de trabalho pedagógico e uma rede de saberes que entrelaçam e caminham no sentido contrário do paradigma tradicional de educação segregadora. É uma reviravolta complexa,

mas possível, basta que lutemos por ela, que nos aperfeiçoemos e estejamos abertos a colaborar na busca dos caminhos pedagógicos da inclusão. Pois nem todas as diferenças necessariamente inferiorizam as pessoas. Ela tem diferenças e igualdades, mas entre elas nem tudo deve ser igual, assim como nem tudo deve ser diferente.

Os alunos com necessidades educacionais especiais requerem um trabalho específico, com ferramentas e posturas diferenciadas dos demais alunos, para que possam atender e se desenvolver. Nessa perspectiva, a dificuldade apresentada pelo aluno não é o parâmetro fundamental, mas as potencialidades, as possibilidades de descobrir outras formas de conhecer. Incluir requer, portanto, uma postura crítica dos educadores e dos educandos em relação aos saberes escolares e à forma como os mesmos podem ser trabalhados. Incluir implica considerar que a escola não é uma estrutura pronta, acabada, inflexível, mas uma estrutura que deve acompanhar o ritmo dos alunos, em um processo que requer diálogo nos grupos de trabalho, na relação com a comunidade escolar e com os outros campos do conhecimento.

Desse modo, considerada nessa perspectiva, como modalidade de ensino regular que ofereça recursos eficazes para melhorar a qualidades de vida dessas

peças, e de caráter diferenciado para o desenvolvimento da aprendizagem, a educação inclusiva incorpora as demandas da sociedade, pois não apenas apoia e acolhe a diversidade entre todos, como também permite a construção de um projeto pedagógico direcionado a todos, mas que atende as necessidades de cada um não como problemas a serem consertados, mas como oportunidades para enriquecimento do aprendizado construído coletivamente.

O ofício do professor não pode mais ser visto como vocação, e sim como profissão que requer muito estudo, reflexão e uma prática realmente transformadora. A capacitação docente é um dos meios de começar a mudança na qualidade do ensino para criar contextos educacionais inclusivos, capazes de propiciar a aprendizagem de todos os alunos, respeitando ritmos, tempos, superando barreiras físicas, psicológicas, espaciais, temporais, culturais, dentre outras. A formação de professores para a inclusão escolar de alunos com necessidades educacionais especiais não deve se restringir a torná-los conscientes das potencialidades dos alunos, mas também de suas próprias condições para desenvolver o processo de ensino inclusivo.

Portanto, a inclusão consiste em adequar os sistemas gerais da sociedade, de tal modo, que sejam

eliminados os fatores que excluíaam certas pessoas do seu meio e as mantinham afastadas. A eliminaçãõ de tais fatores deve ser um processo contínuo e concomitante com o esforço que a sociedade deve empreender no sentido de acolher todas as pessoas independentemente de suas diferenças individuais e de suas origens na diversidade humana. Para que haja a inclusãõ, a sociedade, deve ser modificada a partir do entendimento de que ela é e precisa ser, capaz de atender às necessidades de seus membros.

4 - Políticas públicas: um outro viés para melhorar o acesso dos deficientes no ensino regular

As políticas públicas, enquanto procedimentos de construção de decisões políticas, são instrumentos adequados para garantir a efetivação de direitos fundamentais das pessoas com deficiência, através da açãõ planejada do Estado e da sociedade capaz de melhorar no aprendizado dessas pessoas.

Contudo, o conceito de políticas públicas surgiu nos Estados Unidos²⁸, exercendo uma visãõ holística (sob todos os aspectos) no que se refere aos problemas sociais.

²⁸ Nesse sentido: “A trajetória da disciplina, que nasce como subárea da ciência política, abre o terceiro grande caminho trilhado pela ciência política norte-americana no que se refere ao estudo do mundo público”. Ver: SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Porto Alegre: ano 8, nº. 16, jul/dez 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 15 fev. 2019.

Ou seja, as ações do Poder Público devem ser capazes de produzir resultados eficientes, em um tempo adequado para a solução das adversidades. Nesse contexto, o Estado acaba sendo obrigado pela Constituição Federal e demais legislações infraconstitucionais a planejar a prestação de serviços públicos. Segundo Souza (2006, p.22):

O pressuposto analítico que regeu a constituição e a consolidação dos estudos sobre políticas públicas é o de que, em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes. A trajetória da disciplina, que nasce como subárea da ciência política, abre o terceiro grande caminho trilhado pela ciência política norte-americana no que se refere ao estudo do mundo público. O primeiro, seguindo a tradição de Madison, cético da natureza humana, focalizava o estudo das instituições, consideradas fundamentais para limitar a tirania e as paixões inerentes à natureza humana. O segundo caminho seguiu a tradição de Paine e Tocqueville, que viam, nas organizações locais, a virtude cívica para promover o “bom” governo. O terceiro caminho foi o das políticas públicas como um ramo da ciência política para entender como e por que os governos optam por determinadas ações.

Assim, as políticas públicas devem ser construídas de modo ordenado, conectado à realidade,

comprometido com a proteção da dignidade da pessoa humana²⁹. Ou seja, isso é perfeitamente possível ocorrer através da inclusão da pessoa com deficiência no ensino regular.

Todavia, não é tão simples desenvolver o processo relativo ao instituto (da política pública), pois toda a sociedade deve participar de forma proativa, com o intuito de assegurar resultados efetivos e melhorar o acesso das pessoas com deficiência nas escolas públicas ou privadas.

Dessa forma, o instituto apresenta-se como forma de atuação legítima do Estado, enquanto instrumento de garantia de participação na construção de decisões políticas e de direitos políticos estatais, que assegurem a efetivação de direitos individuais e/ou coletivos.

Partindo desse pressuposto, se faz necessário analisar como se deu o processo do desenvolvimento progressivo, ainda que fragmentado, da concepção e

²⁹ Penso, outrossim, que a dignidade da pessoa humana é o ponto de esteio do Estado Democrático brasileiro – o fundamento básico dele, o ápice da pirâmide valorativa do ordenamento jurídico instituído pela CF de 1988 – eis que, mesmo quando cotejada aos demais fundamentos referidos de maneira expressa no artigo 1º da CF/88, ela tem posição de centralidade, porque atrai o conteúdo valorativo dos outros quatro. Com efeito, na essência de tudo está aquela ideia já antiga e que foi o gatilho da evolução histórica, do aprofundamento, da noção de Estado de Direito de que o homem só pode ser livre quando se edifica sobre um conjunto de homens livres, titulares de direitos fundamentais que assegurem sua dignidade humana (MACHADO, 2003, p. 97-98).

adoção de políticas públicas pelos Estados³⁰, de forma a implementar a proteção das pessoas com deficiência em suas diversas modalidades.

Tais eventos demonstram que o desmazelo do Estado em criar políticas públicas de forma articulada e efetiva, melhorando o acesso dos deficientes no ensino regular. O Poder Público³¹ vem insistindo em políticas públicas fragmentadas que não dão conta de solucionar os problemas das pessoas com deficiência de forma adequada e coerente.

Entretanto, o paradigma do Estado Democrático de Direito é capaz de fazer irromper uma nova onda cujos mecanismos darão conta de proteger e garantir os direitos fundamentais afetos a todas as modalidades de deficiência, seja ela congênita ou adquirida.

³⁰ O instituto das políticas públicas passou a interessar o ramo das ciências jurídicas por volta da década de 80. Embora sua origem tenha se dado no universo de preocupações da teoria de política, o fim da segunda guerra mundial e o advento de políticas sociais de saúde, seguridade social e habitação, muito expressivo nos países da Europa e dos Estados Unidos, aprofunda uma alteração qualitativa das funções do Estado, que a partir do plano da economia se irradia sobre o conteúdo social da noção de cidadania. Ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. Revista de informação legislativa. Brasília: nº 133 jan/mar 1997. Disponível em: http://igepp.com.br/.../para_aprender_politicas_publicas_unidade_06.pdf. Acesso em: 22 fev. 2019.

³¹ O controle judicial das políticas públicas no Brasil representa um importante espaço de debate democrático acerca do papel do Estado, possibilitando superar os entraves de ordem dogmática à efetiva participação popular no processo de tomada das decisões governamentais, sendo possível a proteção dos direitos fundamentais do cidadão através de medidas judiciais que interfiram diretamente nas prerrogativas afetas aos demais Poderes. (APPIO, 2004, pág. 17).

Sem a pretensão de desenhar uma política pública com vista a garantir e proteger de forma mais efetiva os direitos fundamentais dos deficientes, posto que tal empreitada demanda inúmeros conhecimentos e uma pesquisa mais abrangente. O artigo advoga a favor de uma política pública nos moldes do Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem Limite (Decreto Nº 7.612) e do Estatuto da pessoa com deficiência (Lei Nº 13.146). Que possa contar com mecanismos que a torne capaz de estabelecer um diálogo com as demais políticas públicas já existentes e inclusive com o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE).

A prática de acessibilidade nos meios de comunicação da deficiência auditiva/surdez, deficiência visual/cegueira nos setores públicos e privados, como: sinalização tátil, áudio e sonora; materiais didáticos com caracteres ampliados em braile e escrita; tradutor/intérprete de Libras e guias-intérpretes; painel eletrônico com descrição de imagens; placas internas e externas com sinalizações, além de equipar as salas de recursos com materiais específicos e essenciais ao atendimento à pessoa com deficiência (computadores, CD-ROM e softwares, inclusive em Libras). Trabalhando de forma conjunta e em conjunto para melhorar a qualidade de vida dos deficientes.

E por fim, é importante o apoio da sociedade, para que haja efeitos relevantes nas questões oriundas das transformações educacionais, sociais, culturais, tecnológicas, financeiras, econômicas e políticas.

5 – Considerações finais

A inclusão é uma proposta, um ideal. Se quisermos que a sociedade seja acessível e que dela todas as pessoas possam participar, em igualdade de oportunidades, é preciso fazer desse ideal uma realidade a cada dia. As ações de cada indivíduo, das instituições e dos órgãos públicos, devem ser pensadas e executadas no sentido de divulgar os direitos, a legislação e programar ações que garantam o acesso de todas as pessoas a todos os seus direitos. Sabe-se que mudar o contexto de uma hora para outra é impossível.

Nesse contexto, os valores e atitudes constroem e consolidam mecanismos de inclusão ou exclusão, e a educação, assim como a cultura são mediadores estruturados com fundamental poder para a inclusão social das pessoas com deficiência e de todos os envolvidos, num contexto geral.

Contudo, com o poder cada vez mais alocado para os meios de comunicação (internet, televisão, etc.), essa

forma de transmissão da cultura, descritiva e ideológica (Thompson, 2011), ocorre com intensidade, dado que a linguagem visual (redes sociais) tem não só maior força de penetração como maior capacidade de expansão.

Desse modo, são caracterizados alguns aspectos numerosos sobre as situações socioculturais das pessoas com deficiência e de todos os envolvidos. Contudo, não se pode ignorar a ocorrência de ações importantes e competentes das atividades culturais e educacionais de tais pessoas, com vistas à sua inclusão social.

E por fim, não é demais repetir, que a inclusão e integração social implica na participação ativa de todos os envolvidos, pautada no respeito à diversidade individual e à pluralidade cultural.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Tese de Doutorado Tese submetida à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **História da Educação e da Pedagogia**. São Paulo: Moderna, 2009.

BRASIL. **Declaração de Salamanca sobre princípios, política e práticas na área das necessidades educativas**

especiais, 1994. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139394por.pdf>. Acesso em 22 jan. 2019.

BRASIL. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 15 fev. 2019.

BRASIL. Instrução Normativa nº 1, de 20 de março de 2017. Disponível em http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/asset_publisher/OiKX3xLR9iTn/content/instrucao-normativa-rouanet-2017/10883. Acesso em 15 set. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e direito administrativo. Revista de informação legislativa. Brasília: nº 133 jan/mar 1997. Disponível em: http://igepp.com.br/.../para_aprender_politicas_publicas_unidade_06.pdf. Acesso em: 22 abr. 2019.

DINIZ, Margareth. Inclusão de pessoas com deficiência e/ou necessidades especiais: avanços e desafios. Autêntica Editora. Edição 1, 2012.

DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JANNUZZI, Gilberta de Martino. A Educação do Deficiente no Brasil: dos primórdios ao início do século XXI. 3ª ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2012.

MACHADO, Martha de Toledo. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos. São Paulo: Editora Manole, 2003.

MAZZOTTA, Marcos José da Silveira. **Identidade dos alunos com necessidades educacionais especiais no contexto da política educacional brasileira**. Movimento: Revista da Faculdade de Educação da Universidade Federal Fluminense; Niterói, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; BUBLITZ, Michele Dias. **Declaração de Atenas**: a mídia e o uso da terminologia com relação às pessoas com deficiência na perspectiva do direito á igualdade. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. jan-jun. 2014, v.15 (2014), p. 53-66, Disponível em: <http://revistaeletroniardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/576>. Acesso em 7 dez 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma Revisão da Literatura. Sociologias. Porto Alegre: ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16. Acesso em: 23 mar. 2019.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Editora Vozes; 9ª Edição. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011; pág. 166.

INTEGRAÇÃO ENTRE A GOVERNANÇA CORPORATIVA E A ESTRATÉGIA DE SUSTENTABILIDADE: O CASO NATURA

INTEGRATION BETWEEN CORPORATE GOVERNANCE AND THE SUSTAINABILITY STRATEGY: THE NATURA CASE

*Elaine Aparecida Barbosa Gomes
Maria Laura Vargas Cabral*

Resumo: analisar-se-á, se a preservação do meio ambiente, além de uma obrigação dos órgãos responsáveis, torna-se um aspecto de consolidação organizacional e de competitividade das empresas. O objetivo é discutir, a Governança Corporativa e a Sustentabilidade Ambiental como elementos fundamentais para equacionar o desenvolvimento entre as esferas econômica, social e ambiental. Sustentar-se-á, a aplicação de uma gestão sustentável como instrumento principal para o alcance de um gerenciamento de qualidade das empresas contemporâneas que buscam como diferencial no mercado competitivo atuar com transparência, equidade e ética em prol do bem comum. Utilizou-se de pesquisa teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo analítico que instruiu a análise de doutrinas relacionadas ao tema e aos conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Governança Corporativa, Responsabilidade social, Sustentabilidade ambiental.

Abstract: it will be analyzed, if the preservation of the environment, besides an obligation of the responsible organs, becomes an aspect of organizational consolidation and competitiveness of the companies. The objective is to discuss, Corporate Governance and Environmental

Sustainability as fundamental elements to equate development between the economic, social and environmental spheres. The application of sustainable management as a main instrument for the achievement of a quality management of contemporary companies that seek as a differential in the competitive market to act with transparency, equity and ethics for the common good will be sustained. Theoretical-bibliographic research was used following the analytical descriptive method that instructed the analysis of doctrines related to the theme and concepts of dogmatic order.

Keywords: Corporate Governance, Social Responsibility, Environmental Sustainability.

1 INTRODUÇÃO

As discussões sobre os problemas ambientais tornam-se algo corriqueiro nos dias atuais, a todo o momento tem-se informações das mais diversas, seja para conscientizar a sociedade sobre os impactos socioambientais que a ação do homem tem provocado no espaço, ou para propor políticas de preservação ambiental em escala local e global.

Conforme esclarece o Papa Francisco (2015), o estilo atual baseado no consumismo exacerbado e no desperdício leva ao esgotamento dos recursos minerais e naturais no planeta, provocando alterações no meio ambiente de modo insustentável.

No viés da globalização, as empresas buscam tanto suprir as necessidades do consumidor através de programas e políticas que visem melhorar o serviço e/ou produto ofertado quanto a atrair e manter os investidores cada vez mais cautelosos e exigentes ao decidir onde, quando e como aplicar o seu capital.

A globalização, em suas manifestações atuais, faz despontar outro ponto de extrema relevância, ou seja, o debate das questões ambientais e de sua sustentabilidade frente aos avanços econômicos, um desafio a ser enfrentado por todos.

O presente trabalho apresenta como tema central da pesquisa a Governança Corporativa e a Sustentabilidade Ambiental como elementos fundamentais para equacionar o desenvolvimento entre as esferas econômica, social e ambiental.

À luz de discussão teórica, analisar-se-á aplicação de uma gestão sustentável como instrumento principal para o alcance de um gerenciamento de qualidade das empresas contemporâneas que buscam como diferencial no mercado competitivo atuar com transparência, equidade e ética em prol do bem comum.

É fundamental, pois, a atenção as questões de responsabilidade social, que deve ser vista como um compromisso assumido pelas organizações para com a

sociedade e o meio ambiente e, mais do que isso, com um desenvolvimento democrático e com a defesa da sustentabilidade no plano global.

Assim, utilizando-se das reflexões produzidas acerca do tema proposto, intenta-se expor um questionamento central que norteará a pesquisa, qual seja: Observando as alterações ambientais e climáticas que têm chamado a atenção das organizações, das instituições públicas e da população em geral, é possível concluir a preservação do meio ambiente, além de uma obrigação dos órgãos responsáveis, torna-se um aspecto de consolidação organizacional e de competitividade das empresas?

Estruturalmente, o artigo se divide em duas seções temáticas, mais introdução e conclusão. Na primeira seção intitulada A concepção epistemológica de Governança Corporativa (GC), o foco do estudo é compreender a problemática sobre as teorias e práticas da governança corporativa, apresentando, ainda que rapidamente, uma visão do contexto, conceitos e seus elementos. Importante ressaltar ter a governança corporativa se tornado uma questão fundamental no que se refere tanto a gestão das organizações na relação com os acionistas, corpo diretivo e demais *stakeholders* das empresas, quanto na defesa da sustentabilidade no plano global.

Na segunda seção, com o título, A sustentabilidade ambiental e o universo corporativo, o intuito é de definir o conceito de sustentabilidade, em seguida, discutir sobre as questões ambientais juntamente com as questões sociais, pois o ser humano encontra-se imerso em uma crise socioambiental sem precedentes. Isso, para, ao final, verificar as práticas de responsabilidade social desenvolvidas pela Natura S.A., uma empresa reconhecida como referência nessa área em seus respectivos setores, ao conseguir equilibrar o desenvolvimento econômico com a responsabilidade social da organização.

2 DO REFERENCIAL TEÓRICO UTILIZADO

Utilizou-se o referencial teórico de Edson Cordeiro da Silva na obra *Governança Corporativa nas Empresas* (2010), a partir de suas contribuições com o debate acerca do conceito de Governança Corporativa como instrumento capaz de criar condições para uma organização ética e pluralista da economia e da sociedade como um todo com base na sustentabilidade ambiental.

Outras obras perpendiculares à análise de Edson Cordeiro da Silva foram utilizadas para aprofundar o exame sobre as questões ambientais, como também a linha teórica

sobre a sustentabilidade trabalhada por Juarez Freitas (2016) devido à sua contribuição para as discussões sobre a sustentabilidade enquanto caminho para alcançar o desenvolvimento das nações e ao mesmo tempo ter efetivado o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Deste modo, cabe ressaltar que outros autores e teorias aparecerão com centralidade ao longo deste estudo, sem os quais não seria possível um maior acesso a problemática.

3 DA METODOLOGIA UTILIZADA

Quanto à metodologia, para a realização do estudo, utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, documental disponível, com a utilização de livros, textos e artigos doutrinários, além de leis que possuam relação direta ou indireta com o assunto em comento, tendo em vista que a construção do debate teórico se embasa, de maneira considerável, em doutrina. Tendo como base a atual visão constitucionalizada dos direitos fundamentais.

No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, haja vista partir-se de uma concepção macro para uma concepção microanalítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Finalmente, no procedimento técnico, foram

adotadas as análises interpretativas, comparativas, temáticas e históricas, para possibilitar uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

Apresentada a descrição minuciosa do objeto da pesquisa, analisar-se-á, nas seções subsequentes, o recorte do tema com base exclusivamente nas esferas empresarial e jurídica. Como frisado, na primeira seção do trabalho será realizada uma discussão terminológica sobre a Governança Corporativa (GC).

4 UMA DISCUSSÃO TERMINOLÓGICA SOBRE A GOVERNANÇA CORPORATIVA (GC)

O objetivo deste capítulo é discutir a partir do viés da globalização a Governança Corporativa como condicionante para a construção e gestão das organizações empresariais quanto ao desenvolvimento das relações com os acionistas, o corpo diretivo e demais *stakeholders* das empresas alinhando os interesses em prol da qualidade da organização e na defesa da sustentabilidade no plano global.

Nesse sentido, ficar-se-á adstrito apenas à sua concepção atual, tentando explicitar o denominador comum entre a Governança Corporativa e a construção e

gestão das organizações empresariais no mundo globalizado.

Algumas palavras sobre a conceituação de globalização são necessárias em nome da adequada compreensão daquilo que esse processo representa no cenário empresarial, ou seja, a reestruturação no ambiente organizacional e o investimento na modernização, visando a redução de custos, a produção com qualidade e máxima eficiência, com foco na satisfação do cliente.

Em conformidade com os ensinamentos de André Frota e Diogo Filipe Sens, tem-se que a globalização surge como fruto da evolução da sociedade humana representada pela quantidade, pela velocidade e pela participação dos inúmeros agentes dos sistemas globais. (FROTA; SENS, 2017).

O processo de globalização surge com a difusão de novas tecnologias que interligam pessoas por meio de redes e permite a circulação de informações e de fluxos financeiros. Um mundo conectado tanto pelos meios de transporte, comunicação, financeiro e cultural. A sociedade mundial vive em um mundo globalizado onde todas as regiões, mesmo estando geograficamente distantes, se mantêm conectadas e interdependentes em escala global.

Em decorrência do processo de globalização, da circulação do fluxo de informações e financeiro ocorreu a expansão do mercado de capitais, a partir daí surge a necessidade da criação de normas mais eficazes na busca pela redução de potenciais conflitos de interesse e para regular as relações no mercado.

No contexto da globalização foi possível um encurtamento das distâncias geográficas, uma maior concorrência entre os mercados, a ampliação da comunicação e das trocas culturais com isso, surge a necessidade da criação de um mecanismo de direção e controle dos relacionamentos entre as organizações e os membros corporativos.

Nessa perspectiva surge no início da década de 1990, na Europa e nos Estados Unidos da América o conceito de Governança Corporativa (GC) com o objetivo de reduzir os conflitos de interesses entre acionistas, controladores e minoritários, bem como entre os demais influenciados pela organização, visando maximizar o valor da empresa. (BLOK, 2017).

Edson Cordeiro da Silva (2010) sustenta que a governança corporativa surge para criar mecanismos de incentivo e monitoramento que equacionem o comportamento dos executivos ao interesse dos acionistas. “[...] é um conjunto de práticas que tem por finalidade

otimizar o desempenho de uma companhia, protegendo investidores, empregados e credores, facilitando, assim o acesso ao capital”. (DA SILVA, 2010, p. 18).

Marcella Blok, de acordo com a conceituação acima, salienta que a governança corporativa propõe um alinhamento de interesses entre a organização e seus membros estabelecendo um ambiente de confiança e equidade. Entende-se que para ambos o mercado empresarial tende a se tornar cada vez mais competitivo e seletivo, assim em prol do crescimento e em busca de uma manutenção e estabilidade é necessário estabelecer um ponto de equilíbrio.

Destarte, é por meio dos Princípios da Governança Corporativa que tem-se esse ponto de equilíbrio, como aponta Blok “[...] alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização”. (BLOK, 2017, p. 192).

Alcançar essa proporcionalidade é uma necessidade de todas as empresas que se preocupam com sua perenidade, independentemente de tamanho ou estrutura de propriedade.

Para tanto, o primeiro Princípio é o da Transparência, *disclosure*, onde a organização deve

estabelecer laços de comunicação clara e concisa sobre a base estrutural que direciona as ações da organização e a constituição dos seus valores.

Deve contemplar tanto o desempenho “[...] econômico-financeiro, quanto os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que condizem à preservação e à otimização do valor da organização”. (IBGC, 2019).

O Princípio da Equidade possibilita um tratamento de forma isonômica entre a organização e demais partes interessadas, *stakeholders*, uma relação baseada na imparcialidade, com respeito à igualdade de direitos e obrigações.

Quanto ao terceiro Princípio, Prestação de Contas, *accountability*, estabelece a necessidade da prestação de contas de forma clara, compreensível e no momento oportuno aos interessados. Isto é, assumir “[...] integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis. (IBGC, 2019).

A Responsabilidade Corporativa é o quarto princípio, os agentes da governança devem nortear seus atos, ao definir negócios e operações, em prol da viabilidade econômico-financeira das organizações. (BLOK, 2017, p. 192).

Percebe-se que esses quatro princípios da governança corporativa possibilitam a criação de estratégias que norteiam as relações de gerenciamento, de produção e de responsabilidade para o desenvolvimento organizacional.

Nesta esteira de pensamento, compreender-se-á que a governança corporativa é um instrumento fundamental na gestão das organizações, tanto na sua criação quanto no seu crescimento e na sua manutenção no mercado de capital a longo prazo.

Da Silva destaca a existência de um tripé de sustentação das ações das organizações que adotam um modelo de governança corporativa e que tem sido alvo dos investidores, ou seja, a ética, o respeito e a transparência.

[...] respeito ao acionista minoritário, equidade de direitos para seus investidores (sem distinção entre majoritários e minoritários, inclusive nos casos de venda de controle), transparência de informações, prestação de contas à comunidade, respeito ao meio ambiente e às ações sociais. (DA SILVA, 2010, p. 157).

Outro ponto a ser discutido é a definição de sistema de governança, o que viabiliza o entendimento sobre as estruturas de governança em determinados países e como estes afetam o funcionamento das estruturas de governança corporativa, quanto as opções de crédito, os

financiamentos destinados a atividade produtiva e de pesquisa e os benefícios para assegurar o abastecimento de produtos e serviços.

Neste sentido, é importante, de início, ressaltar que não cabe ao sistema de governança corporativa intervir na autonomia das organizações, e sim equacionar a competitividade e produtividade da empresa com uma gestão responsável, ética e transparente da mesma.

As organizações fazem parte de um sistema maior que engloba o seu setor de atuação, as instituições públicas e privadas com quem mantém relações, os órgãos de regulação e os sistemas econômicos, judiciário e legislativo das localidades onde exercem suas atividades.

Nesse contexto, o que determina o sistema de governança de um determinado país são suas condições históricas de formação, sua trajetória de gestão econômica e demais aspectos de natureza cultural e institucional.

5 A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E O UNIVERSO CORPORATIVO

Tema de grande relevância na atualidade é o debate das questões ambientais e de sua sustentabilidade frente aos avanços econômicos imposto pelo processo de

globalização mundial, um desafio a ser enfrentado por todos.

Neste sentido torna-se imperiosa a adoção de práticas de sustentabilidade nas corporações, uma vez que está relacionada às decisões organizacionais, em que se visa o respeito aos recursos naturais e à sociedade.

Ao emprendermos uma análise a partir do conceito de sustentabilidade é necessário compreender o seu significado, para tanto Édis Milaré a define como “[...] um atributo necessário a ser respeitado no tratamento dos recursos ambientais, em especial dos recursos naturais”. (MILARÉ, 2011, p. 82).

Ainda para Milaré (2011, p. 82-83), a sustentabilidade, pela sua abrangência, deve ser compreendida sob dois vieses. O primeiro remete a compreensão da sustentabilidade como instrumento de perpetuação da vida no planeta, sob uma ótica ecológica. Enquanto que do ponto de vista da política, a sustentabilidade representa a autossuficiência da sociedade, ambas integram a conceituação do termo sustentabilidade.

Nos ensinamentos de Milaré tem-se que:

[...] existem duas precondições para o desenvolvimento da sustentabilidade: a capacidade natural de suporte (recursos

naturais existentes) e a capacidade de sustentação (atividades sociais, políticas e econômicas geradas pela própria sociedade em seu próprio benefício). (MILARÉ, 2011, p. 83).

Sabe-se também que a humanidade enfrentará um grande desafio na busca pelo equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade ambiental, podendo-se, embasado no pensamento do Papa Francisco (2015, p.12-13), salientar ser um desafio urgente e que inclui a união e a colaboração de toda a humanidade na busca de um desenvolvimento sustentável e integral.

Direcionando as atenções para a resolução das consequências da alteração do meio ambiente no cotidiano dos mais pobres, onde o caminho para construirmos um futuro mais digno passa pela percepção dos riscos ambientais aos excluídos pela invisibilidade social.

Atualmente, discutem-se problemas ambientais de maneira frequente, e nota-se que cada vez mais estas discussões são importantes pois a humanidade vem enfrentando esses problemas na busca pelo desenvolvimento econômico.

Situações que no passado eram incalculáveis e não faziam parte da nossa realidade tornou-se algo real e vem gerando uma destruição sistemática do meio ambiente, impossibilitando a vida com dignidade para a

população mundial, principalmente uma parcela relevante que vive em condições de pobreza ou miséria extrema.

Ulrich Beck (2017) consegue definir o momento pelo qual a humanidade tem vivido como sendo uma grande metamorfose, na qual as mudanças fazem parte do cotidiano de milhões de pessoas submetidas as mais diversas situações de readaptação e reinvenção social. Sendo necessário estabelecer sentimento de solidariedade e humanidade com a natureza, pois dependemos dela para sobreviver.

Com base nessa problemática ambiental, autores das mais diversas áreas discutem incansavelmente a maneira como estamos interferindo na natureza e construindo o planeta para as gerações futuras. Com o objetivo de despertar no ser humano a consciência e a responsabilidade pelas suas atitudes e escolhas no âmbito individual e na coletividade.

Por sua vez, Juarez Freitas salienta que:

[...] todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever universalizável de deixar o legado positivo na face da terra, com base na correta compreensão darwiniana de seleção natural, acima das limitações dos formalismos kantianos e rawlsianos. (FREITAS, 2016, p.64).

O homem destrói o meio ambiente e na maioria dos casos quem sofre com as consequências é a camada mais vulnerável da população, geralmente aqueles que sobrevivem de modo sustentável da natureza.

Nessa linha de raciocínio, nos moldes da Lei 6.938/1981, artigo 3º, inciso I, entende-se por meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Ou seja, aquele que abrange não apenas os recursos naturais, artificiais e culturais, mas também todas as demais condições necessárias para existência de vida no planeta.

A poluição das águas, a poluição no ar, o desmatamento das áreas florestais, a produção e o descarte do lixo de modo desregular, uma destruição em prol do desenvolvimento econômico que prejudica a vida de um número imensurável de pessoas, privilegia-se as demandas do presente em detrimento as necessidades das gerações futuras.

Por sua vez, o Papa Francisco (2015), analisando uma das consequências da interferência do homem no meio ambiente para a população mais pobre, salienta que:

[...] o acesso à água potável e segura é um direito humano essencial, fundamental e universal, porque determina a sobrevivência das pessoas e, portanto, é condição para o exercício dos outros direitos humanos. Este mundo tem uma grave dívida social para com os pobres que não têm acesso à água potável, porque isto é negar-lhes o direito à vida radicado na sua dignidade inalienável. (FRANCISCO, 2015, p. 26).

Diante da maciça e devastadora ação do homem sobre o meio ambiente, a proposta da Encíclica Papal é discutir as questões ambientais juntamente com as questões sociais, pois o ser humano encontra-se imerso em uma crise socioambiental sem precedentes. Basta acompanhar os noticiários impresso e/ou virtual, que consegue-se ter um panorama geral da crise.

Como demonstra Ulrich Beck (2017) a desigualdade social até o século XX girava em torno da produção e distribuição de bens, hoje essa preocupação ganhou outra roupagem. A sociedade passou por uma metamorfose social com a introdução da questão ambiental dentro do conceito de desigualdade social.

O maior problema na atualidade é saber como lidar com essa desigualdade ambiental que não respeita hierarquia das classes sociais e afeta a todos. E acrescenta, “o seu poder de metamorfose inclui a política da invisibilidade. Não vemos os males porque excluímos os

excluídos. Deste modo, a metamorfose externaliza e negligencia os males”. (BECK, 2017, p.107).

É oportuno destacar que o conceito de sustentabilidade ambiental ampliou e ultrapassou as fronteiras ambientais, ganhando força e espaço nas discussões empresariais.

Assim ciente da relevância dessa discussão, propõe-se trazer, na próxima seção, algumas contribuições para analisar o tema a sustentabilidade ambiental sob o viés da governança corporativa.

5.1 O caso Natura Cosméticos: estratégias e perspectivas para o fortalecimento da sustentabilidade

A presente subseção tem por objetivo descrever as práticas de responsabilidade social desenvolvidas pela Natura S.A., uma empresa reconhecida como referência nessa área em seus respectivos setores, ao conseguir equilibrar o desenvolvimento econômico com a responsabilidade social da organização.

Com ações estratégicas voltadas para o desenvolvimento de uma governança corporativa a Natura desde de meados dos anos 90, tem um papel relevante na sustentabilidade ambiental com práticas voltadas para a responsabilidade social.

A marca é destaque no cenário nacional onde possui cerca de 600 produtos em seu portfólio nas categorias maquiagem, perfumaria, proteção solar, cuidados com o rosto, o corpo e os cabelos, entre outras. (NATURA, 2015).

A Natura S.A., é uma sociedade anônima, atualmente de capital aberto, negociando suas ações no novo Mercado da Bovespa, Bolsa de Valores do Estado de São Paulo, desde maio de 2004. Foi fundada em 1969, é uma multinacional brasileira de cosméticos e produtos de higiene e beleza. Com cerca de 1,7 milhão de consultoras no Brasil, na Argentina, no Chile, na Colômbia, no México e no Peru. (NATURA, 1969).

A Amazônia é muito mais do que as riquezas minerais que seu subsolo possui ou sua biodiversidade de solo. Do contrário, é uma floresta fundamental para a regulação climática mundial, constituindo patrimônio que deve ser preservado para as presentes e para as futuras gerações. Foi com base nessa realidade que a Natura tem desenvolvido projetos voltados para a sustentabilidade da região.

Todos os anos frutos e raízes da maior floresta tropical do mundo desaparecem já que suas árvores viram cinzas, juntamente com sua cultura. Tem-se inúmeras

perdas, além de intensificar o processo de aquecimento global³².

Entre as causas e compromissos que a organização Natura apoia tem-se o projeto Amazônia viva somos um só: pessoas, floresta e planeta! Onde desde 2000 floresta em pé é o compromisso que a Natura firmou com a Amazônia. Floresta em Pé é pripioca, ucuuba, patauá, murumuru extraídos de forma sustentável. É gerar renda para mais de 4 mil famílias. E conservar 257 mil hectares, o equivalente às cidades de São Paulo e Rio de Janeiro juntas³³.

Dentre as principais práticas direcionadas para equacionar o equilíbrio entre atividade econômica e a responsabilidade social tem-se a proibição da realização dos testes de produtos e de ingredientes em animais desde o ano de 2006, a criação do Programa Carbono Neutro, com metas de redução das emissões de gases de efeito estufa em toda sua cadeia produtiva a partir de 2007, e em 2010 a criação do Instituto Natura para fortalecer iniciativas em prol da educação pública. (NATURA, 1969).

³² Conforme reportagem Natura.com, disponível em: <<https://www.natura.com.br/blog/sustentabilidade/amazonia-vival>>. Acesso em: 11 ab. 2019.

³³ Conforme reportagem Natura.com, disponível em: <<https://www.natura.com.br/blog/sustentabilidade/amazonia-vival>>. Acesso em: 11 ab. 2019.

Isso porque mantém como um dos pilares da organização, quanto a estratégia de negócios, o compromisso com a sustentabilidade investindo nos estudos sobre a biodiversidade brasileira e em uma gestão socioambiental responsável. Preocupa-se em desenvolver ações que melhorem o relacionamento e a qualidade de vida das pessoas.

Em 2007, a Natura criou o Programa Carbono Neutro, o que reduziu de forma significativa e contínua a quantidade de gases de efeito estufa que produziram por causa dos negócios. Graças à iniciativa, todos os produtos são 100% carbono neutro, ou seja, têm as emissões de poluentes compensadas³⁴.

Para tanto, os gestores da organização desenvolveram três pilares, quais sejam: a) inventário, b) redução, e c) compensação. Sendo o inventário o que diferencia esse projeto onde para o cálculo de compensação, considera-se toda a cadeia de negócios, desde os gases emitidos durante a extração de matérias-primas e uso de recursos naturais até o descarte de

³⁴ Conforme reportagem Natura.com, disponível em: <<https://www.natura.com.br/blog/sustentabilidade/amazonia-vival>>. Acesso em: 11 ab. 2019.

produtos pelo consumidor, implementando ações para redução na própria empresa e nos parceiros³⁵.

Percebe-se, desta forma, que o impulsionamento para o crescimento e manutenção em um mercado competitivo como o setor de cosméticos deve-se ao desenvolvimento de uma relação ética e transparente entre a empresa e os *stakeholders*, ou seja, a responsabilidade social da organização.

“A Natura é *Organisational Stakeholder* do Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social desde 2004 e colabora com o grupo de trabalho que desenvolve a terceira geração de diretrizes da *Global Reporting Initiative* (GRI)”. (NATURA, 2015, p. 48).

Ainda, para permitir a transparência quanto aos produtos e serviços prestados adota as práticas de comunicação difundidas pela Associação Brasileira de Comunicação Empresarial (Aberje) estabelecendo relações de qualidade com todos os envolvidos dentro e fora da empresa, com o objetivo de aprimorar os resultados e aperfeiçoar os vínculos.

Sobre o assunto, em 2015 a Associação Brasileira de Comunicação Empresarial destacou a Natura como uma das vencedoras do prêmio da Organização das Nações

³⁵ Conforme reportagem Natura.com, disponível em: <<https://www.natura.com.br/blog/sustentabilidade/amazonia-vival>>. Acesso em: 11 ab. 2019.

Unidas (ONU) Campeões da Terra 2015, na categoria Visão Empresarial. (ABERJE, 2015). Premiação que destaca as empresas que desenvolveram sua estratégia de negócios com base na sustentabilidade.

De acordo com Luísa Cavalcanti a marca Natura projetou compromissos voltados para a sustentabilidade, a serem cumpridos até 2020, que formam três pilares relevantes, quais são: a) “Marcas e Produtos”; b) “Rede de Relações”; e c) “Gestão e Organização”. (CAVALCANTI, 2015).

O primeiro pilar diz respeito as “Marcas e Produtos”, tanto expressando novos valores quanto despertando nos indivíduos comportamentos proativos em prol da sustentabilidade ambiental e um consumo consciente.

“Rede de Relações” é o segundo pilar essencial para a Natura, é por meio da tecnologia que a organização acredita alcançar um público ainda maior, despertando o interesse pela educação e o crescimento pessoal e coletivo de todos. Além de evitar o desperdício e minimizar a poluição do meio ambiente com embalagens recicláveis e biodegradáveis.

O terceiro pilar é a “Gestão e Organização”, integrando as esferas do financeiro, do social, do ambiental e o cultural dentro de uma governança corporativa para

alinhar o desenvolvimento econômico a responsabilidade social.

Diante dessa discussão, conclui-se que a Natura vem desenvolvendo sua atividade econômica de forma a amenizar os impactos ambientais causados pela produção de seus serviços e produto. Da concepção dos produtos, por meio do uso de matéria-prima certificada, minimizando o desperdício e maximizando o aproveitamento pelas formas de trabalho das áreas administrativas até o descarte do produto pelo consumidor.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa não teve a pretensão de negar a importância da atividade econômica para o desenvolvimento da sociedade brasileira. Entretanto fez-se necessário relatar que o desequilíbrio ambiental existente é fruto do negligenciamento do ser humano que extrai mais do que a natureza consegue recompor, e de modo predatório, privilegia o desenvolvimento econômico e deixa em último plano os aspectos sociais, estabilizando o caos.

Analisou-se a influência do processo de globalização na produção dos produtos e/ou serviços das organizações empresarias que movidas pelo sistema

capitalista deixavam em segundo plano questões referentes a conduta com ética e responsabilidade.

A mudança de postura é realçada a partir do momento em que se percebe a adoção de uma governança corporativa com práticas voltadas para a responsabilidade social, que construa uma relação próxima com todos os envolvidos na organização, com o meio ambiente e com a sociedade em prol do desenvolvimento e da defesa da sustentabilidade no plano local e global.

Respondendo à questão exposta na introdução da pesquisa, qual seja: observando as alterações ambientais e climáticas que têm chamado a atenção das organizações, das instituições públicas e da população em geral, é possível concluir a preservação do meio ambiente, além de uma obrigação dos órgãos responsáveis, torna-se um aspecto de consolidação organizacional e de competitividade das empresas? Tem-se a conclusão a seguir apresentada.

Foi possível constatar que as organizações empresarias passam por uma transformação no sentido de construir bases para uma relação próxima da empresa com o meio ambiente equacionando a produção econômica e a sustentabilidade ambiental.

A consolidação de valores como a ética, o respeito e a transparência permitiram que algumas

empresas se consolidassem no mercado e passassem a ouvir as necessidades dos novos consumidores, que com uma consciência ambiental, demandam por produtos e serviços sustentáveis.

As práticas de Governança Corporativa fundamentadas na ética, na moralidade e na responsabilidade social auxiliam as organizações empresariais na redução de conflitos, na motivação dos funcionários e demais *stakeholders*, bem como no fortalecimento dos mecanismos de sustentabilidade, criando tanto ambientes internos quanto externos saudáveis, dessa forma, estimulando o crescimento e a capacidade de sucesso da organização.

É através do equilíbrio entre a economia, o meio ambiente e o social que se constrói nos indivíduos e nos gestores das organizações empresariais a consciência de que sua participação é importante para a consolidação de um futuro melhor. Reconhecer uma atividade econômica voltada para a sustentabilidade é o desafio que pode conduzir à redução dos problemas, sejam eles sociais, econômicos e/ou ambientais.

8 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABERJE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO EMPRESARIAL. Natura é reconhecida com principal prêmio ambiental da ONU. 05/09/2015. Disponível em: < <http://aberje.com.br/natura-e-reconhecida-com-principal-premio-ambiental-da-onu-7/>>. Acesso em: 8 ab. 2019.

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. **Direito ambiental.** 6. ed. revista, atualizada e ampliada Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** São Paulo: Atlas, 2012.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo:** como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade. Lisboa, ed.70, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BRASIL. **Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento,**1992. Disponível em <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE.** Disponível em:<<http://www.mma.gov.br/clima/protecao-da-camada-de-ozonio/item/7512>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BLOK, Marcella. **Compliance e governança corporativa**: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

CAVALCANTI, Luísa. Natura. **Responsabilidade Social**, 30 de janeiro de 2015, edição nº 185. Disponível em: <<http://www.responsabilidadesocial.com/perfil/natura/>>. Acesso em: 8 ab. 2019.

DA SILVA, Edson Cordeiro. **Governança corporativa nas empresas**: guia prático de orientação para acionistas, conselheiros de administração, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores. São Paulo, Atlas, 2010.

FRANCISCO, Papa. **Carta Encíclica *Laudato Si***. São Paulo: Editora Paulinas, 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FROTA, André; SENS, Diego Filipe. **Globalização e governança internacional**: fundamentos teóricos. Curitiba, InterSaber, 2017.

IBGC. **INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA**. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/governanca/origens-da-governanca>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.edição. São Paulo, SP, 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito ambiental**: a gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NATURA. **Instituto Natura**. 1969. Disponível em: <<https://www.natura.com.br/mundo-mais-bonito-com-voce>>. Acesso em: 8 ab. 2019.

NATURA. **Relatório Anual Natura**. 2005. Disponível em: <<https://www.natura.com.br/mundo-mais-bonito-com-voce>>. Acesso em: 8 ab. 2019.

ONU. **Conferência das Nações Unidas sobre mudança climática**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cop21/>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA E ATIVISMO

JUDICIAL: RECUOS E AVANÇOS

Silvano Lopes
José Arthur Figueiras Deolino

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal – STF assume, na atualidade, bem mais do que resoluções de direito individual que antes era destaque em suas funções, inicialmente, sua função, o que a priori é bom, pois se usa melhor o conhecimento científico judicial de grandes juristas, tendo como base a necessidade de novas interpretações da Constituição Federal de 1988 atribuídas sua faceta difusa e as revisões neoconstitucionalistas, em detrimento à adaptação de novas demandas judiciais. Todavia, o que iniciou discretamente tem proporcionalidades, na atualidade, que se questiona o limite e necessidades destas intervenções. A atuação do STF é compreendida sob um duplo viés: o da judicialização da política e do ativismo judicial. O presente artigo, fazendo uso do método descritivo, busca questionar o que é cabível ao STF e nortear interessados no estudo sob as novas significações do Poder Judiciário no Brasil. Para tal, faz-se uso de um estudo de metodologia descritiva, com abordagem qualitativa.

Palavras chaves: Judicialização; Ativismo; Supremo Tribunal Federal.

RESUMEN: El Supremo Tribunal Federal - STF asume, en la actualidad, mucho más que resoluciones de derecho individual que antes era destaque en sus funciones, inicialmente, su función, lo que a priori es bueno, pues se usa mejor el conocimiento científico judicial de grandes juristas, teniendo como base la necesidad de nuevas interpretaciones de la Constitución Federal de 1988

atribuidas su faceta difusa y las revisiones neoconstitucionalistas, en detrimento de la adaptación de nuevas demandas judiciales. Sin embargo, lo que inició discretamente tiene proporcionalidades, en la actualidad, que se cuestiona el límite y necesidades de estas intervenciones. La actuación del STF es comprendida bajo un doble sesgo: el de la judicialización de la política y del activismo judicial. El presente artículo, haciendo uso del método descriptivo, busca cuestionar lo que es adecuado al STF y orientar a los interesados en el estudio bajo las nuevas significaciones del Poder Judicial en Brasil. Para ello, se hace uso de un estudio de metodología descriptiva, con abordaje cualitativo.

Palabras claves: Judicialización; Activismo; Supremo Tribunal Federal.

1) INTRODUÇÃO

A judicialização da política e o ativismo judicial da política brasileira são fatos previstos na Constituição. Apesar de suas aproximações na delegação de funções do STF os termos diferem-se e para entendê-los é preciso ter ciência do que é cabível aos três poderes.

A Constituição outorga poderes à tríade de poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo esses independentes e harmônicos entre si. Tais poderes, como já se conhece, têm suas funções comuns e em determinados casos adentram na esfera um do outro. Porém, a convivência é harmônica, pois se têm como base a Constituição Brasileira /1988.

Tange ao poder Executivo, representado pelo Presidente da República e seus Ministros, Secretários, Conselheiros e órgãos de Administração Pública os atos de chefia do Estado. Tal poder tem comunicação com o Poder Legislativo que é quem propõem novas leis e sancionam novas valias de necessidade do Estado. Todavia cabe ao Executivo fiscalizá-lo aprovando ou recusando regras administrativas referente ao controle político-administrativo e o financeiro-orçamentário.

Cabe ao Poder Judiciário representado pelo STF que é composto por Juízes, Desembargadores e Promotores da Justiça interpretar e julgar Leis respaldando-se na Constituição Brasileira que são sancionados pelo poder Legislativo. O poder Executivo tem o poder de sancionar medidas provisórias, com a força de Lei, que ainda serão apreciadas pelo poder Legislativo e acabadas pelo Poder Executivo. Exemplifica-se assim:

O Poder Executivo em relação ao Legislativo: adoção de Medidas Provisórias, com força de Lei, conforme determina o artigo 62 da Constituição Federal de 1988 – “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar Medidas Provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

O Poder Legislativo em relação ao Executivo: compete ao legislativo processar e julgar o Presidente e Vice-

Presidente da República, assim como promover processo de impeachment. Poder Judiciário em relação ao Legislativo: observa-se o Art. 53. §1º, que diz que “os deputados e senadores desde a expedição do diploma serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 1996, s/pag. Texto adaptado pelo autor)

A formação dos três poderes baseia-se em princípios filosóficos, como Montesquieu que descreve a necessidade de não se concentrar poderes “não deixar em uma única mão as tarefas de legislar, administrar e julgar, já que a concentração de poder tende a gerar o abuso dele” (MONTESQUIEU, 2000).

Portanto, distinguir os poderes e delegar funções a cada um, descentraliza o poder e permite que o controle de interesses individuais não prevaleça, criando uma proteção e tirânica para a sociedade, no caso, brasileira.

Contudo, os poderes possuem regras de efetivação diferentes, isto é o poder Executivo, na pessoa do Presidente é eleito pelo povo, mas os ministérios e, conselheiros e desembargadores são nomeados por Ele. O poder Legislativo e as suas Câmaras são eleitos pelo povo, e não há critério de conhecimento científico para a candidatura. Enquanto o poder Judiciário é composto por pessoas edificadas para exercer tais funções. Assim, muitas vezes o poder Legislativo isenta-se, na forma de

negligência, de tomar decisões de repercussão e embate popular, como aconteceu no reconhecimento legal de casais homoafetivos; tramita a legalização ou não do aborto e outras questões. Assim, delega ao Poder Judiciário tais decisões, e estes se embasando outros julgamentos, interpretam interpretação e efetivam regras que saciem a necessidade de uma posição política judicial

Portanto, judicialização ocorre no Brasil, e em alguns outros países com formulação constituinte semelhante aos moldes da CF/88, quando é transferida para o Poder Judiciário a resolução final, o que se conhece como ‘ultima instância’, e esse assumem o dever das instâncias políticas tradicionais, como Congresso Nacional e Poder Executivo. Assim, a judicialização, no cenário brasileiro, é um fato, uma conjuntura que decorre do modelo constitucional adotado distanciando de um exercício sentenciado de vontade política.

Conforme citado, os embates judiciais são novas posturas sociais, que requerem interpretações, que rigorosamente devem ser estatuídos segundo a CF/88 a este fato tem-se um ativismo político que é a escolha de um parâmetro específico e proativo que o Poder Judiciário possui de interpretar a Constituição, prevendo um sentido amplo que concordem em um direito instituído.

Diante do exposto, justifica-se a formulação deste artigo que se dispõe a descrever sobre a Judicialização e o ativismo político dirigindo-se ao público em geral que deseja conhecer o Supremo Tribunal Federal e saber por que, na atualidade, tanto se vê seus Ministros na mídia.

Persegue-se o objetivo geral de levantar discussão sobre se é cabido ao STF decidir questões sociais de âmbito político, social e moral que permeiam a sociedade.

Descrever os fundamentos da judicialização resolvidos com o ativismo judicial; conhecer a formação do Direito Constitucional para que se deem as ações em estudo e rever singularidades deste processo são os objetivos específicos deste artigo.

A metodologia é predominantemente de pesquisa qualitativa, pois objetiva descrever a importância fato estudado em relação à atualidade. Para tal, fez-se um estudo bibliográfico, no qual predomina o estudo da literatura de Lima (2014). Estudiosos como Barros (1966), também embasa a temática.

O artigo privilegia uma linguagem dentro dos limites cotidiano, a fim de possibilitar que este artigo seja de acesso aos estudantes de direitos e leigos interessado em conhecer a temática.

A história mundi registra histórias nas quais o excesso de poder dirigido a um homem ou a um grupo de

homens, deu margem a tirania, escravização e outros horrores dirigidos aos seres vivos. Por isso, conhecer as novas posturas do Judiciário, no Brasil, que tem o poderio político envolvido em denúncias de corrupção, o que traz um descrédito deste segmento, é importante. Fiscalizar indícios de uma união, além da recomendação harmônica dos três poderes, é um dever, competidos aos estudantes e viventes do Direito.

2) FUNDAMENTAÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO POLÍTICO NO BRASIL

Os termos em estudos, Judicialização e Ativismo políticos estão previstos na Constituição Federal – CF/88 e lhes confere promover o fortalecimento das instituições jurídicas, com o estabelecimento de um complexo sistema de controle de constitucionalidade e a concentração das atribuições do Supremo Tribunal Federal.

O termo “ativismo judicial” por ser um termo em construção, pois o seu uso nos tribunais ganhou força, com o acréscimo de da autonomia do judiciário.

O que se vê no Brasil é que política e judiciário se estranham. Na atualidade o judiciário é convidado a exercer uma função de intervenção na ordem social política, mas o fato não está enquadrado na função

judicial, a este embate se dá a formação do ativismo judicial.

A judicialização é um fenômeno creditado ao arranjo institucional previsto na Constituição Federal de 1988, vigente.

É possível identificar um longo processo de reforço da magistratura que passou a absorver em suas resoluções novos conflitos, e como é missão do judiciário aplicar a lei conforme a Constituição determina os arranjos políticos, por vezes, esperam que essa busque soluções baseadas em outros julgamentos, mais comumente nos pareceres estadunidenses.

Tradicionalmente, apesar de sua relevância como “árbitros dos conflitos políticos”, os juízes estão cientes “das funções que lhes cabe na distribuição entre os poderes, por expressos mecanismos normativos de restrição entre poderes e ainda e por outras pressões políticas” (LIMA, 2014).

Sabe-se que o cenário político brasileiro atraiu a concretização da judicialização. A corrupção política tornou os poderes executivo e legislativo por vezes duvidoso o que impulsionou que muitos casos fossem para as pastas do poder judiciário, que aplicam as leis convivendo comumente com os novos tempos. Assim, buscam em outros ordenamentos as bases para os casos

que ainda não fazem referência precisa na Constituição Brasileira. O que se espera é que os magistrados tenham uma visão mais ampla da situação e busquem uma resolução política baseando-se em visões concretas contemporâneas.

De acordo com esse histórico e talvez em resposta às fragilidades anteriores, realmente coube a CF/88 a transformação do papel judiciário, no sistema político brasileiro, pelo desenho institucional que promove, mas também por seus dispositivos materiais que permitem a tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as “judicializáveis”, diante de um texto analítico, que permite que as mais diversas expectativas, e doutrinas, sejam criadas em seu nome (LIMA, 2017 p. 221).

Lima (2014) apresenta o posicionamento de Ernani Carvalho que entre outros dizeres relevantes menciona a autonomia dado ao judiciário, com um complexo controle de constitucionalidade, fortalecendo instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e outros para que estes tenham a função de ser braços do STF, expandido suas competências.

Não por acaso, Matthew Taylor e Luciano Da Ros, atenta para as contestações políticas nos casos desta redistribuição de poderes e atribuições entre diferentes entidades

e instituições, entes federativos e diferentes instâncias do Poder judiciário.

O referente, citados pelos magistrados, faz menção à possibilidade de banalização da Constituição empenhadas em uma união política, pois o judiciário é grupo comum, o mesmo não acontece no cenário político que é formado por partidos.

Os autores citados, em concordância com Keith Whittington apud (LIMA,2014), também visualizam a judicialização como possível instrumento de governo nos casos “em que se busca a ‘mão amiga’ da instituição máxima do Poder Judiciário para que esta implemente ou se pronuncie de forma favorável a política pública de interesse do próprio governo”.

Embora correspondam a noções distintas, ativismo e judicialização da política se relacionam, uma vez que as chances de sucesso da demanda - aferida em vista de critérios jurídicos e também de receptividade do tribunal ao pedido formulado, verificável por suas decisões anteriores – convertem-se num incentivo para a busca da intervenção judicial. Mas é importante reconhecer que o mero ajuizamento do processo pode atender aos interesses do seu autor, para aumentar os custos políticos de decisão ou simplesmente provocar nova ‘rodadas de negociação’ – e, neste caso, a demanda foi judicializada.

Judicialização e ativismo são umas relações usuais e podem ser visualizados em várias produções acadêmicas.

A junção do supremo com democracia (supremocracia) é a pauta de Oscar Vilhena Vieira apud

(LIMA, 2014) que considera esta uma singularidade do arranjo institucional brasileiro, sendo um parâmetro novo que representa a concentração de poderes frente aos demais juízes e tribunais, numa “autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (rule) o poder Judiciário no Brasil.”

Assim, os juristas, conforme rege a Constituição debruçam sobre o mérito das questões levadas à apreciação do STF, que abrange pautas como direitos fundamentais (lembrando termo inclui desde direito a alimentação moradia e adentra as questões como aborto e práticas religiosas!). Assim, compreende-se que o processo de judicialização é acentuado pela disposição do STF – e demais órgãos jurisdicionais – em apreciar os mais diversos temas e avançar sobre as competências dos demais poderes.

O ativismo judicial e a judicialização são posições distintas. Positivamente tem-se a participação mais efetiva do judiciário. Em contra partida, como se vê, tem vários pontos negativos desde a sobrecarga e concentração de poder, com intervenção do poder judiciário nos demais poderes, considerando que o legislativo e executivo são representantes do povo, enquanto o judiciário, apesar de ter legitimidade em sua representação, não foi eleito

democraticamente. A questão da neutralidade, também, fica a desejar na judicialização política.

Todavia, a Constituição de 1988 trouxe a inovação quando estabeleceu e incrementou mecanismos dos dois modelos clássicos de constitucionalidade: o norte-americano (difuso) e o europeu (concentrado), já inseridos no ordenamento brasileiro.

No controle difuso qualquer tribunal pode intervir numa lei, seja esta de cunho municipal, estadual ou federal fazendo parte do controle de Constitucionalidade referindo-se a fatos concretos.

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. A declaração de inconstitucionalidade, nesse caso, é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois objeto principal da ação.

Em contrapartida, ao controle difuso têm-se o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, no qual se procura obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto. O objetivo é a invalidação da lei, garantindo a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas

inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade é, pois, o objeto principal da ação.

No Brasil temos as seguintes às espécies de controle concentrado de constitucionalidades contempladas pela Carta Política de 1988: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI ou ADIn (art. 102, I, a, CF/88); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva (art. 36, III, CF/88); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIN por Omissão (art. 103, § 2º); Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON ou ADC (art. 102, I, a, in fine, CF/88) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF/88).

Conforme já descrito todos contemplam desvendar a inconstitucionalidade do processo. É um modelo de constitucionalidade estadunidense

O controle concentrado é adotado na maior parte dos países europeus e, assim como o controle difuso, recebe várias denominações, entre as quais, controle abstrato; controle em tese; controle principal; controle por via de exceção; e modelo austríaco de controle.

Tal sistema de controle foi criado por Hans Kelsen apud (LIMA, 2014) para a Constituição da Áustria, no ano de 1920, no qual as funções de fiscalização e controle ficam concentradas em um único órgão, ditado

por Corte Constitucional, que, no caso do Brasil, é o Supremo Tribunal Federal. É um sistema de controle de índole objetiva, ou seja, tem a finalidade de assegurar a proteção da ordem constitucional objetiva³⁶ e, assim, não conta com partes formais. É exercido por meio de ações específicas em que se argui a inconstitucionalidade de um dispositivo.

O ordenamento jurídico nacional prevê cinco dessas ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Todas as ações do controle concentrado têm como objeto a análise da constitucionalidade da norma em abstrato, visando à proteção objetiva da Constituição, e não tendo como intuito a tutela de direito subjetivo.

Por fim, cumpre destacar que a sentença proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade produz

³⁶ Trata-se dos direitos fundamentais compreendidos também como o conjunto de valores objetivos básicos de conformação do Estado Democrático de Direito. Na perspectiva objetiva, Os juízes do STF estabelecem diretrizes para a atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e para as relações entre particulares. Para a doutrina, trata-se da eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

efeitos *erga omne*³⁷s, retroativos e vinculantes, de acordo com o artigo 102, §2º, da Constituição Federal.

“Constituição Federal

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (BRASIL, 1988 s/p.)

É importante ressaltar que o STF, como guardião da Constituição, concilia o exercício do complexo controle abstrato, com a revisão judicial no controle difuso, que o converte numa “terceira instância judicial”, no controle difuso.

Como o STF atende às demandas?

Está descrito no artigo 102 da Constituição brasileira, que rege a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), que a função principal do órgão não é julgar ninguém, mas ser o guardião da Carta Magna contra todas as suas possíveis ameaças.

³⁷ Do latim. Expressão jurídica para referir a uma lei ou norma que vale para todos os indivíduos (efeito vinculante).

O STF é formado por onze homens e mulheres, de reputação intocável, e todos com formação e saber jurídico incontestáveis que são pré-requisitos para o exercício do cargo. Devem exercer a proteção quando impedem que atos administrativos, projetos de lei ou até decisões judiciais ofendam preceitos da Constituição sendo validados. “É a tarefa de ir contra a decisão da maioria, se esta não estiver de acordo com a Constituição”, observa Oscar Vilhena apud (LIMA. 2014), para cada mil casos efetivamente de interpretações constitucionais, o Supremo recebe cerca de cinquenta mil processos de caráter criminal.

A Constituição também atribui ao STF outras duas grandes funções: ser uma “corte de últimos recursos”, como diz Vilhena apud (LIMA. 2014), e julgar autoridades com foro por prerrogativa de função, o famoso foro privilegiado. Presidente, vice-presidente, deputados federais, senadores, ministros e o procurador-geral da República não podem ser julgados pela Justiça comum, competindo ao Supremo se transformar em corte criminal para submetê-los a julgamento, se for o caso. Também compete à Corte julgar casos de extradição e conflitos entre entes públicos. Assim, imaginemos o que é praticar o controle difuso e abstrato diante de tamanha demanda que

recai no Brasil, pois a quantidade de infratores no Brasil, os ditos “colarinhos brancos” é enorme.

Desde 2005 quando deflagrado o escândalo do Mensalão, O STF passou a receber “os ilustres meliantes”, em quantidade exorbitante, o que transformou o Supremo em uma espécie de vara de 1ª instância. “O STF tem um estoque gigantesco de processos, mas é uma corte que não tem estrutura para isso”, aponta Lima. 2014.

Por ser tratar empiricamente de uma corte recursal, passou a receber parte do volume de processos. Segundo a Constituição Brasileira qualquer cidadão pode recorrer ao Supremo como instância definitiva de deliberação em casos especiais. Para ter o caso analisado, é necessário comprovar que o processo não diz respeito apenas ao cidadão, mas implica uma série de casos análogos – ou seja, que uma decisão individual pode estabelecer uma repercussão econômica, jurídica, social ou política. Como aconteceu com o casal homoafetivo que decidiu buscar direito junto ao STF para a consolidação de sua união homoafetiva. A partir deste precedente, todos os casais homoafetivos passaram a ter o mesmo direito. Quer dizer, a reivindicação do casal resultou na concretização de fato que abrangia toda a comunidade homossexual.

Considera-se que a Corte Judicial tem seus prazos, devido à complexidade dos problemas

apresentados, mas atua, nem sempre com acertos, opinião, toma-se como exemplo a deliberação e criação de vários partidos em todo país que tumultua e torna incompreensível para a população que um candidato com menor número de votos pode assumir, pela legenda, e outro que fora eleito pela maioria, não pode, pela mesma questão.

Vale citar que há uma preferência pelo poder central, em consequência anulação do poder estadual, pois como relata Vanessa Valéria apud Lima (2014, em período restrito de análise. Isto porque o sucesso das ADIs propostas por agentes públicos da ordem federal é superior às ações dos estados (governadores, assembleias legislativas) contra a legislação federal. Referido êxito é comprovado pela probabilidade de ter seu mérito apreciado quanto à procedência de ações. Enquanto nenhuma das ações do estado prosperou, 22,5% das ações federais foram julgadas procedentes. Deste modo, as decisões do STF corroboram a impressão de que “o poder judiciário brasileiro estaria favorecendo o desenvolvimento de um federalismo centralizador” prática também constatada nos Estados Unidos, com a atuação de sua Suprema Corte.

O STF relaciona-se com o poder Executivo Federal e Congresso Nacional tutelando os direitos

fundamentais, nos quais a imagem política pode ser desfavorecida, como os casos de concessão de abordo, prática religiosa e outros.

Quanto ao neoconstitucionalismo à brasileira Lima (2014) em suma, relata que importância constitucional no Direito, isto é, todo julgamento respaldar-se na Constituição, e na atualidade, com as novas demandas deve ser interpretado pela vertente do papel do Poder Judiciário ganhando uma elevada importância no cenário político e social e a chamada constitucionalização das decisões, que em simples palavras refere-se à interpretação democrática da Lei, tendo como parâmetro a aceitação de uma ponderação em relação aos princípios o papel do intérprete, que passa a ganhar uma relevada importância passando assim a uma figura ativa na resolução dos conflitos. É “como se fosse uma ‘justiça particular’”. pode-se exemplar o uso da maconha. A maconha é considerada uma droga? Sim. É considerado traficante o portador de uma quantidade estipulada. Mas hoje, século XXI esta também se dá por uso medicinal, e/ou é direito de alguém usá-la. Há nos tribunais um universo de casos nos quais o portador é considerado usuário. Se há usuário há quem cultiva. Então, como é permissível usar o que é proibido vender? Para tal, recorre-se ao neoconstitucionalismo, que fará a

interpretação através da regulação do uso, baseando-se na Constituição e as subdivisões Judiciais.

Considerando a importância do estudo não se pode deixar de citar a decisão da ADPF 132 e ADI4. 277, em sede de do controle concentrado, proferiu-se uma das decisões mais polêmicas e que provoca amplo embate entre jurista, e já foi citada ao longo deste resumo. Trata-se do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como unidade familiar, no exercício de uma interpretação conforme a Constituição do artigo 1273 do Código Cível, cuja primeira parte é uma reprodução do artigo 226 §3º da CF/88, ao afirmar que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Inicialmente, questão é controvertida quanto à reunião de processo. Isto porque a ADPF 132, ajuizada pelo Governado do Rio de Janeiro. Porém, as duas ações tinham em comum a questão da homoafetividade e uma já havia sido decidido, com embasamento no artigo 5º, caput, que relata a liberdade de igualdade de direitos e liberdade. Apesar de diferentes ações o direito é comum. Então a resolução embasou-se no ativismo praticado no outro processo que na interpretação comum, já estaria realizada

o Estado estaria recusando-se a lhes conceder as mesmas prerrogativas.

3) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que tem que haver uma preocupação com os princípios constitucionais norteando todo o ordenamento jurídico, numa atitude de ativismo metodológico de Judicialização como matérias infraconstitucionais que passarão pelo crivo do princípio do Direito Constitucional. O ordenamento jurídico passa a figurar no centro do sistema. A Constituição, a título de adaptação passa para uma Neoconstituição ficando a cargo dos intérpretes, sendo o centro de diversas áreas da ordem jurídica.

Sem dúvida, o constitucionalismo institui grandes desafios aos tribunais constitucionais no que tange a respeitar e afirmar pressupostos de deliberação pública, principalmente quando estas se dão por pressão da população, na atualidade, advinda do controle midiático.

As intervenções do judiciário remetem à antiga discussão em torno das prescrições para a determinação da revisão judicial, na qual se interroga quando a intervenção é necessária. A resposta e este questionamento requerem a discussão de duas vertentes: o STF é o único detentor do

poder de ativismo judicial, ou falta coragem para que outras instâncias determinem-se baseadas nas questões ativistas?

A formação do STF não comporta estruturalmente, tamanha demanda. Assim, espera-se que este paradoxo judiciário seja resolvido, dando agilidade e confiabilidade causal, com aceitação dos limites cognitivos e estruturais à intervenção judicial e, por fim, a transformação destas preocupações em parâmetros para interpretação.

A interpretação tem caráter subjetivo, mesmo sendo respaldada na Constituição. Portanto, há sim, possibilidades de manejos políticos na prática do ativismo político.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, D.O.U. 1988.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e política – Ativismo e autocontenção no STF**. Editora Juruá. 1ª Ed. Curitiba-PR. 2014 págs. 219 a 333.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

A LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE LEGITIMACY OF JURISDICTIONAL PROVISIONS IN THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Fernanda Campos Marciano

RESUMO

É característica do Estado Democrático de Direito a previsão de direitos fundamentais, os quais exigem, por vezes, uma atuação do Estado para lhes conferir efetividade. A omissão recorrente dos poderes Legislativo e Executivo, entretanto, faz necessária a atuação do Poder Judiciário na busca de implementar políticas públicas. Nesse contexto, a partir da pesquisa teórico-bibliográfica, analisa-se a legitimidade dos provimentos jurisdicionais, por meio sobretudo de um processo constitucional dialético, com a devida obediência à legislação e a efetiva participação dos sujeitos envolvidos. Somente sobre o alicerce de uma atuação legítima, será possível a judicialização equilibrada de políticas públicas e, em consequência, a concretização de direitos fundamentais pelo Judiciário.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; direitos fundamentais; judicialização de políticas públicas; processo; legitimidade dos provimentos jurisdicionais.

ABSTRACT

The Democratic State of Law has as one of its characteristics the prediction of fundamental rights, which sometimes require a State action to give them effectiveness. The recurrent omission of Legislative and

Executive, however, makes it necessary the performance of the judiciary in seeking to implement public policies. In this context, based on the theoretical-bibliographic research, the legitimacy of the jurisdictional proceedings is analyzed, mainly through a constitutional dialectic process, with due obedience to the legislation and the effective participation of the subjects involved. Only on the basis of legitimate action will the balanced judicialization of public policies and, consequently, the realization of fundamental rights by the judiciary be possible.

Keywords: Democratic State of Law; fundamental rights; judicialization of public policies; process; legitimacy of judicial procedures.

INTRODUÇÃO

Numa concepção clássica de separação de poderes, ao Poder Legislativo cabe, precipuamente, a função de criar leis, ao Poder Executivo cumpre executá-las e ao Poder Judiciário resta aplicar a lei ao caso concreto.

Com o advento do Estado Social, cuja finalidade é promover o bem comum, por meio de uma atuação positiva do Estado, de modo a permitir a fruição de direitos pelos cidadãos, houve uma ampliação da função do Poder Judiciário. O juiz deixa de ser somente a “boca da lei”, e passa a atuar de forma a garantir a efetividade dos direitos previstos no ordenamento jurídico. Isso se dá por meio do controle judicial de políticas públicas.

Quando o Poder Legislativo se queda inerte e se mostra omissivo na regulamentação de direitos fundamentais previstos na constituição do Estado, ou quando o Poder Executivo deixa de realizar os fins sociais do Estado, cabe ao Poder Judiciário, uma vez provocado, atuar de forma a realizar ou ao menos buscar a realização dos objetivos do Estado, previstos, no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por escopo analisar como se dá essa atuação do judiciário, sobretudo quanto à legitimidade dos provimentos jurisdicionais que visam promover a concretização de direitos fundamentais, por meio da implementação de políticas públicas, de forma a realizar o Estado Democrático de Direito.

A escolha do tema justifica-se por sua importância teórica e prática. Ante a perceptível falência do Estado na implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, na promoção dos direitos fundamentais, é necessário buscar formas que tornem legítimas as decisões judiciais proferidas nesse âmbito.

Primeiramente, foram feitos apontamentos acerca do Estado Democrático de Direito, com destaque para a ideia de democracia participativa e a necessidade de se

flexibilizar o princípio da separação dos poderes e aplicar a teoria dos diálogos institucionais.

Em seguida, abordou-se a classificação de José Afonso da Silva quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, salientando o caráter programático e principiológico dos direitos fundamentais, mormente os sociais, os quais exigem uma prestação positiva do Estado.

O terceiro capítulo versa sobre o processo como instrumento de controle judicial de políticas públicas, com ênfase nos princípios que permitem se chegar a uma decisão legítima.

Utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica e documental, a partir do estudo de obras sobre a temática, e, por meio do método dedutivo, buscou-se estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas na construção de provimentos jurisdicionais legítimos que visam implementar políticas públicas.

1. APONTAMENTOS ACERCA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A expressão democracia advém da palavra grega *demokratia*, subdividida em *demos*, que significa povo, e *kratos*, que designa autoridade, poder, força. Pelo que, considera-se regime democrático aquele em que o

governo/poder é exercido pelo povo (ou por seus representantes).

O Estado Democrático de Direito exsurge com o fim da Segunda Guerra Mundial, como decorrência das barbáries perpetradas pelo regime nazista e da incapacidade do Estado em atender aos direitos sociais dos cidadãos.

José Afonso da Silva aponta os princípios básicos do Estado Democrático de Direito:

i) Princípio da constitucionalidade: pressupõe uma constituição rígida, emanada da vontade popular, dotada de supremacia, vinculante a todos os poderes e seus atos; ii) Princípio da democracia: democracia representativa e participativa, pluralista e que garanta a vigência e eficácia dos direitos fundamentais (CF, art. 1º); iii) Sistema de direitos fundamentais: consagração e garantia de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos I, VII e VIII); iv) Princípio da justiça social (CF, art. 170, “caput”, art. 193): consagração de princípios da ordem econômica e da ordem social, como ferramenta de busca da justiça social; v) Princípio da igualdade (CF, art. 5º, “caput”, I): pressupõe uma igualdade material e não simplesmente formal; vi) Princípio da divisão de poderes (CF, art. 2º) e da independência do juiz (CF, art. 95); vii) Princípio da legalidade (CF, art. 5º, II); e viii) Princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI a LXXIII). (SILVA, 1999, p. 395)

São características do Estado Democrático de Direito, assim, a obediência à lei, a força normativa da Constituição, a separação e limitação de poderes, bem como a previsão de direitos e garantias fundamentais.

Segundo Saulo Versiani Penna:

Estes direitos [fundamentais] passam a imprimir a inafastável participação de toda a sociedade no debate público, bem como a responsabilização do Estado na sua efetivação, mediante instrumentos (processuais) adequados e de caráter quanto mais possível legitimado por essa participação. (PENNA, 2011, p. 41)

Nesse viés de participação da sociedade, a democracia participativa é concebida a partir da ideia de um governo exercido não só pelos representantes eleitos pelo povo, mas idealiza uma efetiva participação popular na gestão da coisa pública, no sentido de que o governo reflita realmente as vontades e necessidades da coletividade.

Nesse sentido, PENNA sustenta que se constitui o Estado de Direito Democrático “num Estado pluralístico, de participação ampla, construído pela dialética e pela convergência dos diversos grupos sociais que exigem do Estado a mais absoluta efetivação dos valores constitucionalizados” (2011, p. 41).

O povo passa, assim, a ser reconhecido como

(...) sede do poder político, e o cidadão aquele que participa ativamente da vida política, e, portanto, as leis, ou provimentos em qualquer em qualquer esfera de atuação estatal, somente adquirem validade na medida em que representam a vontade soberana da sociedade. (PENNA, 2011, p. 47-48)

Essa via democrática, sustenta Augusto César Leite de Carvalho, poderá ser atingida pela efetiva participação dos interessados, que terá como pressuposto a compreensão do direito como discurso, a assimilação do direito como uma prática social discursiva (CARVALHO, 2002, p. 418-420).

A esse respeito, HABERMAS propõe uma política deliberativa, cujo conceito:

(...) só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um auto-entendimento mútuo de caráter ético, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica, de uma escolha de instrumentos racional e voltada a um fim específico e por meio, enfim, de uma fundamentação moral. (HABERMAS, 2002, p. 277)

De acordo com o autor alemão, a ideia de uma política deliberativa baseia-se nas condições de

comunicação sob as quais os processos políticos podem atingir resultados racionais. Propõe, então, a teoria do discurso:

Com a teoria do discurso, novamente entra em cena outra noção: procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes esquadros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei. (...) A opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos não pode “dominar”, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais. (HABERMAS, 2002, p. 282)

Nesse contexto de participação, deliberação e dialeticidade para se concretizar a vontade dos governados e realizar o bem comum, a tradicional tripartição de poderes do Estado merece uma releitura.

Numa concepção clássica de separação de poderes, ao Poder Legislativo cabe, precipuamente, a função de criar leis, ao Poder Executivo cumpre executá-las e ao Poder Judiciário resta aplicar a lei ao caso concreto.

Para que o Poder Legislativo crie leis que expressem os anseios e necessidades da população, imprescindível se faz que esta participe do processo

legislativo, bem como que haja diálogo entre este poder e a função executiva, responsável pela execução das normas e pela implementação de políticas públicas. Assim também pode se expressar o Judiciário, de forma a clarificar as omissões legislativas e sugerir sejam elas supridas, sempre no intuito de conferir efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos. A esse respeito:

A expressão “diálogos institucionais” surgiu a partir do contexto canadense. De modo geral, é usada para se referir a interações entre os Poderes nas quais o Judiciário não detém a “última palavra”. Em formulações mais ambiciosas, prescrevem uma interação produtiva entre Poderes, na qual deverão trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições. O Judiciário se encontraria em boa posição para promover essa deliberação, sanando os problemas no seu fluxo e provocando soluções, evitando-se, assim, a ideia da afirmação de uma supremacia judicial. (TASSINARI; LOPES, 2018)

O Estado Democrático de Direito, cuja base é a Constituição e a previsão de direitos fundamentais, deve, assim, refletir os anseios da sociedade e ser instrumento de inclusão, mediante diálogo entre os poderes e deliberação entre governantes e governados. Segundo José Afonso da

Silva (2006, p. 117), este modelo de Estado só se configura com a soberania popular, participação popular e eficaz proteção dos ideais democráticos de defesa dos direitos fundamentais.

Quando este modelo falha, entretanto, e deixa o Estado de refletir e concretizar os direitos básicos dos cidadãos por meio de políticas públicas, caberá ao Judiciário atuar. A legitimidade desta atuação é, pois, o tema central deste trabalho.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Para enriquecer a abordagem da judicialização de políticas públicas, importante se faz trazer a classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade e eficácia.

A classificação mais tradicional, desenvolvida por José Afonso da Silva (1998, p. 82), divide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Aquelas de eficácia plena são consideradas autoaplicáveis, isto é, possuem aplicabilidade imediata,

direta e integral, de modo a estarem aptas a produzir todos os efeitos buscados pelo constituinte, uma vez que conformam de modo suficiente a matéria de que tratam.

As normas de eficácia contida são aquelas de aplicabilidade imediata, direta, mas não integral, pois podem ter o seu alcance reduzido por atos supervenientes do poder público. São autoaplicáveis, mas restringíveis.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada não são autoaplicáveis. Possuem aplicabilidade indireta, pois dependem da emissão de uma normatividade futura para produzirem efeitos. Segundo o autor (SILVA, 1998, p. 82), estas normas subdividem-se em: **a) normas definidoras de princípios institutivos ou organizatórios:** aquelas que dependem de lei posterior para dar corpo a institutos jurídicos e aos órgãos ou entidades do Estado previstos na Constituição; **b) normas definidoras de princípios programáticos:** aquelas que estabelecem programas, metas, objetivos a serem desenvolvidos pelo Estado, de forma a impor um resultado, sem dizer, contudo, o meio para atingi-lo.

A despeito do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal estabelecer que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988), vários direitos fundamentais, sobretudo os sociais (direitos de segunda geração), como direito à

saúde, educação, assistência social, etc., exigem uma prestação do Estado e estão positivados por meio de normas programáticas.

Esses direitos prestacionais “encontram-se intimamente ligados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos que dele necessitem” (BEDIN, 2009, p. 17).

Quanto a estes direitos, limitou-se o constituinte a traçar princípios e diretrizes a serem realizados pelo poder público na implementação de programas sociais, deixando, contudo, de definir o modo como deverá agir.

Essa atuação do Estado para concretizar direitos fundamentais se dá por meio da elaboração e execução de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover, citando Osvaldo Canela Júnior, conceitua políticas públicas como:

(...) conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. (GRINOVER, 2013, p. 129)

O que se observa, entretanto, na prática, são omissões inconstitucionais e inércia por parte dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação desses direitos.

Nesse cenário, necessária se faz a atuação do Poder Judiciário para conferir efetividade aos direitos fundamentais.

A ingerência judicial na implementação de políticas públicas, contudo, não é irrestrita. É preciso cautela para não infringir o princípio da separação dos poderes e, também, harmonizar mínimo existencial e reserva do possível, isto é, compatibilizar a satisfação de uma vida digna às pessoas ante a escassez de recursos do Estado.

É imprescindível buscar um equilíbrio no controle judicial de políticas públicas, tendo em vista que:

(...) o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. (BARROSO, 2010, p. 876)

Assim, é necessário desenvolver mecanismos que permitam ao Judiciário implementar, de forma equilibrada e legítima, políticas públicas, sendo o principal deles o processo.

3. PROCESSO E LEGITIMIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS NA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Antes de analisar o processo como instrumento legítimo de implementação de políticas públicas, é mister abordar, ainda que brevemente, as teorias sobre a natureza do processo, identificando qual delas é mais compatível com referido escopo, a partir das obras de PENNA (2011), CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2014).

As duas primeiras teorias, formuladas sob influência do Estado Liberal e de caráter privado, consideravam o processo como contrato ou quase contrato, destinado a proteger direitos individuais e de propriedade.

A terceira concepção teórica do processo, já publicista, foi idealizada por Oscar Von Bülow e desenvolvida por Chiovenda, Canelutti, Liebman e Calamandrei, considera-o como relação jurídica entre juiz, autor e réu, autônomo quanto ao direito material em conflito.

Segundo Saulo Versiani Penna, essa concepção de processo como relação jurídica, “baseada em conceito de direito subjetivo, não se sustenta mais no paradigma democrático-constitucional, em que a proteção jurídica

tem natureza principiológica, coletiva e de interesse público” (2011, p. 245).

Em oposição a essa teoria, o alemão James Goldschmidt concebeu o processo como situação jurídica, passando a considerar o caráter dinâmico da norma processual e estático do direito material. Esta teoria reconhece as partes como meros destinatários do provimento final, protagonizado pelo juiz, a quem cabe decidir segundo as suas convicções e consciência.

Outra teoria acerca da natureza jurídica do processo foi criada pelo espanhol James Guasp, ao considerá-lo como instituição. Entretanto, em virtude da imprecisão do conceito de instituição, baseado em critérios sociológicos, esta teoria foi muito criticada.

O italiano Liebman desenvolveu a ideia de processo como instrumento para o exercício da jurisdição, devendo o juiz decidir de forma justa, mas ainda sob um modelo autocrático. Influenciou a elaboração do anteprojeto de Código de Processo de 1973.

Já o jurista Elio Fazzalari concebeu o processo como procedimento em contraditório. O processo é considerado a estrutura, autônoma em relação ao seu resultado, através da qual se constrói o provimento desenvolvido pelo contraditório, caracterizado pela dialeticidade. Para o autor italiano:

Tal estrutura [o contraditório] consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (FAZZALARI, 2006, p. 120)

O processo, assim, é visto como garantia das partes. A partir da “democratização do discurso processual, há a reconstrução de conceito de parte no processo, não mais como pessoas sujeitas à autoridade do julgador, mas como reais responsáveis pela construção do provimento” (COSTA, 2012, p. 56).

Para Fazzalari (2006, p. 440-442), o mérito não decorre mais da legitimidade solitária do magistrado, mas da (oportunidade de) participação das partes envolvidas no conflito, as quais poderão debater todas as questões fáticas e jurídicas da demanda, de modo que a efetivação do contraditório é pressuposto lógico da legitimação do espaço processual de construção participada.

Reforçando a teoria de fazzalariana, José Alfredo de Oliveira Baracho estuda, no Brasil, um modelo de

processo constitucional, a partir do respeito às garantias e direitos fundamentais. O autor também propõe um processo em contraditório, realizado a partir da simetria entre as partes, cujo provimento final é bem fundamentado por um juiz imparcial.

Por fim, tem-se a teoria neoinstitucionalista do processo, preconizada por Rosemiro Pereira Leal, cuja base é a instituição constitucionalizada, com vistas a implementar direitos fundamentais e, em consequência, garantir a legitimidade do provimento final. Este, por sua vez, deve ser construído a partir de um devido processo constitucional, caracterizado pela discursividade, amplitude de defesa, simetria, dialeticidade, testabilidade, fiscalidade, sendo, pois, democrático.

No Brasil, “a Constituição de 1988, ao configurar um modelo constitucional do processo, estabeleceu um verdadeiro conjunto de direitos processuais que todo cidadão tem direito de usufruir” (OMMATI, 2018, p. 125-126). Acerca da relação entre processo, democracia e constituição, vale destacar os ensinamentos de PAOLINELLI:

Democratizar processos jurisdicionais é respeitar as garantias do devido processo constitucional. Significa conceder aos participantes deste, ampla liberdade e igualdade de tratamento, indispensável

diálogo, oportunidades de atuação, informação e prova de acordo com os meios e instrumentos legalmente permitidos. Denota, também, permitir que argumentos das partes sejam efetivamente considerados por um juízo natural (legalmente constituído), equidistante das partes, no tempo procedimental adequado, sem dilações indevidas. É combater a surpresa e permitir que as partes se reconheçam construtoras como destinatárias dos provimentos. Nesse propósito, impõe-se romper em definitivo com o padrão autoritário de decisão, do solitarismo judicante e, igualmente, promover o exercício de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica. (Paolinelli, 2014, p. 4)

Considera o professor José Emílio Medauar Ommati (2018, p. 128), que “é através dos direitos constitucionais que se possibilita que a democracia seja exercida em sua plenitude, não apenas no domínio político-eleitoral”.

A Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 5º, LV, prevê o processo como procedimento em contraditório, assegurada a ampla defesa, respeitado o devido processo legal.

O devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) “deve ser compreendido como uma decorrência lógica-jurídica dos princípios institutivos do processo, quais sejam, isonomia, ampla defesa e contraditório” (OMMATI, 2018, p. 143). Divide-se em devido processo legal procedimental

e substancial, sendo este considerado o aspecto que garante às partes a possibilidade de discutir o conteúdo das normas, e aquele o aspecto que garante aos que “serão afetados pelo provimento o direito de participar em iguais condições e iguais liberdades na construção do provimento” (OMMATI, 2018, p. 144).

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 veio corroborar a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa. Nos termos do art. 10, “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL, 2015).

A nova codificação processual civil reforçou, assim, os direitos de participação, influência e não surpresa, que bem resumem o direito ao contraditório. Este está intrinsecamente interligado à ampla defesa, a qual “pressupõe ampla argumentação por intermédio de meios técnicos-processuais e produção de provas” (OMMATI, 2018, p. 142).

O procedimento, considerado o conjunto de atos ordenados normativamente a fim de atingir um resultado final, deve ser estabelecido de forma a permitir a participação de todos os interessados, em simétrica

paridade, na construção do provimento. Desse modo, o processo é tido como espaço de debate e de interlocução de todas as partes.

A partir de uma decisão judicial bem fundamentada, construída a partir da participação e diálogo entre as partes, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa e a igualdade, tem-se, em consequência, um processo democrático.

Ante a inércia dos demais poderes em conferir concretude aos direitos fundamentais dos cidadãos, o Poder Judiciário pode e deve atuar na implementação de políticas públicas. Mas como possibilitar uma atuação legítima desse poder que não foi eleito pelo povo?

Segundo Saulo Versiani:

O processo, portanto, na contemporaneidade, deixou de ser apenas um instrumento procedimental, (...) mas um espaço democrático, discursivo e dialético, em que os envolvidos no conflito de interesses possam construir, de forma ativa e participativa, as decisões importantes para a concretude de políticas públicas, voltadas para os princípios fundamentais e de expressão plena da cidadania. (PENNA, 2011, p. 21)

Acrescenta o autor, ainda, que:

Inexiste possibilidade, na contemporaneidade, do exercício legítimo

de qualquer das funções estatais senão pelo paradigma do Estado Democrático, e, conseqüentemente, por intermédio do devido processo legal, como canal natural de afirmação e aplicação de políticas públicas de forma participativa. (PENNA, 2011, p. 43)

Quando da implementação de políticas públicas, deve o juiz, sempre atento aos princípios constitucionais, promover o debate no processo, entre as partes envolvidas, entre os órgãos demandados, de forma a sempre oportunizar o contraditório.

Pode o magistrado, também, em um movimento de abertura democrática, permitir a participação do *amicus curiae*, realizar audiências públicas, e, até mesmo coletivizar demandas individuais, chamando ao processo o Ministério Público e a Defensoria Pública. Isso sempre no intuito de promover um processo dialético e, em consequência, democrático.

Assim, a jurisdição será exercida no contexto de um ordenamento jurídico relativamente aberto como premissa maior, com a garantia de paridade de direitos entre as partes no processo judicial para que todos os argumentos levantados sejam levados em consideração, inclusive as diversas perspectivas acerca das políticas públicas no debate, do qual resultará o provimento jurisdicional. Apenas dessa maneira, é que se torna possível a tutela dos direitos fundamentais e sociais concebidos sob o

Por todo o exposto, em resposta à indagação acima (como possibilitar uma atuação legítima desse poder que não foi eleito pelo povo?), conclui-se que é por meio de um processo devido, o qual deixou de ser um mero instrumento do juiz para transformar-se em um *locus* democrático, discursivo e dialético, em que os envolvidos podem participar ativamente da construção das decisões que influenciam na concretude de políticas públicas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e, como tal, deve primar pelo respeito e concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos estampados, majoritariamente, na Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, de caráter prestacional, exigem uma atuação positiva do Estado para serem efetivados. Ocorre que, muitas vezes, o Poder Legislativo deixa de regulamentar as normas que preveem referidos direitos e o Poder Executivo deixa, assim, de realizá-los.

Ao Poder Judiciário é conferido o dever de guardar a Constituição e garantir a efetivação dos princípios e direitos nela estabelecidos. Assim, ante a inoperatividade dos demais poderes, cabe ao judiciário atuar, mas não de forma irrestrita ou ilimitada.

É necessário cautela na judicialização de políticas públicas, para que não haja superioridade do judiciário ou infringência do princípio da separação dos poderes.

Como demonstrado, a forma de se possibilitar um controle judicial efetivo e equilibrado de políticas públicas é por meio do processo judicial. Não o processo como mera relação processual ou simples procedimento, mas o processo constitucional democrático, sob o viés de uma democracia participativa.

Nesse sentido, os interessados devem efetivamente participar da construção do provimento jurisdicional, por meio do contraditório, da amplitude de defesa, da dialeticidade, inclusive com o diálogo dentre os poderes do Estado (teoria dos diálogos institucionais). Em resumo, por meio de um devido processo legal, constitucional e participativo, em que sejam resguardados os princípios processuais estabelecidos na constituição.

A efetiva participação das partes no processo, aliada à obediência aos princípios constitucionais

aplicáveis a ele, são o que permitem a legitimação do provimento nele proferido.

Somente uma decisão proferida com respeito aos princípios constitucionais, sobretudo o devido processo, e com a participação dos interessados, é legítima, capaz de implementar políticas públicas sem excessos, trazendo, conseqüentemente, segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 875-902.

BEDIN, Débora Cristina Roldão. A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível. *In*: **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 4, n. 2, p. 12-28, maio-ago. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/articloe/view/10750/9401>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum de Direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Vade Mecum de Direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Augusto César Leite de. A atuação do direito no Estado Democrático. *In*: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUES, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. O Processo – estudos e pareceres**. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Org.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PENNA, Saulo Versini. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial? **Revista Consultor Jurídico**, 19 maio 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial>>. Acesso em: 4 jan. 2019.

LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DISCURSO DE ÓDIO

José Arthur Figueiras Deolino
Silvano Lopes

RESUMO: O presente artigo referente a liberdade de expressão e o discurso de ódio tem como objetivo geral analisar quais os limites daquele direito fundamental frente a uma conduta que poderá caracterizar crime. Os objetivos específicos buscam definir o discurso de ódio; analisar a liberdade de expressão como meio democrático do pensamento; dissertar sobre a ponderação de direitos e garantias fundamentais. A metodologia utilizada para a realização do estudo caracterizou-se pela pesquisa de revisão bibliográfica, tendo como fonte de informações artigos, teses, dissertações e bibliografias de autores que dissertam sobre o tema abordado. Sendo assim, considerou-se que, o discurso de ódio, mormente no tocante a popularização das redes e mídias sociais, desencadeou a reflexão sobre o aspecto dos limites em relação às diferentes reações que os cidadãos podem expressar, ressaltando que os limites das ações são julgadas pelo Direito, que ao mesmo tempo reconhece que a sua competência não se estabelece em relação a liberdade de expressão, uma vez que se trata de uma ação abstrata, mas sim, na concretização destes pensamentos, que pode acarretar o descumprimento das normas que garantem os princípios da dignidade humana e dos direitos fundamentais garantidos pela democracia em razão da liberdade de pensar social, cultural e politicamente.
Palavras-chave: Direito Fundamental; Liberdade de Expressão; Discurso de Ódio.

ABSTRACT: *This article on freedom of expression and hate speech has as its general objective to analyze the limits of that fundamental right to a conduct that could characterize crime. The specific objectives seek to define the discourse of hatred; analyze freedom of expression as a democratic means of thought; the fundamental rights and guarantees. The methodology used to carry out the study was characterized by bibliographical review research, having as a source of information articles, theses, dissertations and bibliographies of authors who lecture on the topic addressed. Thus, it was considered that the hate speech, especially with regard to the popularization of social networks and media, triggered the reflection on the aspect of the limits in relation to the different reactions that citizens can express, emphasizing that the limits of the actions are judged by the law, which at the same time recognizes that its competence is not established in relation to freedom of expression, since it is an abstract action, but in the realization of these thoughts, which can lead to non-compliance with the norms that guarantee the principles of human dignity and fundamental rights guaranteed by democracy by reason of the freedom to think socially, culturally and politically.*
Keywords: Fundamental right; Freedom of expression; Hate Speech.

1) INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira caracteriza-se pela diversidade de cultura, identidade e personalidade de seus cidadãos, frente aos diferentes assuntos que são apontados e discutidos por meio dos debates, redes e mídias sociais,

televisivas, rádios, jornais e demais veículos de comunicação e informação que se encontram disponibilizados para os cidadãos como meio de se manterem informados sobre a cultura, sociedade e política (MATTOS, 2013).

A liberdade de expressão que caracteriza um Estado Democrático de Direito é expressa de maneira clara na sociedade brasileira. Todos os cidadãos possuem o direito de manifestar as suas opiniões, o que é considerado um avanço no pensamento social, em razão da livre comunicação e expressão (BENTO, 2016).

Discute-se sobre todos os assuntos que são abordados na sociedade, permitindo a participação ativa dos sujeitos sociais como contribuintes para o desenvolvimento da sociedade e do país. As ações que são originárias da troca de informações, opiniões e formação de novos conceitos que propiciam a mudança de comportamento, de pensar e observar as transformações que ocorrem cotidianamente na sociedade (MATTOS, 2013).

No entanto, evidencia-se que, em relação as discussões realizadas constata-se a presença do discurso de ódio motivado por fatores como preconceitos, discriminações, intolerância religiosa, homofobia, divergências políticas, que contribuem negativamente para

que ocorram desentendimento entre os indivíduos acarretando consequências até mesmo extremas impulsionadas pela não aceitação das opiniões diferentes daqueles que defendem posições muito radicais. (EZEQUIEL; CIOCCARI, 2017).

O direito fundamental à liberdade de expressão é protegido em todas as democracias liberais, uma vez que, trata-se da liberdade de opinião e de pensamentos que favorece a identidade dos indivíduos evidenciando as suas capacidades e habilidades para a sua participação ativa no processo de transformação social (POTIGUAR, 2009).

Porém, salienta-se que, em meio à liberdade de expressão, o discurso do ódio também se manifesta promovendo o agravamento das relações pessoais que abalam a sociedade. Sendo assim, surge a seguinte indagação: Quais os limites do direito fundamental a liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito face ao discurso de ódio?

O objetivo geral do estudo visa analisar os limites da liberdade de expressão no tocante ao discurso do ódio. Os objetivos específicos buscam definir o discurso de ódio; analisar a liberdade de expressão como meio democrático do pensamento; dissertar os limites deste direito fundamental na medida que a conduta caracteriza um delito.

Justifica a escolha do tema a popularização e o alcance das redes e mídias sociais, vez que uma manifestação que caracteriza um discurso de ódio poderá ter uma extensão imensurável, bem como verificar qual a limitação para um direito fundamental em uma Democracia. Atualmente destacou-se no país o discurso de ódio em relação as divergências sociais, as manifestações violentas decorrentes da não aceitação da liberdade de opinião nas redes e mídias sociais, inflamando discursos que resultaram em destaque internacional.

A estrutura do estudo apresenta-se em um primeiro momento a introdução com o breve contexto sobre o tema abordado, o problema de pesquisa, o objetivo geral e os objetivos específicos, bem como a justificativa para o desenvolvimento do artigo.

Em um segundo momento apresenta-se a conceituação dos temas abordados, salientando a análise da liberdade de expressão como um direito democrático, a definição sob a luz do direito do discurso do ódio, evidenciando as manifestações referentes a liberdade de expressão e pensamento, onde se apresenta integrado os indícios do discurso do ódio, buscando garantir o direito fundamental e proteger a dignidade dos cidadãos.

Por fim, são apresentadas as considerações finais e as referências bibliográficas que embasam o artigo

ressaltando os diferentes autores que contribuem para a fundamentação do tema por meio de seus estudos que abordam a mesma temática proposta.

2) O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um direito incondicional de todos os indivíduos que se encontram sob um Estado Democrático de Direito, pois permite o reconhecimento dos pensamentos e conhecimentos dos indivíduos em razão de suas oportunidades de expressarem as suas opiniões e conhecimentos sobre diferentes assuntos que são debatidos na sociedade e que permitem a participação de todos os indivíduos (FRIGO; DALMOLIN, 2017).

Para Meyer-Pflug, a liberdade de expressão:

[...] engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação. Diz respeito à expressão de qualquer concepção intelectual. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 66).

Faz-se fundamental o entendimento de que, a liberdade em si é um dos principais aspectos referentes à

dignidade humana, pois permite que o indivíduo passe a ser reconhecido por sua participação efetiva na sociedade com a sua contribuição ativa em razão de seus pensamentos, de suas práticas, de suas ideias que podem ou não serem acatadas pela maioria.

Nos dizeres de Machado:

O direito à liberdade de expressão constitui o direito mãe a partir do qual as demais liberdades comunicativas foram sendo autonomizadas, tendo em vista responder às sucessivas mudanças tecnológicas, econômicas e estruturais relevantes ao domínio da comunicação. [...] nesta acepção o direito à liberdade de expressão apresenta-se como elemento fundamental e constitutivo da personalidade humana, com importantes refrações em todos os momentos, domínios e modos do seu desenvolvimento (MACHADO, 2002, p. 416).

A liberdade de expressão ou liberdade de pensamento e/ou de informação consiste na atividade intelectual através da qual o homem exerce uma faculdade de espírito, que lhe permite conceber, raciocinar ou interferir com o objeto eventual, exteriorizando suas conclusões mediante uma ação (LEITE, 2010).

No ordenamento jurídico, a liberdade de pensamento não configura como sendo de interesse do Direito, uma vez que, o pensamento é livre e reconhecido

como uma condição abstrata, interna do indivíduo, e que não possui transcendência social (LEITE, 2010).

Sendo assim, para o Direito, a relevância da liberdade de expressão volta-se para a externalidade deste pensamento, que pode atingir outros cidadãos em sua dignidade humana, comprometendo a sua identidade frente à sociedade, o que é considerado um fator negativo e passível de rigores jurídicos por infringir os direitos dos cidadãos.

A liberdade de expressão é considerada um direito fundamental, protegido pela ordem constitucional e relevante para o Estado Democrático de Direito, por apresentar limitações frente a outros direitos fundamentais que em conjunto, configuram-se como o respaldo da liberdade social que todo cidadão possui e que deve ser respeitado (LEITE, 2010).

Bulos, no tocante a direito fundamentais expressa que:

(...) destaca-se art. 5º, IX versa: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. A liberdade de expressar o pensamento, por atividade intelectual, artística e científica e de comunicação, compactua-se a democracia, implantada sobre a égide do Estado de Direito, consagrado a partir de 05 de outubro de 1988. Por isso, a censura ou a licença para exteriorizar concepções,

nos campos da ciência, da moral, da religião, da política, das artes, etc, é inadmissível (BULOS, 2002, p. 142).

Dessa maneira, compreende-se o aspecto referente a liberdade de expressão como sendo um princípio fundamental do indivíduo, resguardado pela CF de 1988, e garantido pelo Direito, quando esta liberdade for tolhida ou mesmo negada, cabendo os rigores da lei para garantir o direito de todo e qualquer cidadão. Sendo assim, compreende-se que, a liberdade de expressão é considerada o livre pensar, e, por isso, não pode ser impedida de ser exercida (PEREIRA, 2018).

No entanto, ressalta-se que, a sua externalização por meio de atos e motivação a discriminação, preconceitos, violência é severamente punida, uma vez que, fere a dignidade humana no que tange o respeito as suas convicções ideológicas, culturais e políticas (BULOS, 2002).

A garantia dos direitos e princípios fundamentais dos cidadãos é expressa como sendo um princípio aplicado a todos os países que tem como princípio a democracia e a liberdade, sendo ressaltado o aspecto da relevância da dignidade humana, o que justifica o entendimento de que, a liberdade de expressão em concordância com o ordenamento jurídico brasileiro, só é preocupante quando

se externaliza de forma a prejudicar o outro (BENTO, 2016).

A liberdade de expressão é assegurada por tratados internacionais, destacando a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, dos quais o Brasil é signatário. Em se tratando do Brasil, o direito de expressão que se apresenta como o principal argumento contra o discurso de ódio é amparado pela Constituição Federal, embasando-se em direitos e deveres coletivos e individuais, bem como em razão da comunicação, da informação e da expressão, garantindo assim, a liberdade de todos os sujeitos em apresentarem as suas posições, comportamentos, ideias e conceitos de forma que não agrida a dignidade humana, e, nem impõe os seus pensamentos à sociedade de maneira arbitrária (STROPPA; ROTHENGURG, 2015).

No próximo tópico será trabalho o conceito de Discurso de Ódio, na perspectiva de diversos autores, bem como será abordado a caracterização do referido discurso em documentos normativos.

3) A CARACTERIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

O termo correspondente ao discurso do ódio, pode ser compreendido como sendo àquele que ataca as outras pessoas em razão de fatores como raça, nacionalidade, identidade religiosa, gênero, de sua orientação sexual ou em razão de seu pertencimento a quaisquer outros grupos identificados por uma característica distintiva moralmente arbitrária (EZEQUIEL, 2017).

O discurso de ódio é compreendido como sendo a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza os indivíduos e grupos sociais, o que motiva a discriminação contra os indivíduos, o seu comportamento, suas ideias, suas atividades, desencadeando a separação da sociedade em razão do surgimento de sentimentos que indicam a separação de ideologias, o que não é considerado um fator positivo para a evolução da sociedade de maneira coletiva (FREITAS; CASTRO, 2013).

O discurso de ódio é caracterizado por meio de dois elementos básicos, os quais são identificados como sendo a discriminação e a externalidade (MATTOS, 2013).

É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. Afim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados

esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso do ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, ou ódio sem discurso; e, não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar (SILVA; NICHEL; MARTINS; BORCHARDT, 2011).

Quando uma pessoa dirige um discurso de ódio a outra, a dignidade é vulnerada em sua dimensão intersubjetiva, no respeito que cada ser humano deve ao outro. Mas não só isso. No caso do discurso odioso, vai-se além: é atacada a dignidade de todo um grupo social, não apenas a de um indivíduo. Mesmo que este indivíduo tenha sido diretamente atingido, aqueles que compartilham a característica ensejadora da discriminação, ao entrarem em contato com o discurso odioso, compartilham a situação de violação. Produz-se o que se chama de vitimização difusa. Não se afigura possível distinguir quem, nominal e numericamente, são as vítimas. Aquilo que se sabe é que há pessoas atingidas e que tal se dá por conta de seu pertencimento a um determinado grupo social (SILVA; NICHEL; MARTINS; BORCHARDT, 2011, p. 449).

Outra forma referente ao discurso de ódio é identificada como sendo a interpelativa da lei, ou seja, quando chamamos os outros de maneira injuriosa, ou seja, quando a interpelação é dirigida de maneira direta a um indivíduo. Neste sentido, o discurso de ódio pode ser inflamado em decorrência da não aceitação do sujeito da expressão a ele dirigida, o que requer, neste sentido, o entendimento de que, passa a ser uma injúria que se incorpora a identidade do sujeito. Ou seja, em relação a construção da identidade do sujeito sobre o prisma do discurso de ódio, compreende-se que, “a lei pode, então, me chamar, e eu posso não ouvir, mas o nome no qual sou chamado e do qual não tomo conhecimento ainda assim constituirá minha identidade social como sujeito” (SALIH, 2012).

Neste sentido, faz-se relevante comentar que, a principal característica que define o discurso do ódio, se apresenta referente ao fato da sua capacidade de infringir a dignidade humana, uma vez que, tende a destacar injúrias e calúnias que têm por objetivo o desgaste do sujeito frente à sociedade, a qual aduz valores e conceitos para a formação da identidade do sujeito (BENTO, 2016).

O discurso difamatório prejudica o status social do indivíduo, o que também influencia em relação a sua condição humana frente à sociedade, a qual utiliza a sua

escolha de aceitar ou não o que é salientado pelo discurso realizado (EZEQUIEL; CIOCCARI, 2017);

Dessa maneira, cabe à política assegurar, por meio do direito, a proteção da dignidade das pessoas e seu tratamento decente na sociedade. Individualmente ou em grupo, esses ataques contra a reputação equivalem a um assalto contra a dignidade das pessoas. Dignidade entendida como condição social básica dos indivíduos, reconhecimento de sua igualdade social e do seu status de portadores de direitos humanos e constitucionais (WALDRON, 2012).

Um fato a ser esclarecido em relação ao discurso de ódio configura-se em razão de sua condição de ofender, a dignidade humana, destacando negativamente o sujeito como meio de motivar reações contrárias as suas atitudes e comportamentos, o que o desloca à margem da sociedade, quando este passa a ser ignorado por ela, ou o coloca no centro como sendo o alvo de todos os ataques em decorrência de sua não aceitação (SILVA, 2011).

Os autores do discurso de ódio são contribuintes diretos do aumento da violência que é detectada na sociedade. A estimulação ao negativo, ao destaque sobre a intolerância, discriminação, preconceitos que se encontram em meio a sociedade são motivados por meio dos discursos que têm por finalidade convencer os cidadãos de

que, o sujeito que é atacado é realmente o causador de todas as divergências que se apresentam em razão de sua participação na sociedade (SILVA, 2011).

Assim, o principal argumento contra a criminalização do discurso de ódio é a defesa da liberdade de expressão, a qual precisa ser compreendida como sendo um direito garantido pela Constituição Brasileira e uma das mais destacáveis características de um Estado Democrático (EZEQUIEL; CIOCCARI, 2017).

Dessa maneira, compreende-se o aspecto de que, o discurso de ódio é aquele em que o autor busca denigrir a imagem do indivíduo por meio de suas expressões que impulsionam o ódio, propiciando a adesão e outros cidadãos, acarretando consequências que são identificadas como sendo negativas para a sociedade, em razão do aumento da violência e da separação que vem sendo percebida na comunidade.

No último tópico será trabalhado acerca da possibilidade da limitação do direito fundamental a liberdade de expressão no tocante ao discurso de ódio, com a finalidade de se preservar e efetivar os Direitos Fundamentais do Cidadão.

4) A LIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO FACE A CARACTERIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

A liberdade de expressão passa então ser utilizada em todo a sua máxima, por meio da abertura dos meios de comunicação, principalmente em se tratando, na atualidade das redes e mídias sociais, os cidadãos alcançaram o poder de expressar as suas ideias e opiniões de forma cada vez mais expansiva, alcançando diferentes regiões e promovendo a abertura da discussão que mobilizam a massa para a reivindicação de seus direitos para a continuidade de uma sociedade caracterizada por um Estado Democrático Brasileiro (PEREIRA, 2018).

Na atualidade, a liberdade de expressão está fundamentada no uso ilimitado das redes e mídias sociais, onde ocorre uma transformação em relação a comunicação por expandir de maneira agilizada o fluxo de informações que percorrem o mundo globalizado (PEREIRA, 2018).

Desde a década de 1990, a internet vem sendo considerada um instrumento em destaque de aproximação entre as diferentes sociedades, além de ser um veículo de informação por possibilitar o acesso às notícias em tempo real, evidenciando assim, o acompanhamento do que

acontece na sociedade brasileira e no mundo, com maiores possibilidades de abertura de discussões (PEREIRA, 2018).

Para tanto, não se pode deixar de comentar, que existem leis e normas que regularizam as atividades das redes sociais, justamente para garantir os direitos dos cidadãos frente aos princípios relacionados à dignidade humana, proteção em relação a imagem, a perseguições, discriminações e preconceitos, que fazem parte da garantia e proteção dos princípios fundamentais dos cidadãos, e, que, é de cunho jurídico (LEITE, 2010).

O ordenamento jurídico brasileiro, tipifica criminalmente a prática do discurso de ódio, em razão da prática de discriminação por meio de punições estabelecida pela Lei 7.716/89:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, Pena: reclusão de um a três anos de multa.

§1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propagandas que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação de nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios cinco anos e multa. (BRASIL, 1989).

Ainda, de acordo com a legislação em vigor no Brasil, como citada acima, prevê punição específica a

determinados discursos de ódio, como os relacionados à raça, etnia e religião, além de criminalizar propagandas relacionadas ao nazismo. No que tange aos crimes serem realizados pelos meios de comunicação, também há penalidade. Entretanto, muitos discursos de ódio ainda não se enquadram na tipificação prevista no texto da Lei 7.716/89, como os relacionados ao preconceito em função do gênero e orientação sexual – que nos últimos anos vem se destacando, sobremaneira, no ambiente virtual (FRIGO; DALMOLIN, 2017).

Outrossim, não há que se falar em prática de discurso de ódio sob o argumento do exercício do direito constitucional de liberdade de expressão, pois discursos preconceituosos não limitam a liberdade de expressão, mas sim violam direitos fundamentais, na medida que práticas racistas não se amoldam sob a égide da liberdade de expressão.” (OMMATI, 2014)

Esclarece o tema José Emílio Medauar Ommati:

Assim, fica claro que a Constituição de 1988, ao proibir o racismo, não pretendeu proibir o discurso de ódio, enquanto discurso prévio, até porque não se pode proibir previamente qualquer discurso ou proferimento. Pretendeu, sim, proibir discursos racistas depois de publicamente proferidos. Em outras palavras, a proibição de racismo se dá quando se comprova publicamente que houve a

prática do racismo, enquanto violação da igualdade de todos (OMMATI, 2014).

Para tanto, faz-se relevante o entendimento de que, em um Estado Democrático de Direito, a garantia e proteção dos indivíduos devem ser respeitada, sendo os infratores punidos com o que se estabelece na lei que rege o país, desencadeando a discussão sobre a necessidade de haver o entendimento sobre o respeito à diversidade que caracteriza a sociedade atual. Assim sendo, a caracterização de um país que respeita os seus cidadãos e garante a todos o direito da liberdade de expressão, mas também protege todos que são atacados, discriminados em razão do discurso de ódio (PEREIRA, 2018).

Exprimi Fernandes:

(...) para a doutrina dominante, falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas (antissemitismo, apologia ao crime etc...)” (FERNANDES, 2011, p. 279).

Portanto, a liberdade de expressão e o discurso de ódio tratam-se de um tema a ser debatido em razão do limite existente entre a liberdade e os limites do ordenamento jurídico, promovendo a ordem da sociedade, por meio da aplicação da lei para a garantia dos direitos e princípios fundamentais (SILVA, 2011).

5) CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a realização do estudo foi possível refletir sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, evidenciando que, o pensamento é livre, mas a sua externalização necessita ser analisada sob o direito com o objetivo de garantir a proteção dos cidadãos em relação aos princípios fundamentais dos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

O termo correspondente ao discurso do ódio pode ser compreendido como sendo àquele que ataca as outras pessoas em razão de fatores como raça, nacionalidade, identidade religiosa, gênero, de sua orientação sexual ou em razão de seu pertencimento a quaisquer outros grupos identificados por uma característica distintiva moralmente arbitrária.

Os autores do discurso de ódio são contribuintes diretos do aumento da violência que é detectada na sociedade. A estimulação ao negativo, ao destaque sobre a

intolerância, discriminação, preconceitos que se encontram em meio a sociedade são motivados por meio dos discursos que têm por finalidade convencer os cidadãos de que, o sujeito que é atacado é realmente o causador de todas as divergências que se apresentam em razão de sua participação na sociedade.

A liberdade de expressão é um direito incondicional de todos os indivíduos que se encontram sob um Estado Democrático de Direito, pois permite o reconhecimento dos pensamentos e conhecimentos dos indivíduos em razão de suas oportunidades de expressarem as suas opiniões e conhecimentos sobre diferentes assuntos que são debatidos na sociedade e que permitem a participação de todos os indivíduos.

O discurso de ódio remete ao entendimento de que, os pensamentos e ideias são pejorativos e negativos, convencendo aos indivíduos sobre concepções que ferem os direitos de liberdade, ocasionando perseguições e a perda do limite de respeito, o que deve ser restringido por meio da aplicação das leis como garantia de manter a ordem social que é crucial para a convivência entre os cidadãos.

Sobre cingir a liberdade de expressão face ao discurso de ódio em um Estado Democrático de Direito, constatou-se tal possibilidade, pois não seria razoável

promover a liberdade de expressão, ferindo a dignidade da pessoa humana. Deste modo, a garantia e proteção dos indivíduos devem ser respeitada, sendo os infratores punidos com os rigores da lei, desencadeando a discussão sobre a necessidade de haver o entendimento sobre o respeito à diversidade que caracteriza a sociedade atual, as quais são fundamentais para o exercício da democracia.

Por conseguinte, considerou-se que, o discurso de ódio desencadeou a reflexão sobre o aspecto dos limites em relação as diferentes reações que os cidadãos podem expressar, ressaltando que os limites das ações são julgadas pelo Direito, que ao mesmo tempo reconhece que a sua competência não se estabelece em relação a liberdade de expressão uma vez que se trata de uma ação abstrata, mas sim, na concretização destes pensamentos, que pode acarretar o descumprimento das normas que garantem os princípios da dignidade humana e dos direitos fundamentais garantidos pela democracia em razão da liberdade de pensar social, cultural e politicamente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcos Lourenço Capanema de. **O discurso de ódio na propaganda político-eleitoral brasileira**. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). Direitos políticos,

liberdade de expressão e discurso de ódio. Volume I. Belo Horizonte: IDDE, 2018.

BENTO, Leonardo Valles. **Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão**. RIL Brasília, a.53. n.210 abril/junho, 2016.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, D.O.U. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.824, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Brasília, D.O.U. 1940.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília, D.O.U. 1989.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada e atual, até a Emenda Constitucional n.39-2002**, 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

CIOCCARI, Deysi; PERSICHETTI, Simonetta. **Jair Bolsonaro: mídia, imagem e espetáculo na política brasileira**. Artigo Científico. UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2018.

ELEQUIEL, Vanderlei de Castro; CIOCCARI, Deysi. **Discurso de ódio na política contemporânea: Trump venceu!**. C7C – São Bernardo do Campo, n.3, set.dez. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRIGO, Diosana; DALMOLIN, Aline Roes. **Tensionamentos entre liberdade de expressão e**

discurso de ódio: Jari Bolsonaro e o impeachment de Dilma Rousseff. Universidade Federal de Santa Maria, SANTA MARIA/RS, 2017.

GIBBS, G. **Análise de Dados Qualitativos**. 1. Ed. Porto Alegre, Artmed, 2010.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M.A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEITE, Maria de Fátima Esper. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão – possível colisão e determinados aspectos práticos**. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2010. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Maria%20de%20F%20C3%A1tima%20Esper%20Leite.pdf> Acesso em 26 abr. 2019.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MATTOS, Sérgio Augusto Soares. **A revolução digital e os desafios da comunicação**. Curz das Almas, BA: UFRB, 2013.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988 /**

José Emílio Medauar Ommati. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção americana sobre direitos humanos. Pacto de São José da Costa Rica, 22 de novembro, 1969.** Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/cij/arquivospdf/ConvencaoAmericana-pacjose-1969.pdf>. Acesso em 26 abr. 2019.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio.** Volume 1. Belo Horizonte: IDDE, 2018.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Igualdade e Liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no discurso do ódio.** Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília – UnB, Brasília, DF, 2009.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira.** Revista Direito Projeto Gráfico, São Paulo, 7(2), jul.dez. 2011.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

*Vanessa Torquato de Mello
Frederico Rodrigues Assumpção Silva*

RESUMO:

O presente trabalho tem por objetivo analisar o controle de constitucionalidade exercido de modo difuso pelo Tribunal de Contas da União. A Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal permite aos tribunais de contas apreciarem a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público. Neste estudo serão apresentados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais importantes e suas divergências acerca da matéria.

Palavras chave: Controle de Constitucionalidade; Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT:

The purpose of this study is to analyze the judicial review exercised in a diffuse manner by the Brazilian Court of Audit. Supreme Court summary 347 allows courts to assess the constitutionality of laws and normative acts of Public Authorities. In this study will be presented the most important doctrinal positions and jurisprudence and their differences on the matter.

Keywords: Judicial Review; Court Union accounts.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discorre sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, realizado pelo Tribunal de Contas da União. O controle de constitucionalidade é reconhecido com ênfase dentro da disciplina do Direito Constitucional, por ser um instrumento essencial utilizado em nosso ordenamento jurídico para a defesa da ordem do Estado. Este controle assegura o princípio da supremacia da constituição e visa garantir o estado democrático de direito, motivos pelos quais se justifica a importância do estudo.

O artigo é dividido em dois capítulos. O primeiro capítulo discorre sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, descrevendo sua origem, classificação, finalidade e requisitos. O segundo capítulo expõe o Tribunal de Contas da União e busca revelar a sua natureza jurídica, a relevância de seu exercício e o âmbito de sua atuação em vista da súmula 347 do Supremo Tribunal Federal. Esta súmula permite aos tribunais de contas apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público no exercício de suas atribuições. Nos tópicos um e dois do segundo capítulo serão mostradas as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do controle

de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas da União.

O principal problema desta pesquisa é saber se o Tribunal de Contas, mesmo em não sendo órgão jurisdicional, pode realizar a apreciação da constitucionalidade de normas. Haveria constitucionalidade e legalidade nesse controle? E qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria?

Para a execução desta pesquisa foram coletados dados na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União. Na abordagem teórica empregou-se o método dialético, confrontando-se concepções opostas acerca das ideias centrais debatidas; também foi utilizado o método dedutivo, pelo qual se procurou compreender qual é o impacto que o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas da União representa neste país.

Por fim, serão observados os pontos significativos que gravitam em torno deste tema. Esperamos, com as reflexões deste trabalho, auxiliar os estudantes do Direito, os pesquisadores e a sociedade em geral. É com este enfoque que a pesquisa trilhará sua análise.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Considerações Gerais

O controle de constitucionalidade tem a principal finalidade de impedir que atos normativos continuem a gerar efeitos jurídicos contrários a Constituição. Através do controle se busca comprovar que a lei, em seus requisitos formais e/ou materiais, estão em conformidade ou desconformidade com a Constituição vigente. Para Uadi Lammêgo (2010, p. 160) significa: “o instrumento de garantia da supremacia constitucional”.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, “Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”, o que permite traçar os limites dos poderes supremos e possibilita o processo mais democrático no Estado de direito. (MORAES, 2012, p. 735).

A Constituição, portanto, é o alicerce para a elaboração de qualquer lei e ato normativo; se assim não ocorrer, estará à lei ou o ato normativo eivado de vícios insanáveis de inconstitucionalidade. Dessa forma, o controle de constitucionalidade é essencial para que haja transparência no poder do Estado, para que haja

funcionamento sem ilegalidades ou abusos por parte daqueles que ainda que temporariamente detenham o poder.

Conforme destaca Hely Lopes Meirelles:

(...) na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’. Entretanto, cumprir simplesmente a lei na friezade seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se junte o honesto e o conveniente aos interesses sociais. (Meirelles, 2004, p. 88).

Ou seja, embora não se possa ‘engessar’ a administração pública, devendo sempre haver uma margem de discricionariedade para a atuação do gestor, por outro lado é importante que existam meios de controle de sua atuação, a fim de que não haja afronta a princípios e regras constitucionais.

Segundo doutrina de Pedro Lenza, o controle de constitucionalidade surgiu nos Estados unidos da América

no caso William Marbury X Madison em 1803³⁸, numa decisão em que o juiz John Marshal, então presidente da Suprema Corte norte-americana, estipulou o dever do judiciário em manifestar sobre a conformidade da lei com a Constituição.

Com fundamentos na supremacia da Constituição e na nulidade da lei que a contrariava, o juiz John Marshal não aplicou aquela lei, tendo em vista que ela contrariava a Constituição. Tal decisão inseriu o controle de constitucionalidade como ferramenta do princípio da supremacia Constitucional no mundo jurídico. (LENZA, 2015).

As primeiras manifestações sobre o controle de Constitucionalidade no Brasil ocorreram na vigência da Constituição da República de 1891, com inspiração no modelo americano. Inovações e amadurecimentos vieram com a Constituição de 1934 que trouxe o controle político a cargo do legislativo e o controle difuso, este a cargo do judiciário. Em 1946 foi admitido o controle concentrado,

³⁸ O caso tratava-se de um Mandado de Segurança ajuizado por William Marbury, onde se pedia o reconhecimento de seu direito à posse no cargo de juiz de paz, nomeado pelo governo anterior e negado pelo Secretário de Estado James Madison. O juiz John Marshal reconheceu o direito de William Marbury, porém, negou a segurança pretendida, pois a competência para o julgamento do caso, pela Corte, foi fixada por lei inconstitucional, e tal competência deveria ser fixada pela Constituição dos EUA. O juiz John Marshal explicou que uma Lei Ordinária não poderia atribuir competência originária à Corte, que não constasse na Constituição. (LENZA, 2015).

com legitimação apenas do Procurador Geral da República. (LENZA, 2015).

A Constituição Federal de 1988 trouxe nova estrutura ao controle de Constitucionalidade³⁹, ampliando o rol de legitimados para propor as ações de controle de constitucionalidade.

2.2. Finalidade e requisitos

O controle de constitucional tem por finalidade assegurar a supremacia da Constituição e garantir o Estado Democrático de Direito. Sua função é fazer com que o Poder Público atue com transparência e sem ilegalidades. Portanto, cabe aos órgãos que exercem o controle de constitucionalidade garantir que as leis e os atos normativos estejam em harmonia com a Constituição.

Os requisitos do controle de constitucionalidade são: a) uma Constituição rígida; b) o controle feito por um órgão supremo, que será o STF; c) existir sanção para o caso de descumprimento dos preceitos constitucionais e declarar nula a norma contrária aos interesses públicos.

³⁹ Cabe frisar que o sistema de controle constitucional brasileiro é um dos melhores do mundo. E esta afirmação não é descomedida. Ele é sim quase completo, por ser resultado da influência dos sistemas de controle mais importantes do mundo. O nosso Sistema de Controle de Constitucionalidade abrange todas as possibilidades e características adotadas nos sistemas da França, Estados Unidos da América, Áustria e Alemanha.

Há requisitos formais e materiais para que as leis e os atos normativos sejam compatíveis com a Constituição. Os requisitos formais dizem respeito ao modo pelo qual se produzem as leis, isto é, as regras que o processo legislativo deve seguir. Havendo desrespeito às regras, haverá inconstitucionalidade formal.

Os requisitos materiais, por sua vez, referem-se ao conteúdo da lei ou do ato normativo. A não observância dos requisitos materiais também afronta o conteúdo material da Constituição.

Todas as espécies normativas a que se refere o artigo 59 da Constituição da República (BRASIL, 1988)⁴⁰ devem possuir os requisitos formais e materiais.

2.3. Classificação do Controle de Constitucionalidade

Quanto ao momento em que é exercido, o controle poderá ser preventivo, *a priori*, ou repressivo, *a posteriori*. Poderá ser feito pelo legislativo, executivo ou judiciário. O controle preventivo evita a elaboração de leis inconstitucionais, sanando os vícios antes que a norma ingresse no ordenamento jurídico. Ele é realizado pelo

⁴⁰ Art. 59 O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

legislativo através das comissões de constituição justa. O executivo o faz quando veta o projeto de lei por entendê-lo inconstitucional. O judiciário também realiza o controle preventivo quando há desrespeito ao processo legislativo de criação de normas.

O controle repressivo, por sua vez, é exercido primordialmente pelo judiciário, podendo ser difuso ou concentrado. Será difuso quando exercido por qualquer órgão da estrutura do judiciário e será concentrado quando realizado por um ou alguns órgãos previamente elencados na Constituição. No controle repressivo a norma será analisada sob os requisitos formais e materiais.

O poder legislativo desempenha o controle repressivo em poucos casos. Um exemplo está no artigo 62, § 5º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), quando poderá ocorrer a rejeição de medida provisória desde que esta não atenda aos pressupostos processuais de urgência e relevância.

O controle repressivo exercido pelo executivo ocorre quando há negativa de cumprimento à lei inconstitucional, devendo haver, nessa hipótese, motivação⁴¹.

⁴¹ O princípio da motivação implica para a Administração o dever de justificar os seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existente e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário

Quanto ao número de órgãos encarregados, o controle de constitucionalidade poderá ser difuso ou concentrado. O controle difuso, aberto ou norte-americano foi aquele usado pelo Juiz Marshal da Suprema Corte Americana em 1803, no caso Marbury e Madson, antes mencionado nesta pesquisa. Este controle se caracteriza pela permissão que tem o juiz para analisar a compatibilidade da norma com a Constituição Federal. À luz da doutrina de Gilmar Mendes:

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do poder público. (MENDES, 2008, *online*).

O controle difuso pode ser provocado pelas partes, por terceiros interessados, pelo Ministério Público quando atuar no feito, juiz ou tribunal de ofício.

O controle concentrado, reservado ou austríaco é privado a poucos órgãos criados para este fim, como se verifica na Alemanha e nos países da Europa Ocidental. É denominado austríaco porque teve origem na Áustria, por

para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. (MELLO, 2002, p. 94).

obra de Hans Kelsen. Este controle é verificado por meio de processo objetivo, quando se busca declarar constitucional ou inconstitucional a lei ou o ato normativo. No Brasil, o controle concentrado ele é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceitos fundamentais.

Quanto à natureza do órgão controlador, o controle de constitucionalidade poderá ser político, judiciário ou misto. O controle político, comum em países europeus, é bem explicado por José Afonso da Silva:

O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, a solução predominante no século passado; ou um órgão especial, como o Presidium do Soviete Supremo da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art.121, n.4) e o Conseil Constitutionnel da vigente Constituição Francesa de 1958 (arts. 56 a 63). (SILVA 2014, p. 51).

O controle judiciário é obtido por meio órgão de caráter jurisdicional:

(...) o controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte,

é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais. (SILVA 2014, p. 51).

O controle misto ocorre quando a Constituição Federal submete as leis ao controle político e ao controle judiciário. O Brasil adotou o controle misto, pois embora o controle seja predominantemente jurisdicional, pode haver o controle político preventivo e repressivo.

Quanto à posição do controle ao objeto da causa, o controle poderá ser principal ou incidental. O controle principal é realizado por via de ação e é objetivo. O controle incidental é por via de exceção e é subjetivo. O controle pela via principal é aquele em que o objeto da causa é exclusivamente analisar a questão inconstitucional. Este controle é de competência exclusiva do STF, conforme artigo 28, § único da lei 9.868/99 (BRASIL, 1999):

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de

texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

No controle por via incidental, a constitucionalidade é questão preliminar e, por ter caráter prejudicial, necessita ser resolvida para que em seguida seja solucionada a questão principal, sendo a inconstitucionalidade o seu fundamento, não constituindo matéria de mérito, e sim um incidente processual. O controle constitucional é realizado indiretamente para solucionar o caso concreto, ou seja, proteger o direito subjetivo ameaçado de lesão ou violado e depende da constitucionalidade ou não da lei em que a demanda foi ensejada. (GUEDES, 2013, *on-line*).

3. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O TCU – Tribunal de Contas da União – é um órgão do governo federal que auxilia o Congresso Nacional na fiscalização do orçamento do país e contribui para que a administração pública seja mais ética e responsável. Criado pelo notável jurista Rui Barbosa, o órgão é sediado em Brasília e atua em todo o país⁴². Os

⁴² O Tribunal de Contas da União possui parâmetros que o distingue dos Tribunais dos Estados. O titular do Controle Externo é o Parlamento,

nove ministros que compõem o Tribunal possuem as mesmas prerrogativas e vencimentos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Em apartada síntese, pode-se dizer que o TCU aprecia as contas dos administradores públicos e dos responsáveis pela receita, patrimônio e valores públicos federais, bem como contas que possam causar perdas, irregularidades ou prejuízo ao patrimônio nacional.

Para Hely Lopes Meirelles (2004, p. 677):

O controle externo visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens e valores e dinheiros públicos, assim como a fiel execução do orçamento. É, por excelência, um controle político de legalidade contábil e financeira, o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas.

A natureza jurídica do TCU é alvo de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Enquanto alguns autores defendem ser órgão jurisdicional, para outros é órgão administrativo. Neste contexto, significativa se torna

entretanto, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) incumbiu a maior parte do poder controlador aos Tribunais de Contas. A Lei Maior estabelece as funções, forma de composição e nomeação dos ministros. Enquanto as Constituições de cada Estados disciplinam as normas pertinentes aos seus respectivos Tribunais de Contas. O art. 31 § 4º Constituição da República (BRASIL, 1988) veda a criação de tribunais e órgãos de contas municipais.

a opinião de Alexandre Mariotti, Conselheiro-Substituto do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

Por certo, essa singularidade muitas vezes não foi - e continua não sendo bem compreendida por doutrinadores que, ainda presos a urna concepção rígida e ultrapassada da separação dos poderes, procuram encaixar a martelo a instituição e suas funções em um dos clássicos três poderes preconizados em "Do espírito das leis" - obra publicada em 1748" (Parecer 25/2006 - Auditoria)⁴³.

Pedro Lenza, por sua vez, entende da seguinte forma:

No caso de auxílio no controle externo, os atos praticados são de natureza meramente administrativa, podendo ser acatados ou não pelo Legislativo. Em relação às outras atribuições, o Tribunal de Contas também decide administrativamente, não produzindo nenhum ato marcado pela definitividade ou fixação do direito no caso concreto, no sentido de afastamento da pretensão resistida. O Tribunal de Contas, portanto, não é órgão do Poder Judiciário (não está elencado no art. 92), nem mesmo do Legislativo. (LENZA, 2012, p. 616).

⁴³ Parecer nº 25/2006 da Auditoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: www1.tce.rs.gov.br/

Doutrina e jurisprudência majoritárias atribuem natureza administrativa aos julgamentos dos tribunais de contas, devido ao sistema de jurisdição única adotado em nosso ordenamento. Assim, as decisões administrativas estão sujeitas ao controle exercido pelo Judiciário. (FERREIRA, 2014).

Por outro lado, pode-se dizer que os efeitos das decisões das cortes de contas possuem características do controle difuso e, por serem decisões administrativas, ficam sujeitas à revisão pelo Judiciário.

3.1. Controle de constitucionalidade exercido pelo TCU

A Constituição da República de 1988 estabelece em seu art. 70 que:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Observa-se que a fiscalização externa do Tribunal de Contas é difusa, ou seja, o TCU atua no caso concreto. Nesse sentido, importante trazer à discussão a Súmula nº

347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

A referida súmula foi adotada no ano de 1963, na vigência da Constituição de 1946. Posteriormente, no ano de 1965, a Emenda Constitucional nº 16 implantou no ordenamento jurídico brasileiro o sistema abstrato de controle das normas, com efeitos *erga omnes*. De acordo com a teoria vigente àquela época, era possível aos tribunais de contas apreciar a constitucionalidade das leis.

Atualmente, há posições divergentes quanto à vigência da referida súmula. Dentre outros fatores, discute-se a ampliação do rol de legitimados para provocar o controle abstrato/concentrado das normas. A Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) contém no artigo 103 o rol dos legitimados⁴⁴.

Esta questão está ganhando espaço e divisões também na doutrina. E a contribuição de André Puccinelli Júnior tem sido preciosa. Este autor analisa a possibilidade do controle de constitucionalidade concreto e

⁴⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I — o Presidente da República; II — a Mesa do Senado Federal; III — a Mesa da Câmara dos Deputados; IV — a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V — o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI — o Procurador-Geral da República; VII — o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII — partido político com representação no Congresso Nacional; IX — confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

abstrato ser analisado pelos tribunais de contas. A posição do autor é no sentido de que o judiciário abriga a fiscalização repressiva, que também poderia ser realizada pelo legislativo e pelo executivo, assim como pelas cortes fiscais. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013).

Cabe ressaltar a importante distinção existente entre se declarar a inconstitucionalidade e a não aplicação de leis inconstitucionais. Os tribunais de contas não declaram a inconstitucionalidade de leis e atos normativos da administração pública. Ao decidirem que uma lei ou ato normativo é inconstitucional, os tribunais de contas afastam a aplicação desta lei ou deste ato normativo no caso concreto.

Quando o TCU percebe que a norma viola a Constituição, ele somente impedirá que a norma seja aplicada no caso concreto. Ou seja, o TCU não poderá retirar a norma do ordenamento e nem a declarar como inconstitucional, porque esta função só cabe ao judiciário. Conforme já exposto, cabe somente ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade quanto ao plano de validade da norma. (MONTEIRO, 2018, *on-line*).

A questão controvertida sobre a permanência da súmula 347 voltou a ser alvo de discussões. Há atualmente duas correntes principais: uma contrária e outra favorável ao controle de constitucionalidade exercido pelo TCU. A

corrente contrária, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, está explicitada no julgamento do mandado de segurança nº 25.888, quando se afirma que o verbete foi implantado em momento constitucional diferente do atual:

(...) a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. (MS 25888 MC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgamento em 22.3.2006, DJ de 29.3.2006) (BRASIL, 2006).

Também são adeptos desta corrente os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Aquele se manifestou no julgamento do mandado de segurança 26.410, se opondo à possibilidade de o Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade das normas. Marco Aurélio, por sua vez, no julgamento do mandado de segurança nº 31.439, reconheceu ao Tribunal de Contas a possibilidade de deixar de aplicar ato normativo tido por inconstitucional:

2. Descabe a atuação precária e efêmera afastando do cenário jurídico o que assentado pelo Tribunal de Contas da União. A questão alusiva à possibilidade de este último deixar de observar, ante a óptica da inconstitucionalidade, certo ato

normativo há de ser apreciada em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado, o Verbete nº 347 da Súmula do Supremo. De início, a atuação do Tribunal de Contas se fez considerado o arcabouço normativo constitucional. (MS 31439 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Decisão Monocrática, julgamento em 19.7.2012, DJe de 7.8.2012). (BRASIL, 2012).

Seguindo a mesma corrente, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou o seguinte:

(...) Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, *mutatis mutandis*, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes):

O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema. (MS 35410 MC / DF, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Decisão Monocrática, julgamento em 15 dez. 2017, DJe de 31 jan. 2018). (BRASIL, 2018).

Embora Alexandre de Moraes houvesse se posicionado de modo contrário ao controle de

constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, o Ministro, admitiu, na Petição 4.656 (Acórdão nº 2000/2017 – publicado no final de 2017), a possibilidade de o Controle de Constitucionalidade ser exercido pelo CNJ. Vejamos o trecho do julgado:

3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresse e formal tomado pela maioria absoluta dos membros do Conselho. (BRASIL, 2016).

Por outro lado, a segunda corrente defende a possibilidade de tribunais de contas apreciarem a constitucionalidade das leis. Entre seus seguidores, entre outros, temos os autores Jacoby Fernandes (2016) e Walber de Moura Agra (2014). (MORAIS, 2018, *on-line*).

Nas palavras de Jacoby Fernandes:

Aos Tribunais de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, competência essa restrita aos órgãos do Poder Judiciário. O que lhes assegura a ordem jurídica, na efetivação do primado da Constituição Federal no controle das contas públicas, é a inaplicabilidade da lei

que afronta a Constituição, pois "há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado". (FERNANDES, 2000, p. 30).

A Ministra Cármen Lúcia também defende esta corrente e sustenta que deixar de aplicar a norma por entender que a mesma é inconstitucional não significa declará-la como tal. Em seu voto, a Ministra citou Hely Lopes Meirelles:

O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores. (MEIRELLES, 1993, p. 538).

Assim, para a Ministra, os órgãos de controle administrativo possuem o “poder implicitamente atribuído” para esta prática e entre esses órgãos ela citou o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Contas da União e Ministério Público. Vejamos:

[...] há de se ter em conta a distinção entre a conclusão sobre o vício a macular lei ou ato normativo por inconstitucionalidade, adotada por órgão jurisdicional

competente, e a restrição de sua aplicação levada a efeito por órgão estatal sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes* e vinculante. (PET 4656/PB, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgamento em 19 dez. 2016, DJe de 04 dez). (BRASIL, 2006).

Depreende-se, portanto, que a jurisprudência do Superior Tribunal Federal ainda não decidiu sobre o efetivo alcance da súmula nº 347, que, por não ter sido revogada, suscita discussões e permanece vigente.

3.2. A importância da conservação do TCU no controle de constitucionalidade

Conforme defende a Ministra Carmen Lúcia, a teoria dos poderes implícitos justificaria a atuação dos tribunais de contas: “Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios”. Petição. (PET 4656/PB, Rel: Ministra Cármen Lúcia, julgamento em 19 dez. 2016, no DJe de 04 dez. 2017 (BRASIL, 2016).

Com efeito, o TCU, ao executar a sua função, contribui com a hermenêutica constitucional e preserva o erário de despesas geradas pela inconstitucionalidade de

leis e atos da administração pública, como, por exemplo, impedindo o aumento de despesas com pessoal. Porém, por haver divergências quanto à vigência e ao alcance da súmula número 347, as cortes de contas a utilizam com certa moderação.

O Ministro Celso de Melo reconheceu a importância do controle exercido pelos tribunais de contas:

A atuação dos tribunais de contas assume, por isso, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância. (ADI 215 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1990, DJ 03-08-1990 PP-07234 EMENT VOL-01588-01 PP-00028) (BRASIL, 1990).

Tendo em vista todo o exposto, conclui-se preliminarmente que aos tribunais de contas cabe apreciar a inconstitucionalidade das leis e atos do poder público apenas em caráter incidental, ou seja, em cada caso concreto, com efeitos *inter partis*. A análise abstrata da inconstitucionalidade das normas caberia apenas ao judiciário. É este também o entendimento de contido na exposição de Bernardo Gonçalves Fernandes:

[...] essa Súmula vem sendo relativizada (não entendida de forma absoluta) pelo STF, em posicionamentos monocráticos, conforme a decisão liminar do MS nº 25.888 exarada pelo Ministro Gilmar Mendes que deferiu o pedido de medida

liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) que impedia a Petrobras de realizar o chamado processo licitatório simplificado. (FERNANDES, 2017, p. 10).

Além dos juristas mencionados neste trabalho, temos favoráveis ao controle de constitucionalidade exercido pelo TCU os seguintes autores: Pontes de Miranda, Castro Nunes, Francisco Campos, Moreira Alves, Victor Nunes Leal, Carlos Maximiliano, Hahnnemann Guimarães e Adroaldo Mesquita da Costa, dentre outros.

Os autores deste trabalho entendem que a súmula número 347 do STF deve permanecer vigente em nosso ordenamento, desde que o afastamento da norma entendida como inconstitucional ocorra somente no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no início do trabalho, observamos que no controle de constitucionalidade analisa-se a legalidade das normas em confronto com a Constituição. Através deste controle é possível erradicar possíveis abusos, excessos e arbitrariedades. Também observamos que os tribunais de contas não declaram a

inconstitucionalidade das normas, mas afastam a sua aplicação nos casos concretos, contribuindo, dessa maneira, com o sistema de freio e contrapesos existente em nosso ordenamento.

Percebeu-se que súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, que atribui competência aos tribunais de contas para apreciar a constitucionalidade das normas, tem sido objeto de divergências tanto na doutrina, como também nas decisões do próprio STF. Parte dos ministros, a exemplo de Gilmar Mendes, entende que a referida súmula está superada, porque foi aprovada no ano de 1963, num contexto constitucional diferente do atual.

Por outro lado, há ministros que defendem a validade do verbete, como Carmen Lúcia. Ou seja, embora tenham se passado trinta anos da promulgação da Constituição da República, o STF ainda não se posicionou de maneira decisiva, o que acarreta contradições nas decisões e consequente insegurança jurídica para os tribunais de contas e cidadãos.

Na opinião dos autores, é essencial que o STF se posicione e resolva este impasse, consolidando sua jurisprudência e aniquilando as inconsistências de suas próprias decisões.

Os autores pugnam pela permanência da súmula nº 347 do STF. Entende-se que em ocorrendo o

cancelamento do verbete, haverá retrocesso e consequente diminuição das atribuições dos tribunais de contas. Apenas se defende que, conforme exposto, as decisões dos tribunais de contas incidam apenas nos casos concretos.

Abusos dos administradores públicos que desfalquem o erário obviamente devem ser objetos de controle, mas a atuação dos tribunais de contas não deve ultrapassar a competência que lhes é atribuída pelo texto constitucional. Atos de improbidade e crimes, bem como a análise *in abstracto* da inconstitucionalidade das normas, tem os meios e órgãos próprios para controle.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos Controvertidos do Controle de Constitucionalidade**. 1.ed. Juspodivm, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.688/99. In: **Palácio do Planalto**, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 347. **O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.** 13 dez 1963. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumula.s.asp. Acesso em 03 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade.** ADI 215 / PB, Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento em 07 jun. 1990, publicado no DJ de 03 ago. 1990. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/>. Acesso: 10 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal STF Notícias. **Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira.** Postado em 10 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp>. Acesso em 03 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. **MS 31439 MC / DF**, Relator: Ministro Marco Aurélio, Decisão Monocrática, julgamento em 19 jul. 2012, publicado no DJe de 07 ago. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/.../mandado-de-seguranca-ms-31439-df-stf>. Acesso: em 05 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 24.317/08.** Relator Ministro Marcos Bem querer. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, **Acórdão 2000/2016.** Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 4.656 Relatora Ministra Cármem Lúcia**. Brasília, 29 de março de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. **MS 35410 MC / DF**, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Decisão Monocrática, julgamento em 15 dez. 2017, publicado no DJe de 31 jan. 2018. Disponível em: www.portal.stf.jus.br/processos. Acesso: em 05 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. **MS 25888 MC / DF**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgamento em 22 mar. 2006, publicado no DJ de 29 mar. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/.../medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-25888>. Acesso: em 05 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. FARIAS, Felipe Justino de. **Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade**. In.: REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO | V. 12 N. 1 | 155-187 | JAN-ABR 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0155.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

DESCHAMP, Gustavo Coelho. **Revista Fórum de Contratação e Gestão pública**, nº 84, dezembro de 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Os Tribunais de Contas e o exame de constitucionalidade de lei**. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Brasília, DF, v. 26. Jan/dez 2000.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum 2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **TCU não pode fazer controle de constitucionalidade**. In.: Brasil News. 02/ 2018. Disponível em: <https://www.n3w5.com.br/economia>. Acesso em: 14 nov. 2018.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Do exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14226>. Acesso em 14 nov. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

GUEDES, Igor Gadelha. **Sistemas e tipos de controle de constitucionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 18, n. 3586, 26 abr. 2013](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24299>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Coleção Clássicos do Direito. 6. ed. São Paulo: Editora Lumem Iuri, 2001.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**, 16. ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 538.

MENDES, Gilmar. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. EUA - Out 2008 v. Port_ ver. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381.pdf>. Acesso em 05 nov. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. v. 4.1. ed. Rio de Janeiro: H.Cahen, 1947.

MONTEIRO, Adonias Fernandes. **Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas na visão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In.: Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 mar. 2018. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590505&seo=1>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAIS, Michel Martins de; ARANALDE, Carollina. **Controle de constitucionalidade exercido incidentalmente pelos tribunais de contas.** Da subsistência da Súmula 347 do STF após a promulgação da Constituição de 1988. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5531, 23 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68406>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 4. ed. Aforismos. Porto Alegre, 2014.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

O DIREITO AO NOME CIVIL DA PESSOA NATURAL

*Vanessa Torquato de Mello
Débora de Freitas Palhares*

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar as hipóteses que possibilitam a alteração do Nome Civil da Pessoa Natural diante do princípio da imutabilidade, que é a regra instituída no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foram coletados dados na legislação pertinente, doutrina, jurisprudência e sítios eletrônicos, e utilizado o método dedutivo para compreender as ideias centrais acerca do tema. O nome civil tem por finalidade individualizar as pessoas na sociedade, e sua alteração é justa e satisfatória aos direitos dos cidadãos. Conclui-se, que em nossa legislação a alteração nominal se apresenta moderna e flexível.

Palavras chave: Direito da Personalidade. Nome Civil. Alteração.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the hypotheses that make it possible to change the Civil Name of the Natural Person, given the principle of immutability, which is the rule established in the Brazilian legal system. For this purpose, data were collected in pertinent legislation, doctrine, jurisprudence and electronic websites, and the deductive method was used to understand the central ideas about the topic. The civil name is meant to individualize the people in society, and its change is fair and satisfactory to the rights of citizens. We conclude that in our legislation the nominal change is modern and flexible.

Keywords: Personality Law. Civil Name. Change.

INTRODUÇÃO

O tema central deste trabalho é o nome civil da pessoa natural, considerado um direito personalíssimo, ele constitui o mais antigo e mais prático elemento de identificação que possuímos. O objetivo do estudo é demonstrar que embora o nome, em regra, seja imutável, corolário da segurança jurídica nas relações de ordem civil, existem exceções legais que permitem sua alteração. São hipóteses em que as pessoas não são obrigadas a manterem, perpetuamente, os nomes recebidos.

O problema que enfrentamos ao iniciar as primeiras linhas da pesquisa é investigar quais são as condições específicas para as possibilidades de mutação nominal, se o princípio da dignidade da pessoa humana é respeitado, averiguar os demais direitos da personalidade e em que sentido estão sendo firmados os principais posicionamentos jurisprudencias nas questões de modificação do nome.

A justificativa que induz esta pesquisa é a curiosidade sobre a maneira que a lei ressalta a possibilidade de mutação do nome civil. E nos motivamos também, pelo propósito de contribuir com os estudiosos do direito, acerca das questões gerais sobre esta matéria. O

método de pesquisa empregado foi o dedutivo partindo da Constituição Federal, passando pelos Códigos e as diversas Leis que versam sobre o tema.

O instituto do nome Civil das Pessoas Naturais, será apresentado neste estudo por meio de dois capítulos: o primeiro traz uma breve introdução ao Direito da Personalidade, o nome, seu significado, conceito, composição e natureza jurídica. E o segundo capítulo versa sobre a importância do Registro Civil e a relativização da regra da imutabilidade que permite a alteração do nome, e para tal será regado com posicionamentos de renomados doutrinadores e jurisprudências dos Tribunais Superiores, sobre o tema.

1 O DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade surgem com o nascimento da pessoa natural, através de sua respiração. Eles se encontram previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro, e têm por finalidade preservar a integridade, moral, física e intelectual, da pessoa natural ou jurídica. Buscando, portanto, proteger o corpo, o nome e imagem e aparência. (DINIZ, 2015, p. 138).

A Professora Maria Helena Diniz (2015, p. 139), nos ensina que, os direitos da personalidade são direitos:

absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, ilimitados, impenhoráveis e imprescritíveis, por não serem suscetíveis de penhora e não terem validade. Em complemento Maria Berenice Dias, arremata: são “indisponíveis, inalienáveis, vitalícios, e oponíveis *erga omnes*. O nome é um dos direitos mais essenciais da personalidade e goza de todas essas prerrogativas”. (DIAS, 2007, p. 120).

Os direitos da personalidade recaem sobre os direitos ao nome, imagem, honra, privacidade e integridade. Esta última é subdividida em três: a Integridade Física, Intelectual e Moral. A primeira compreende o direito à vida, direito ao corpo (vivo ou morto), entre outros. A Integridade Intelectual abarca toda a criação intelectual das pessoas, como por exemplo, invenções, esportistas e autorais. E a Integridade Moral, por sua vez, integra o direito privado, onde o Estado não intervém, como às liberdades civil, política, religiosa, a honra, a intimidade, o nome e etc. (DINIZ, 2015, p. 139).

1.1 O Direito ao Nome Civil

A expressão “nome” deriva do latim, se origina do verbo *noscere* ou *gnoscere* que significa conhecer ou ser conhecido, ou seja a designação que cada coisa ou pessoa recebe para ser identificada. Para De Plácido e

Silva (2006, p. 954), nome é “o nome constitui, em qualquer sentido, seja a respeito de coisas ou de pessoas, um dos principais elementos de individualização, indispensável para que sejam identificadas”.

Era bastante comum, na idade média, as famílias utilizarem sobrenomes religiosos, como por exemplo: “Cruz, Santos, de Jesus” com a expectativa de se tornarem bons cristãos, saudáveis e prósperos. Outro fato curioso, acerca do critério de escolhas de sobrenomes, aconteceu no Brasil, na época da colonização: aos que permaneceram na costa, no litoral brasileiro foi dado o sobrenome de “Costa”, enquanto os demais, ou seja, aqueles que se embrenharam na selva, receberam o sobrenome de “Silva”. (MENDES, 2009, *online*).

1.1.1 Elementos Constitutivos do Nome

O art. 16 do Código Civil/2002, estabelece que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Importante esclarecer que prenome, também chamado de *nome próprio* é o primeiro nome, aquele que que distingue a pessoa, exemplo: Ana, João. Que pode também ser composto: Ana Beatriz, João Pedro. Enquanto o sobrenome constitui o patronímico, indica a procedência familiar, como: Mello, Freitas, Teixeira. Desse

modo, o prenome e o sobrenome juntos compreendem o nome completo da pessoa.

Os agnomes são partículas acrescentadas ao nome para diferenciar parentes que receberam o mesmo nome, como Júnior, neto, sobrinho. Existem também o apelido, vulgarmente chamado de alcunha, que nada mais é que uma denominação conferida a algumas pessoas que, devido as suas características ganham simpatia e fama, como aconteceu com: Pelé, Tiririca, Pezão, Bussunda, Maguila, Dunga, etc.

O G1Portal de Notícias da Rede Globo⁴⁵, informou a lista de apelidos utilizados pelos políticos, nos repasses da Odebrecht. Na planilha, dentre os nomes e seus respectivos apelidos recebidos estão: Luiz Inácio Lula da Silva/Amigo; Aluizio Mercadante/Aracaju; Marta Suplicy/Barbie; Antony Garotinho/Bolinha; Geraldo Alckmin/Belém; Rodrigo Maia/Botafogo; Aécio Neves/Mineirinho; Romero Jucá/ Caju; Renan Calheiros/Atleta; José Sarney/Escritor; Eduardo Paes/Nervosinho; Sérgio Cabral/Proximus; Eduardo Cunha/Caranguejo.

⁴⁵ G1. Apelidos de políticos na Odebrecht: quem é quem. Política. Operação LavaJato.16/04/2017 13:54. Fonte: Delação da Odebrecht. Veja os apelidos dados a políticos nas planilhas de doações da Odebrecht. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/apelidos-de-politicos-na-odebrecht-quem-e-quem.ghtml>. Acesso em: 17 abril 2019.

O pseudônimo ou codinome, goza de proteção da lei, conforme at. 19 do CC, trata-se de nome fictício que pessoas famosas usam, por exemplo: José Sarney (José Ribamar Ferreira de Araújo Costa), Sílvio Santos (Senor Abravanel), Xororó (Durval Lima). (SANTOS, 2012, *online*). E ainda: Allan Kardec (Hippolyte Léon Denizard Rivail), Buddha (Siddhartha Gautama), Mahatma Gandhi (Mohandas Karamchand Gandhi), Madre Teresa (Agnes Gonxha Bojaxhiu). Nelson Rodrigues usou o pseudônimo de Suzana Flag, numa época em que os editores apostavam em autores estrangeiros para sucesso nas vendas. (ARAÚJO, 2009, *online*).

Hipocorístico, por sua vez é o nome, que geralmente se utiliza abreviado, como demonstração de carinho, como por exemplo: Dudu (Eduardo), Beto (Roberto), Chico (Francisco), Zé (José), Bel (Isabel). Enquanto o heterônimo substitui o nome de uma pessoa imaginária e que supre o nome do autor em algumas obras, como exemplo o autor Fernando Pessoa que usou os nomes de Ricardo Reis e Álvaro de Campos, para usar estilos diferentes em livros diferentes. (ARAÚJO, 2009, *online*).

1.1.2 Natureza Jurídica do Nome

A natureza jurídica do nome já foi objeto de divergência entre autores, em virtude das diversas teorias que existiam acerca do nome da pessoa natural, tais como: a teoria da propriedade, a teoria da propriedade *sui generis*, a teoria negativista e a teoria do Estado. Vejamos, rapidamente, o significado de cada uma.

Para a Teoria da Propriedade, o nome é patrimônio da pessoa. A Teoria da Propriedade *Sui Generis* entendia o nome com características proprietárias diferentes em seu gênero como “único em sua espécie”. Já a Teoria Negativista defendia que o nome não se identificava com o direito e não merecia proteção no ordenamento jurídico. Enquanto a Teoria do Estado, o nome era apenas um sinal distintivo do Estado, uma maneira de identificar o indivíduo, não sendo, portanto, um direito propriamente dito. (LASNOR, 2017, *online*)

Atualmente, a teoria que melhor define a natureza jurídica do nome é a teoria que o considera como um direito personalíssimo. A Lei Brasileira garante o direito ao nome e seu registro no Cartório de Registros Públicos, particularizando o indivíduo, como uma marca, no mundo jurídico. O Código Civil atual adotou a teoria da personalidade, onde o direito ao nome, a imagem, os direitos do nascituro, direitos autorais, entre outros são positivados.

1.2 O Nome Como Direito da Personalidade

O direito ao nome, assim como os demais direitos da personalidade são valores fundamentais da pessoa humana. O nome é atribuído a pessoa que nasce com vida, e possui dois aspectos fundamentais, quais sejam: público e individual. O primeiro por advir de a importância do Estado identificar seu povo, e o segundo por ser o nome a designação do indivíduo para sua defesa contra repressão e abusos de outrem. (GONÇALVES, 2011, p. 149).

Desse modo, o nome consiste num rótulo que recebemos, uma identificação para que seja possível o Estado manter a organização burocrática de certa região, expressa no registro civil, “o nome da pessoa natural é o sinal mais visível de sua individualidade, sendo através dele que a identificamos no seu âmbito familiar e no seu meio social”. (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015. p. 160).

Para Ricardo Fiuza (2007, p. 141): “o direito ao nome, bem como seus desdobramentos, são direitos da personalidade, recebendo proteção constitucional”. Venosa (2007, p. 210) também comunga deste entendimento, para ele o direito ao nome como direito de propriedade não tem razão de ser, “é insustentável, porque o nome está fora do

patrimônio”. O nome é direito da personalidade e como tal protegido, pois individualiza a pessoa, distinguindo-as de outras, devendo de preferência incluir o sobrenome da mãe e do pai (CENEVIVA, 2008, p. 134).

Por pertencer a categoria dos direitos personalíssimos, o nome não pode ser renunciado, transferido, nem valorado economicamente, uma vez recebido, ele será protegido e mantido, desde o seu registro de nascimento, por toda a sua vida, salvo situações excepcionais que serão mostradas neste trabalho no capítulo seguinte.

2 A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

O Registro da Pessoa Natural, é de extrema relevância para que a pessoa obtenha seu *status* de cidadã. O registro pressupõe a posse dos direitos personalíssimos, de tal modo que, enquanto não se é registrado não se vive formalmente, pois se torna inviável o possuir RG e CPF, portanto não há como exercer cidadania, tendo em vista que toda a documentação do indivíduo depende de prévio registro civil.

O grau de importância dos cartórios de Registros Cíveis das Pessoas Naturais, se dá sobretudo pelo registro

de nascimento, que em face do princípio da presunção de veracidade e autenticidade, não deve ser alterado infundadamente ou sofrer averbações despropositadas. É relevante para a vida e sociedade, pois reflete a existência das pessoas, determinando seu nome, filiação, estado civil, maior ou menoridade, interdito ou não, etc., refletindo nas relações pessoais, com seus familiares, com a Nação, e com terceiros. (CENEVIVA, 2008, p. 81).

2.1 As Possibilidades de Alteração do Nome Civil

O princípio da imutabilidade do nome civil, está previsto no *caput* do art. 58 da Lei nº 6.015/73, o qual estabelece que, uma vez registrado o nome não pode ser modificado. Esta disposição legal é a garantia da identificação social das pessoas. A cerca deste princípio, Maria Berenice Dias ensina que: “existe toda uma proteção à imutabilidade do nome, visando a preservar a segurança das relações sociais. Por isso há severa resistência em admitir alterações do nome ou sobrenome”. (DIAS, 2015, p. 113).

O nome civil é imutável, a regra é de sua inalterabilidade definitiva, mas é possível admitir sua modificação em circunstâncias excepcionais, conforme a seguinte decisão judicial: (...) excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei

ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial (art. 57, Lei 6.015/75), exigindo-se, para tanto, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros. (REsp 1138103/PR, Rel. Min. Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/09/2011).

Seguem as hipóteses passíveis de alteração nominal:

2.1.1 Nome Ridículo e Causador de Constrangimento

Como foi visto, o nome das pessoas naturais, pressupõe estabilidade e segurança para identificação dessas pessoas. Entretanto, o art. 55 Parágrafo Único da Lei nº 6.015/73 prevê a proibição de registros de prenomes que venham a expor ao ridículo, os seus portadores. Walter Ceneviva explica que “a “exposição ao ridículo” é noção subjetiva, discrepando as pessoas e as convicções. O oficial agirá com moderação, respeitando tais convicções, só tolhendo a escolha quando aberrante da normalidade”. (CENEVIVA, 2010, p. 192).

Mendes, enumera nomes e sobrenomes esdrúxulos que expõem seus titulares ao ridículo: “Nacional Futuro da Pátria Provisório, Prólogo, Capítulo, Errata e Epílogo de Campos, Rubi, Esmeralda, Safira e Turquesa, Oceano Atlântico Linhares, Pedro Bispo

Cardeal, Céu Azul de Castro Feijó, Nei Américo Cesar de Almeida Cento e Três, Mariazinha Peguei-te”. (MENDES, 2009, *online*).

E segue a lista com os nomes bizarros: “Hollywood Broadway dos Santos, Palestra Itália de Paula Masiero, Um Dois Três de Oliveira Quatro, Olindo Barba de Jesus, João Cólica, Antônio Dodói, Crepúsculo dos Deuses Rodrigues, Antonio Manso Pacífico de Oliveira Sossegado, Céu Azul do Sol Poente”. A lista continua com os seguintes nomes: “Joaquim Pinto Molhadinho, Neide Navinda Navolta Pereira, Antonio Carnaval Quaresma, Antonio Noites e Dias, Odete Destemida Correta, Himeneu Casamentício das Dores Conjugais, José Casou de Calças Curtas e Raimundo Raio da Estrada de Ferro Brasileira” (MENDES, 2009, *online*).

Roboaldo (2019, *online*) em seu artigo: Mudança de nome: algumas considerações, apresenta exemplos nomes vexatórios que expõe seu portador ao ridículo: "Rolando Pinto", "Jacinto Pinto", "Jacinto Leite Aquino Rêgo" “Anônimo”. Outro artigo interessante acerca do tema, foi escrito por Paulo Sérgio onde se exemplifica alguns nomes exóticos e que causam constrangimento a seus portadores: “Um, Dois, Três de Oliveira Quatro, José Casou de Calças Curtas, Monoel da Hora Pontual. Simplício Simplósio da Simplicidade Simples, Jesus Cristo

Segundo, Maria Virgem Mãe de Deus, Padre Filho Espírito Santo Amém”. (CASSIANO, 2009, *online*).

Há casos de nomes esquisitos, vergonhosos e ridículos imporem constrangimento a seus titulares, e isto ocorrer em mais de um membro da família. Mendes, traz como por exemplo: “os irmãos paraenses Prólogo, Capítulo, Errata e Epílogo de Campos; os irmãos gaúchos Rubi, Esmeralda, Safira e Turquesa” e ainda os “irmãos baianos da família de óperas: Traviata e Trovador”. (MENDES, 2009, *online*).

2.1.2 Inclusão de Apelido Público Notório ao Nome

A finalidade em acrescentar o apelido, pelo qual a pessoa é conhecida, é possibilitar a adoção de um prenome de uso, ou seja, aquele apelido público e notório, que a pessoa já é conhecida por ele, na sociedade ou no meio em que ela convive, e que tal apelido naturalmente seja colocado, sobrepondo o nome que está registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Está descrito no final do art. 58 da LRP “o prenome será definitivo, admitindo-se a substituição por apelido público notório”, como aconteceu com o ex-presidente que incluiu o apelido Lula, passando a se chamar Luiz Inácio Lula da Silva. E também aconteceu

com a apresentadora de programa de televisão, que incluiu em seu nome o apelido Xuxa, passando a se chamar Maria da Graça Xuxa Meneghel. E ainda com o ex-jogador de futebol Pelé, que passou a se chamar Edson Arantes Pelé do Nascimento. (CASSIANO, 2009, *online*).

É importante ressaltar que, para obter o direito de alteração de inclusão de apelido no registro, não precisa necessariamente ser uma pessoa famosa ou bem conhecida na mídia, isto é, a norma não é privilégio das celebridades. Há jurisprudência no seguinte sentido: “o uso de um nome por longo tempo, sem dolo e com notoriedade, outorga ao seu portador, independentemente de sua posição social, o direito de obter a retificação do registro civil” (JTJ-Lex 240/125, Rel. Ênio Santarelli Zuliani).

2.1.3 Erro Gráfico Evidente

As pessoas têm o direito ter seus nomes grafados e pronunciados corretamente, e esta providência tem aparo na jurisprudência brasileira. É comum pessoas receberem nomes com pronúncia incorreta, colocação inadequada ou ausência de acento gráfico. Entre os casos de evidente erro gráfico pesquisados, temos: “Gelson”, “Silvo”, “Frávio”, “Ederson”, etc., quando na verdade se pretendia dizer:

Gerson, Sílvio, Flávio e Edécio. (ROMOALDO, 2019, *online*).

Para estes eventos, vejamos a letra da Lei no art. 110 da LRP:

“Art. 110. A correção de erros de grafia poderá ser processada no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas”.

A jurisprudência é no seguinte sentido:

Vigora no ordenamento jurídico a regra da imutabilidade do nome civil, cuja alteração somente mostra-se possível em situações excepcionais e quando houver comprovação de erro na grafia ou de prejuízo para a parte. (APL 08032184720158120008 MS, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 24/02/2016). (BRASIL. QUARTA TURMA STJ. Publicado DJe 01/03/2016).

2.1.4 Alteração Após a Maioridade Civil

O art. 56 Lei nº 6.015/73, preleciona que:

“Art. 56 O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”.

Sob pena de decadência quando se atingir maioria, conforme lição de Ceneviva: “o interessado pode requerer a mudança pessoalmente ou por procurador. Agirá no primeiro ano após ter adquirido a maioria civil, isto é, no decurso de seu décimo nono ano de existência, a terminar na véspera da data em que o complete”. É opção voluntária, pois o texto legal menciona “poderá”. (CENEVIVA, 2010, P. 197).

2.2 Outras Possibilidades de Alteração do Nome

Para uma completa e detalhada compreensão do tema, será analisado neste tópico, especificamente, as situações que admitem alteração do nome e que não se encontram previstas na LRP, e sim no Código Civil, na doutrina e jurisprudência. Tendo como exemplo: as Alterações quanto ao Estado Civil da Pessoa, como casamento, divórcio, separação e união estável; Inclusão no Programa de Proteção à vítimas e testemunhas de crime; Homonímia; Adoção; Nome estrangeiro e nas hipóteses de mudança de sexo.

2.2.1 Alterações Quanto ao Estado Civil da Pessoa

Com relação a alteração do nome em virtude do casamento, o Código Civil em seu art. 1565, § 1º estabelece aos nubentes a possibilidade de acrescentar ao sobrenome do outro. No caso de divórcio, o cônjuge se desejar poderá retirar o sobrenome do outro que lhe foi acrescentado. Entretanto poderá não haver alteração do nome se o cônjuge se tornou conhecido pelo nome de casado em sua carreira profissional e a alteração do nome significar para o consorte algum tipo de prejuízo, e mesmo se este contrair novo matrimônio, continuará usando o sobrenome do casamento anterior, como fizeram Luiza Brunet, Monique Evans e Lucinha Lins⁴⁶.

Nas hipóteses de separação, o art. 1.578 do Código Civil, prevê que o cônjuge culpado quando da separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente se a alteração não acarretar: evidente prejuízo a sua identificação, distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida e dano grave reconhecido na decisão judicial.

Havendo União Estável comprovada, a LRP em seu art. 57, § 2º permite, desde que haja impedimento legal

⁴⁶ R7. TV e Entretenimento. De Pugliesi a Luiza Brunet. Veja famosas que usam os sobrenomes dos ex-maridos mesmo após a separação. Publicado em 23 de junho de 2016. Disponível em: <https://diversao.r7.com/tv>. Acesso em: 20 abr 2019.

para o casamento, acrescer ao nome do interessado, o patronímico de seu companheiro.

2.2.2 Inclusão no Programa de Proteção à Vítimas e Testemunhas

Às vítimas, seus familiares e testemunhas que colaboram com investigações policiais ou processo criminal, poderão ter seus nomes completamente alterados por determinação judicial, conforme arts. 2º e 9º da Lei nº 9.807/99. A alteração do nome também poderá ser em razão de coação ou ameaças que decorram da colaboração na apuração de crime, segundo art. 58 da LRP. É uma maneira de se proteger as vítimas e testemunhas de crime e faz parte dos Programa Especial de Proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas. Para tanto é necessário que o interessado peça a alteração de seu nome, ao juiz da ação, e posteriormente leve ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.

É importante ressaltar que, excepcionalmente neste caso, uma vez cessada a ameaça ou coação, é possível retornar ao nome original da pessoa. Outra diferença fundamental é que as outras iniciativas de alteração do nome atendem aos interesses particular das pessoas e quando se trata de se proteger as vítimas e

testemunhas de crime e faz parte dos Programa Especial de Proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas, a iniciativa da troca de nome daquele que está protegido o interesse é público.

O art. 3º e 9º da Lei nº 9.807/99 prevê a possibilidade de alteração do nome ser estendido aos familiares, como cônjuge, companheiros, ascendentes, descendentes e dependentes que convivam com a vítima ou com a testemunha.

2.2.3 Homonímia

A homonímia acontece quando duas pessoas possuem prenomes e sobrenomes idênticos. É uma situação difícil de ser evitada. Nomes como Maria Aparecida da Silva, José Antônio da Silva, José Carlos de Oliveira, José Carlos da Silva, João Antônio dos Santos entre outros, são comuns, na mesma região, como por exemplo, inscrição dos nomes nos cadastros de proteção ao crédito, certidões de distribuição judicial/criminal, onde inocentes são detidos e outras situações que causam aborrecimentos e constrangimentos indevidos. E para resolver a situação, em regra um deles acrescenta outro prenome, sobrenome ou apelido. (MENDES, 2009, *online*).

2.2.4 Adoção

O Código Civil em seu artigo 1.609, ao tratar do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento e a Lei nº 8.560/92, que trata investigação de paternidade, estabelecem a possibilidade da alteração do nome civil, diante da declaração de reconhecimento feita pelo pai. A Lei nº 11.924 (Lei Clodovil Hernandes), alterou o art. 57 da LRP que passou a permitir que o enteado adquira o sobrenome do padrasto ou da madrasta. Outra possibilidade prevista, está nos casos de adoção, o art. 47 § 5º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança do Adolescente), onde serão incluídos os nomes dos adotantes e dos novos avós. Para Walter Ceneviva “Com a adoção, o menor passa a ter a condição de filho do adotante, em vínculo que não pode ser dissolvido e gera rompimento integral com os passados registros da criança”. (CENEVIVA, 2010, p. 2011).

2.2.5 Nome Estrangeiro

Os estrangeiros, podem passar por situações constrangedoras, ao terem seus nomes pronunciados ou escritos na língua portuguesa. E para evitar deboches ou

chacotas é possível sua alteração, autorizada pelo Ministro da Justiça, com base no Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815/90. Entretanto, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro em seu art. 7º estabelece que: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família” (BRASIL, 2002). Assim sendo, o estrangeiro domiciliado no Brasil, no que tange a seu nome, seguirá a lei brasileira. (ARAÚJO, 2017, *online*).

2.2.6 Mudança de Sexo

O Transexual é o indivíduo que odeia o sexo, por anatomia, que possui. Ele possui um sexo psicológico que conflita com a natureza de seu sexo somático, e garante que pertence ao sexo oposto. Segundo o Provimento nº 73 de 28/06/2018, toda pessoa maior de 18 anos completos, habilitada à prática de todos os atos da vida civil, poderá requerer junto ao Registro Civil das Pessoas Naturais onde foi lavrado seu assento, a alteração e a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida. O requerente fará um requerimento com sua pretensão, indicando ao registrador sua vontade de

proceder a adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos.

O pedido é feito diretamente no RCPN com base na autonomia da pessoa requerente, e independe de prévia autorização judicial ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como de laudo médico ou psicológico. É a justiça brasileira evoluindo junto com a sociedade, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo direitos e acima de tudo construindo uma sociedade justa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do que foi explorado nesta pesquisa, concluímos que direito ao nome constitui um direito da personalidade. O nome individualiza as pessoas na convivência em sociedade, e a regra predominante no direito pátrio é a da imutabilidade, em que a pessoa mantém o nome que está em seu registro por toda a sua vida, entretanto, em hipóteses particulares e justificadas, é possível alterar o nome civil da pessoa natural. E somente o magistrado, após o parecer do Ministério Público poderá determinar tal alteração.

Ficou evidente na pesquisa que, a triste realidade cultural, o analfabetismo aliado ao mau gosto e insensibilidade dos pais levaram o registro nomes ridículos e outros que foram grafados errados, sendo possível serem alterados. É possível também alteração do nome da pessoa natural nos seguintes casos: pessoa conhecida por nome diverso do assentado em seu registro, após a maioridade civil, estrangeiro, adoção, homonímia, programa de proteção a vítima e testemunha criminal e mudança de sexo.

A autora entende que a legislação e a jurisprudência brasileiras, se esforçam para acompanhar a mudança da sociedade, e tornar menos rígida a possibilidade de alteração nominal, com isso garantem proteção e amparo às pessoas e sua boa convivência social, tendo em vista que a necessidade de se alterar o nome significa um alívio essencial para que se promova e reproduza um retrato fiel da verdade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO. Felipe. Pseudônimo. In: **ELIB. TIPS**. Janeiro de 2009. Fontes: <http://revistaescola.abril.com.br/ensino-medio/estudo-heteronimos-fernando-pessoa-573739.shtml>
<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/critica/ult569u468.shtml> <http://aulete.uol.com.br/pseud%C3%B4nimo>.

Disponível em: <https://elib.tips/pseudonimo.html>. Acesso em: 20 abr 2019.

ARAÚJO, Stéphanie Almeida. Aspectos e natureza jurídica do nome civil. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 13 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589471&seo=1>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Palácio do Planalto**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, Lei n° 10.406/02. Código Civil. In: **Palácio do Planalto**, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, Lei n° 6.015/73. In: **Palácio do Planalto**. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, Lei n° 6.815/90. In: **Palácio do Planalto**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/111924.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, Lei n° 8.069/90. In: **Palácio do Planalto**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, Lei n° 9.807/99. In: **Palácio do Planalto**. 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm.

Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, Lei nº 11.924/09. In: **Palácio do Planalto**. 1990.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/11924.htm)

[2010/2009/lei/11924.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/11924.htm). Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL, Quarta Turma do **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial n. 1138103/PR,

Relator: SALOMÃO, Felipe. Julgado em 06/09/2011.

Publicado em DJe 29/09/2011. Disponível em:

[http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079374/recurso-](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079374/recurso-especial-resp-1138103-pr-2006-0195862-8-stj)

[-especial-resp-1138103-pr-2006-0195862-8-stj](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079374/recurso-especial-resp-1138103-pr-2006-0195862-8-stj). Acesso

em: 20 abr 2019.

BRASIL, Quarta Turma **Superior Tribunal de Justiça**.

Apelação 08032184720158120008 MS, Des. DUARTE, Claudionor Miguel Abs. Julgado em 24/02/2016.

Publicado em 01/03/2016. Disponível em: [http://tj-](http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310568482/apelacao-apl-8032184720158120008-ms-0803218-4720158120008)

[ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310568482/apelacao-](http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310568482/apelacao-apl-8032184720158120008-ms-0803218-4720158120008)

[apl-8032184720158120008-ms-0803218-4720158120008](http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310568482/apelacao-apl-8032184720158120008-ms-0803218-4720158120008). Acesso em: 20 abr 2019.

CASSIANO, Paulo Sérgio. A retificação do nome da pessoa natural. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 7,

no 512. Publicado em 05 abril de 2009. Disponível em:

<[https://www.boletimjuridico.com.br/](https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1992/a-retificacao-nome-pessoa-natural)

[doutrina/artigo/1992/a-retificacao-nome-pessoa-natural](https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/1992/a-retificacao-nome-pessoa-natural)>

Acesso em: 22 abr 2019.

CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros**

Públicos Comentada. 18. ed. rev. e atual. São Paulo:

Saraiva, 2008.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos**

Comentada. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 192.

De Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. Ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena; **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: Curso Completo**. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

G1. Apelidos de políticos na Odebrecht: quem é quem. Política. Operação LavaJato. 16/04/2017 13:54. Fonte: Delação da Odebrecht. Veja os apelidos dados a políticos nas planilhas de doações da Odebrecht. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/apelidos-de-politicos-na-odebrecht-quem-e-quem.ghtml>. Acesso em: 17 abril 2019.

LASNOR, Roberta Crystine de Almeida. Direito da personalidade: possibilidade de alteração do nome civil dos transexuais à luz da dignidade da pessoa humana. In: **Saber Digital**, [S.l.], v. 9, n. 01, p. 14-38, nov. 2017. ISSN

1982-8373. Disponível em:
<<http://revistas.faa.edu.br/index.php/SaberDigital/article/view/378>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

NADER, Paulo; **Curso de Direito Civil Parte Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Clóvis. O nome civil da pessoa natural. Direito da personalidade e hipóteses de retificação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2178, 18 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13015>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Mudança de nome: algumas considerações**. 7 fevereiro de 2019 09:35:40 GMT. Disponível em:
<http://unesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170725105420.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019.

R7. TV e Entretenimento. De Pugliesi a Luiza Brunet. Veja famosas que usam os sobrenomes dos ex-maridos mesmo após a separação. Publicado em 23 de junho de 2016. Disponível em: <https://diversao.r7.com/tv>. Acesso em: 20 abr 2019.

SANTOS. Iolanda Fátima. **Direito Fundamental Personalíssimo: O Nome**. In: Ligeri e Santos Advogados. Outubro 14, 2012. Disponível em:
<http://ligeroesantosadvogados.com.br/artigos-e-not%C3%ADcias/direito-fundamental-personal%C3%ADssimo-o-nome>. Acesso em: 22 abr 2019.

SECCO, Henrique de Melo. Breves comentários acerca do direito ao nome como decorrência lógica do direito da personalidade e suas possíveis mutações. In: **Conteúdo**

Jurídico, Brasília-DF: 14 ago. 2014. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49429&seo=1>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. v .1. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA NO TRÂNSITO E A NECESSIDADE DE EDUCAÇÃO DOS AGENTES ENVOLVIDOS PARA A EFETIVIDADE DESTES DIREITOS

*Fernando Antônio de Souza Dias
Rogério de Oliveira Borges*

RESUMO.

O objetivo do presente artigo é demonstrar o reconhecimento pelo direito brasileiro da natureza de direito fundamental ao trânsito seguro do cidadão, bem como da necessidade e adequação da educação para o trânsito como forma de assegurar a efetividade desse direito fundamental.

Para atingir-se tal objetivo, visitamos algumas doutrinas, experiências e artigos de escritores pertinentes às matérias aqui tratadas, restando demonstrado que realmente o direito e a jurisprudência brasileira concretizam o direito ao trânsito seguro como fundamental, bem como indicam a necessidade de se conscientizar o cidadão e agentes de trânsito envolvidos através de iniciativas educacionais para a efetividade plena daquele direito.

ABSTRACT.

The goal of this article is to demonstrate the recognition by the Brazilian law of nature of fundamental right to safe transit of citizens, as well as the necessity and appropriateness of education for transit as a way to ensure the effectiveness of that right essential.

To achieve this goal, we visited some doctrines, experiences and relevant writers to the matters treated here, and demonstrated that really the right and the brazilian jurisprudence achieved the right to secure transit as fundamental, as well as indicate the need to educate the

public and transit agents involved through educational initiatives for the full effectiveness of that right.

Palavras-chave: Direito fundamental, Segurança no trânsito, Educação, Efetividade.

Keywords: fundamental right, traffic safety, education, effectiveness.

I – INTRODUÇÃO.

Corolário do direito à vida, da dignidade humana, e à segurança, constitucionalmente garantidos, o trânsito em condições seguras prefigura, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro -, direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, aos quais compete a adoção das medidas necessárias à garantia desse direito.

A doutrina e a jurisprudência nacionais, fazendo uma interpretação sistemática de vários dispositivos constitucionais, têm imprimido caráter de direito fundamental ao direito à segurança no trânsito.

Dissertando sobre a natureza desse direito, expõe HONORATO (2011):

A utilização das vias terrestres envolve uma série de direitos fundamentais, em que se destacam a vida, a integridade física, a propriedade, bem como a

Liberdade de Circulação. Para assegurar o uso social dessas vias (no sentido de "tornar útil" e "empregar com utilidade" o espaço coletivo), bem como conferir segurança aos direitos fundamentais que ficam expostos a perigo de dano no exercício dessa atividade, surge o Trânsito Seguro como instrumento de defesa desses direitos e liberdades .

A lei procura proteger o direito à segurança no trânsito criando normas para a efetividade desta proteção. Tamanha é a relevância do "direito ao trânsito seguro" que os danos a seu exercício são coibidos mediante responsabilização objetiva, independentemente da presença do elemento culpa.

Eis a redação do art. 1º, § 3º, do Código de Trânsito:

Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

Considerando-se que os serviços destinados à garantia do trânsito seguro revestem-se de caráter

público, lícito dizer que o dispositivo acima transcrito representa um desdobramento da responsabilidade objetiva do poder público, consagrada no Art. 37, § 6º, da CF.

Por outro lado, a efetividade do direito fundamental a segurança no trânsito necessita não só de dispositivos legais que o protejam, mas também de educação dos atores envolvidos na realização desse direito, para que o compreendam e propiciem seu exercício livre de amarras e obstáculos.

RODRIGUES (2018) falando sobre a necessária educação dos atores do trânsito, expõe:

Com a evolução da sociedade, impõem-se aos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito (SNT), novos desafios em busca por soluções inovadoras e ousadas e adequadas aos dias atuais, ainda mais quando se trata de educação para o trânsito. A educação para o trânsito tem sido um tema muito discutido por professores na disciplina que envolve o assunto, operadores do direito e profissionais das áreas da educação, trânsito e segurança pública. O Capítulo VI, do Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, disciplina a educação para o trânsito e, em

seu artigo 76, descreve que a educação relacionada ao trânsito deve ser promovida desde a pré-escola até o ensino médio, com planejamento e coordenação a serem desempenhadas pelos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito e de Educação, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas suas respectivas áreas de atuação. (BRASIL, 1997).

Portanto, o presente artigo busca apresentar o direito à segurança no trânsito como direito fundamental reconhecido pelo Direito Brasileiro bem como a necessidade de educar os atores do trânsito para a efetividade deste direito.

II – DESENVOLVIMENTO

1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SEGURANÇA NO TRÂNSITO

FRANZ e SEBERINO (2012), dissertando sobre a origem e evolução do fenômeno ‘trânsito’, expõe:

2.1 O TRÂNSITO. Pelos dicionários o significado de trânsito é o movimento de veículos e de pedestres considerado em seu conjunto, corresponde a qualquer movimento ou deslocamento de pessoas, animais ou veículos de um lugar para outro. Conforme o art. 1º, § 1º do Código

de Trânsito Brasileiro (CTB, 2009, p.21) “Considera-se como trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos, animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”. Ainda no CTB (p. 184) o termo trânsito recebe a definição: movimentação e imobilização de veículos, pessoas e animais nas vias terrestres. Analisando as definições estabelecidas pelo Código de Trânsito Brasileiro, trânsito é tudo aquilo que se movimenta, se locomove de alguma forma, através de veículos, animais, também aquele que se movimenta isolado ou em grupo. A movimentação constitui o trânsito independente do local em que está. Podemos dizer que para tudo utilizamos o trânsito, até mesmo para pedir um produto para entregar em casa, ele veio através do trânsito para suprir a nossa necessidade.

2.4 HISTÓRIA DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO NO BRASIL Em 27 de Outubro de 1910, treze anos após a chegada do primeiro carro ao Brasil, foi publicado o Decreto nº8.324 que aprovou o regulamento para o serviço subvencionado de transportes por automóveis, conforme texto original

BRASIL, Departamento Nacional de Trânsito, 2010 em seus artigos 21, 22 e 23, dentre outras prescrições estabelecia: Art. 21. O motorneiro deve estar constantemente senhor da velocidade de seu veículo, devendo diminuir a marcha ou mesmo pará o movimento, todas as vezes que o automóvel possa ser causa de acidentes. A velocidade deverá ser reduzida o mais possível nos pontos da estrada, onde, por qualquer obstáculos, não se possa estender á distancia o raio visual, ou quando atravessar caminhos ou ruas de povoados. Art. 22. A velocidade comercial mínima para o transporte de mercadorias será se 6 kilometros por hora e a do transporte de viajantes, de 12 kilometros, devendo os automóveis empregados satisfazer a essas condições de serviços. Art. 23. A aproximação dos automóveis deverá ser anunciada á distancia por uma buzina ou trompa. 18 Posteriormente surgiu o Decreto Legislativo nº 4.460 de 11 de Janeiro de 1922 que fez referência à construção de estradas, proibiu a circulação dos chamados carros de boi, cuidou da carga e largura máxima dos veículos, além de usar pela primeira vez, a expressão mata-burros, que significava uma ponte

destinada a impedir a passagem de animais sem embarçar o tráfego de automóveis. Durante a gestão do Presidente Washington Luiz, caracterizada pelo grande incentivo à construção de estradas, criou-se o Decreto Legislativo nº 5.141 de 05 de Janeiro de 1927, o qual mencionou pela primeira vez os autocaminhões e criou o Fundo Especial para a Construção e Conservação de estradas de rodagem federais. O Decreto nº 18.223 de 24 de Julho de 1928 composto de 93 artigos, aprovou a circulação internacional de automóveis no território brasileiro, trazendo inovações referentes à sinalização, à segurança do trânsito e à forma de atuação da polícia na estrada. Em 17 de Dezembro de 1929 o Decreto nº 10.038 foi promulgada a convenção internacional à circulação de automóveis, firmada em 24 de abril de 1926 em Paris. O primeiro Código Nacional de Trânsito foi instituído pelo Decreto Lei nº 2.994 em 28 de Janeiro de 1941, mas teve pouca duração, apenas oito meses depois foi revogado pelo Decreto Lei nº 3.651 de 25 de Setembro de 1941 que deu nova redação criando o CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito) subordinado ao Ministério da

Justiça, e os CRT (Conselhos Regionais de Trânsito) nas capitais dos Estados. A Lei nº 5.108 de 21 de Setembro de 1966 promulgou o segundo código nacional de trânsito composto de 131 artigos. Essa lei vigorou por 31 anos até a aprovação do atual CTB (Código de Trânsito Brasileiro), Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997, mas entrou em vigor em 22 de Janeiro de 1998. O novo e atual Código de Trânsito Brasileiro trouxe muitas inovações, é composta de leis, decretos e resoluções respeitando a abrangência na posição hierárquica das leis. As leis estabelecem as normas em caráter geral, os decretos regulamentam, detalham e disciplinam a aplicação das leis. As resoluções editadas através do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) estabelecem normas detalhadas nas leis. A legislação que regulamenta o trânsito no Brasil é composta de: • Constituição Federal; • Código de Trânsito Brasileiro (CTB); • Convenção de Viena; • Acordo do Mercosul; • Resoluções e Deliberações do Contran; 19 • Portarias do Denatran; • Leis, Decretos e Portarias Estaduais; • Leis, Decretos e Portarias Municipais;

2 – A NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL AO TRÂNSITO SEGURO

Pelo lado do reconhecimento do direito à segurança no trânsito como direito fundamental, conforme acima exposto no item I, Introdução, temos:

A doutrina e a jurisprudência nacionais, fazendo uma interpretação sistemática de vários dispositivos constitucionais, têm imprimido caráter de direito fundamental ao direito à segurança no trânsito. Dissertando sobre a natureza desse direito, expõe HONORATO (2011): A utilização das vias terrestres envolve uma série de direitos fundamentais, em que se destacam a vida, a integridade física, a propriedade, bem como a Liberdade de Circulação. Para assegurar o uso social dessas vias (no sentido de "tornar útil" e "empregar com utilidade" o espaço coletivo), bem como conferir segurança aos direitos fundamentais que ficam expostos a perigo de dano no exercício dessa atividade, surge o Trânsito Seguro como instrumento de defesa desses direitos e liberdades .

Ainda quanto à segurança no trânsito como direito fundamental, expõe Arnaldo Rizzardo (2003 p. 29, *apud* LIMA, 2014) que o direito à segurança no trânsito é fundamental:

Tão importante tornou-se o trânsito para a vida nacional que passou a ser instituído um novo direito – ou seja, a garantia de um trânsito seguro. Dentre os direitos fundamentais, que dizem com a própria vida, como a cidadania, a soberania, a saúde, a liberdade, a moradia e tantos outros, proclamados no art. 5º da Constituição Federal, está o direito ao trânsito seguro, regular organizado, planejado, não apenas no pertinente à defesa da vida e da incolumidade física, mas também relativamente à regularidade do próprio tráfego, de modo a facilitar a condução dos veículos e a locomoção das pessoas.

Segundo LIMA (2014):

esse direito é espécie do gênero direito à segurança e foi positivado por nosso legislador que, objetivando a redução da violência verificada no trânsito brasileiro, atribuiu aos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito o dever de adotar as medidas indispensáveis à sua concretização.

Segundo SANTOS (2008, *apud* LIMA, 2014):

Com isso, o legislador de trânsito, na busca de soluções para a violência e as crescentes perdas no trânsito, especificou

esse direito fundamental de segurança, com o surgimento do direito fundamental de todos a um trânsito em condições seguras (trânsito seguro), como uma espécie do gênero advindo da norma constitucional e para concretizar o conteúdo do direito humano fundamental genérico (segurança) nas relações do trânsito.

Dessa forma, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 1º, § 2º, erigiu o direito fundamental à um trânsito seguro, ou seja, que o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito. (SANTOS, 2008, p. 07)”.’

Nei Pires Mitidiero (2005, p. 52, *apud* LIMA, 2014), em comentário ao Código de Trânsito Brasileiro, dispõe:

Esse regramento, então, nasceu da imprescindibilidade de que o trânsito fosse seguro à sociedade, fluido, cômodo, confortável e de que preservasse o meio ambiente, exurgindo, daí, um cartel de princípios informadores do trânsito. Eilos: o da preservação da segurança do trânsito, o da garantia da sua fluidez, o da

comodidade e confortabilidade do trânsito, o da defesa e proteção ambiental, o do respeito à corrente de trânsito, o da confiança mútua ou recíproca, o da sinalização, o da direção defensiva e o da maior vulnerabilidade, esses os principais e mais atuantes.”

Ainda Mitidiero (2005, p. 52, *apud* LIMA, 2014):

Aventou-se, na norma, ao Sistema Nacional de Trânsito, enfatizando o seu primaz desvelo, o de propiciar um trânsito seguro ao cidadão. Ademais, proclama o art. 6º, *infra*, o Sistema deve estabelecer as diretrizes da Política Nacional de Trânsito e, nesse intento, adotar e executar medidas que visem a um trânsito seguro, de ideal fluidez, cômodo e confortável, que preserve o meio ambiente. Objetiva, por igual, estabelecer metas educativas para o trânsito, o que pode ser traduzido, ao fim, como formas de torná-lo seguro.

3 – A NECESSIDADE DE EDUCAÇÃO DOS ATORES DO TRÂNSITO PARA POSSIBILITAR A EFETIVIDADE DO DIREITO AO TRÂNSITO SEGURO.

Por óbvio, a educação dos atores participantes do trânsito os levam à uma circulação mais segura e eficiente,

uma vez que quando assumem um veículo, ou mesmo quando transitam a pé, sua educação prévia lhes proporciona e aos outros circulantes, uma segurança no trânsito muito diferenciada e efetiva daqueles que não se educaram adequadamente.

Segundo RODRIGUES (2018):

Com a evolução da sociedade, impõem-se aos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito (SNT), novos desafios em busca por soluções inovadoras e ousadas e adequadas aos dias atuais, ainda mais quando se trata de educação para o trânsito. A educação para o trânsito tem sido um tema muito discutido por professores na disciplina que envolve o assunto, operadores do direito e profissionais das áreas da educação, trânsito e segurança pública. O Capítulo VI, do Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, disciplina a educação para o trânsito e, em seu artigo 76, descreve que a educação relacionada ao trânsito deve ser promovida desde a pré-escola até o ensino médio, com planejamento e coordenação a serem desempenhadas pelos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito e de Educação, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas

suas respectivas áreas de atuação. (BRASIL, 1997). Aprender sobre as leis de trânsito desde cedo, pode fazer uma grande diferença aos futuros condutores. Nessa seara, é preciso uniformizar as ações voltadas à educação para o trânsito, a fim de concretizar as relações sociais, as interações entre os mais diversos componentes do trânsito, bem como o comportamento de seus usuários de modo a evitar que ocorram principalmente os acidentes de trânsito, que são responsáveis por diversas fatalidades. Nesse sentido é imperioso repensar a forma que é desenvolvida essa temática por parte dos órgãos e entidades do SNT, pois é necessário conhecer o ordenamento afeto ao trânsito, o exercício da cidadania, o respeito aos usuários das vias terrestres. Tais situações só podem ser alcançadas e desenvolvidas através da educação.

Por seu lado, BONFIM, OLIVEIRA, PILOTOWSKI, ROSA, SANTOS, SILVA (2016), expõem:

Dentre os diversos problemas vivenciados pelos indivíduos e que afetam seu convívio em sociedade, encontra-se os problemas relacionados ao trânsito. Por estar diretamente relacionado com o dia-a-

dia das pessoas, como um meio delas encurtarem a distância, ganhar tempo e se relacionarem. Tornando assim um problema social, pois nossa sociedade convive com um trânsito onde não há o respeito mútuo, onde as pessoas se agridem diariamente verbalmente e fisicamente, um trânsito que por irresponsabilidades cometidas provocam a morte de inocentes todo ano. É importante ressaltar também que além do trânsito causar a morte de milhares de vítimas todo ano, gera um custo alto aos cofres públicos, como pode se notar: Pesquisa realizada pelo IPEA entre os anos de 2001 e 2003 estimou os custos dos acidentes de trânsito em aglomerações urbanas e concluiu por perdas anuais da ordem de R\$ 5,3 bilhões de reais. Esse mesmo instituto, em 2006, demonstrou que os impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras são bastante significativos, estimados em 24,6 bilhões de reais; custos estes devidos principalmente aos custos com cuidados em saúde, à perda de produção, relativo à morte das pessoas ou interrupção de suas atividades, seguido dos custos associados aos veículos. Afora os custos diretos, há vários outros custos

indiretos, muitas vezes invisíveis, de impactos imensuráveis, que acabam promovendo uma desestruturação familiar e pessoal. (BRASIL, 2007, p.32). Outro fato que afeta as péssima o transito são as condições precárias das rodovias, dos 1.751.862 km de estradas apenas 12% são pavimentadas, todos esses fatores associados às péssimas condições de qualidade de vida, que nossa sociedade capitalista nos impõe como a falta de tempo, o stress do dia-a-dia associado às péssimas condições de transitar nas ruas e estradas vem causando grandes problemas a nossa sociedade. Muitos dos problemas enfrentados destacam-se os acidentes de trânsito com vítimas na maioria das vezes fatais e são tanto pedestres quanto condutores de 4 veículos, e que disponho a relatar minha vivência relacionada aos acidentes de trânsitos, pois trabalho em uma empresa de mecânica de motos, na qual recebemos por ano inúmeras motocicletas envolvidas em acidentes de trânsito causando vítimas fatais, tendo esse fato me causando curiosidade do porque de tantos acidentes? Quem são os culpados? Quem são as vítimas? E quais ações podem ser realizadas para poder evitar esse problema de razão social. O

trânsito se configura como toda e qualquer ação de se locomover por vias sendo assim uma necessidade do ser humano, nos tornando assim usuários do trânsito. Portanto, podemos definir o trânsito um local onde as pessoas se relacionam que por sua vez é regido por normas e regras comportamentais, princípios éticos e morais.... Sendo assim surge a necessidade de se pensar sobre esse modo de nos relacionarmos com e no trânsito, onde a escola um dos principais agente educadores, poderia estar contribuindo juntamente com os órgãos governamentais para uma melhoria neste convívio social tão importante em nossa sociedade. Para Niskier (2001), a escola é considerada como agência educativa, no sentido que ela coloca em ação os principais meios para que sejam atingidos os parâmetros considerados ideais pela sociedade. E a escola ainda reproduz os modelos, as normas, as ideias da sociedade e da humanidade em geral. A escola, portanto não se limita um espaço onde o professor apenas transmite conhecimento, mas um local de aprendizagem, onde se desenvolve valores éticos e atitudes e se constrói conhecimentos, é o que nos afirma: Martins (2007, p.33), "a educação

se processa por meio de razões e motivos. Um motivo é o efeito da descoberta de um valor. Há, pois uma estreita relação entre motivos e valores e entre valores e educação”. Assim sendo, a escola desempenha um papel fundamental no processo de formação de cidadãos aptos para viverem em uma sociedade. E nesse contexto 5 entendemos a educação para o trânsito.

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Relativamente ao reconhecimento pelo Direito Brasileiro da natureza de direito fundamental ao trânsito seguro do cidadão, não há qualquer dúvida, já que tanto os Tribunais, quanto a Doutrina e a própria legislação de trânsito, deixam incontestes tal natureza jurídica.

Quanto à necessidade de se educar os atores do trânsito para a concretização desse direito, também resta incontestes, conforme, aliás, exposto por BONFIM, OLIVEIRA, PILOTOWSKI, ROSA, SANTOS, SILVA (2016):

Ao circular as pessoas estabelecem relações sociais e que compartilhem este espaço com consciência respeitando os sinais de trânsito e ter consciência no uso

de equipamentos de segurança no trânsito, valorizando sua própria vida e de outras. Acredita-se que trabalhar a parte emotiva nas aulas é fundamental, pois o trânsito envolve muito o foco de nervosismo e stress numa sociedade onde as informações são instantâneas e às vezes a morosidade do trânsito pode causar esse impacto negativo aos motoristas e também aos pedestres. O trânsito brasileiro assim como de outros países constitui-se em temas variados que permitem um trabalho envolvendo a interdisciplinaridade e outras várias possibilidades didáticas a serem exploradas. O que pode contribuir para melhor compreensão tanto de nosso cotidiano como de outros a nível local, regional, nacional também internacional como incentivo a discussões sociais, políticas, antropológicas etc A escola sendo um espaço plural para a aquisição de saberes está em constante transformação de colocar não somente os alunos, mas também todos os atores sociais envolvidos nela para o cumprimento de normas, formando os alunos na perspectiva da cidadania, com valores de justiça, respeito ao próximo e solidariedade principalmente na prestação de socorro quando de acidentes

provocados por eles. A escola precisa trabalhar o lado humanístico e sensível dos alunos, para que haja o menos possível de absurdos em nossa sociedade, ao promover a conscientização dos alunos desde pequenos, com informações sobre legislações além de reforçar os princípios e valores que fazem parte da convivência cidadã possibilita a construção da cidadania plena e consciente. As políticas de Educação para o Trânsito inserido no contexto escolar e nas ações curriculares vêm transformando o assunto numa questão urgente de forma que as escolas atualmente tratam a temática com projetos desenvolvidos tanto semanalmente quanto semestralmente. Contudo diariamente presenciamos estatísticas de morte em decorrências muitas vezes do caráter emocional do stress, nervosismo e até mesmo da competitividade no trânsito. A escola dentro de sua perspectiva pode e deve a vir ao fomentar um currículo mais interdisciplinar para tornar o trânsito mais humano buscando ainda motivação dentro da escola junto aos seus atores de forma a mostrar a importância do trânsito seguro e consciente desde a alfabetização e do Ensino Fundamental e Médio e em toda a dimensão do ser humano de forma a

trabalhar e resgatar questões éticas, de respeito, de cidadania que são dispositivos básicos e primordiais dentro de s de uma instituição social tão importante como a escola, buscando assim que os atores escolares reflitam os resultados positivos dos projetos em tono do transito além de muros escolares.

IV – REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação.

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Legislação.

BONFIM Lilian Meire Leite Vieira, OLIVEIRA Adriele Alves, POLITOWSKI Nágila Daiane, ROSA Flávia Moraes, SANTOS Roberta Pegorari Bonfim dos, SILVA Elias do Nascimento. Disponível em https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigo_5_0.pdf. Acesso em 20/01/2019.

FRANZ Cristine Maria, SEBERINO José Roberto Vieira. A História do Trânsito e sua Evolução, Monografia apresentada ao Curso de PósGraduação Lato Sensu. Disponível em http://www.transitobr.com.br/downloads/a_historia_do_transito_e_sua_evolucao.pdf. Acesso em 19/01/2019.

HONORATO, Cássio Mattos. Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão. RT 911, ano 100, p. 107-169, set. 2011.

LIMA, Jair Antonio Silva de. *Segurança no Trânsito - Direito Fundamental*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 30 maio 2014. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48295&seo=1>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES Alesandro Moreira, em Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Gestão de Trânsito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, disponível em https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4940/ALESANDRO_RODRIGUES_Artigo_Pronto.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 15/01/2019.

SANTOS, Juliano Viali dos. **Trânsito em Condições Seguras**: paradigmas e acepções do artigo 1º do Código de Trânsito Brasileiro. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL: DIÁLOGO ENTRE AS FONTES PROCESSUAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Luis Antônio da Silva Bittencourt

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.416, de 11 de novembro de 2017, alterou significativamente a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, sendo objeto de inúmeras críticas por parte de autoridades no Direito do Trabalho. A Reforma não pode ser analisada apenas pelo grande número de artigos alterados, mas, notadamente pela mudança substancial na estrutura do procedimento justrabalhista que atinge diretamente o direito ao livre acesso ao Poder Judiciário como uma garantia constitucional.

Quando se pensa no acesso à justiça como garantia constitucional e direito humano, os limites impostos pela Reforma Trabalhista através do instituto dos honorários sucumbenciais, mesmo que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, é preciso verificar a incidência de dois princípios que orientam o Direito do Trabalho: o princípio *pro homine* e o da norma mais favorável ao trabalhador.

O diálogo entre as fontes do Direito do Trabalho, fontes materiais, aqui o Código de Processo Civil e a CLT, é de fundamental importância, uma vez que o CPC prevê em seu art. 98, §3º, a suspensão da exigibilidade dos referidos honorários se a parte for beneficiária da justiça gratuita. Tal suspensão deve permanecer (prazo da suspensão de 5 anos) até que o credor demonstre que a parte sucumbente não se encontra mais em condições de hipossuficiente que justificou a concessão da justiça gratuita.

Nesse sentido, buscar-se-á fazer um estudo comparativo entre os dois diplomas acima citados, de forma a demonstrar que por meio da aplicação do princípio da norma mais favorável e do princípio *pro homine* pode-se efetivar o direito fundamental do livre acesso à justiça ao trabalhador na busca pelo seu direito que foi lesado durante o contrato de trabalho.

2 ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL: CAMINHO DE EFETIVAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS

O acesso à justiça é um direito fundamental que garante a todos os nacionais ou estrangeiros o direito a uma prestação efetiva pelo Estado, por meio do livre

acesso ao Poder Judiciário. Segundo Capelletti e Gatt (1988, p. 12), o acesso à justiça deve ser o ponto central da processualística contemporânea e, portanto, não deve ser considerado apenas como “[...] um direito social fundamental reconhecido”.

Essa prestação jurisdicional pelo Estado é indispensável no momento em que ele passou a regulamentar as relações sociais e retirou do indivíduo o poder de autotutela (FUX, 2004). Assim, o acesso irrestrito à justiça é fundamental, sendo essa a forma principal de proteção dos demais direitos fundamentais, até porque rege o princípio da inafastabilidade do Judiciário.

Para Wambier (2007), ao Estado cabe a função de tutela jurisdicional, mas que somente poderá agir se for provocado pelo indivíduo quando este entender que um direito subjetivo foi violado.

Nesse sentido, o indivíduo deve requerer ao Estado, de forma expressa uma deliberação acerca de suas pretensões, pois a ele é facultada “[...] a tarefa de provocar (ou invocar) a atividade estatal que, via de regra, remanesce inerte, até que aquele que tem a necessidade da tutela estatal quanto a isso se manifeste [...]” (WAMBIER, 2007, p. 125).

Segundo Capelletti (1988), a expressão acesso à justiça não é de fácil definição, mas ela ajuda na

determinação de duas finalidades básicas que devem ter o sistema jurídico. Uma delas é a de permitir que o indivíduo reivindique os seus direitos subjetivos e a outra é solucionar as lides. Assim, o sistema deve ser acessível a todos de forma igual e “[...] deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPELLETI; GART, 1988, p. 13).

No Estado liberal, todos são considerados iguais perante a lei. A rigor, não seria necessária uma ação positiva do Estado para promover o acesso à justiça, pois, se todas as pessoas são iguais, dispõem das mesmas oportunidades; portanto, estão aptas a defender seus interesses. Desse modo, não era percebida a diferença que havia entre os litigantes no efetivo acesso ao sistema (CAPELLETI; GART, 1988).

Como essa ideia de igualdade e de liberdade, na concepção liberal, era meramente formal, sua operacionalidade não resultava sempre eficaz, uma vez que materialmente havia uma grande desigualdade entre as partes. Assim, a realidade contradiz a paridade entre os particulares, visto que o poder não está mais concentrado no Estado, e sim disperso entre ele e a sociedade, devido ao desenvolvimento de grandes grupos econômicos.

É na comprovada desigualdade material entre os particulares que “[...] se radica a necessidade de assegurar

um efectivo exercício das liberdades nas próprias relações entre particulares” (ABRANTES, 2005, p. 23). Essa necessidade de assegurar materialmente as liberdades individuais decorre notadamente do aumento das forças dos grupos sociais que têm um poder, no mínimo, igual ao do Estado. Portanto, exercem uma grande influência sobre a vida privada, que é constitucionalmente consagrada.

Com o advento do Estado Social, torna-se necessária a atuação positiva do Estado na promoção do acesso à justiça, visando garantir aos indivíduos o gozo dos direitos sociais (CAPELLETI; GART, 1988).

A esse respeito, é conveniente recordar a afirmação de Souto Maior e Severo (2017, p. 300) sobre as “[...] três ondas de movimentos do acesso a justiça”.

A primeira onda está relacionada às questões econômicas que obstam aos mais débeis defender seus direitos (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017). Nesse caso, os problemas por eles enfrentados são tanto extrajudiciais como judiciais.

No primeiro caso, o extrajudicial, tais indivíduos encontram-se diante das dificuldades de informações sobre seus direitos e poucos conseguem uma prestação de assistência jurídica para buscar a solução de um conflito (pobreza jurídica). Por outro lado, na questão judicial, analisa-se a forma de acesso dos pobres na defesa

adequada de seus direitos (pobreza econômica) (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017).

Como vencer tais obstáculos? No caso da pobreza jurídica, segundo Souto Maior e Severo (2017), o ideal seria a criação de órgãos que possibilitassem informar os indivíduos sobre os seus direitos sociais. Por sua vez, a forma de vencer os obstáculos referentes à pobreza econômica deveria ocorrer por meio da “[...] eliminação ou minimização dos custos do processo, inclusive quanto aos honorários de advogado” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017 [s.p]).

A segunda onda por seu turno tem por objetivo “[...] examinar as adequações das instituições processuais especialmente no que se refere à legitimidade para a ação” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017, [s.p]).

A terceira onda visa à construção de um “[...] sistema jurídico e procedimental mais humano” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017, [s.p]) mediante a simplificação dos procedimentos.

Boaventura (2018, p. 21-22), ao discorrer sobre os obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça, afirma que os estudos revelam, “[...] em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um

problema jurídico”. Continua afirmando que mesmo quando o cidadão reconhece que o problema é jurídico e, portanto, ocorreu a violação de um direito, “[...] é necessário que a pessoa se disponha a interpor a acção” (BOAVENTURA, 2018, p. 22). As pessoas de classes mais baixas hesitam ainda mais na procura do Estado-Juiz para solucionar uma lide.

O ponto central é que o direito de acesso à justiça tem previsão em tratados internacionais e outros ratificados pelo Brasil, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no art. 8.º, que garante a todos o direito de recurso perante um tribunal competente contra a violação de direitos fundamentais previstos pela constituição ou pela lei. O art. 10⁴⁷ do mesmo diploma, também garante o julgamento das causas em plena igualdade. A Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) também dispõe sobre as garantias de acesso à justiça no seu art. 8.º⁴⁸.

⁴⁷ Art. 10 (DUDH) Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

Acesso em: 10 abr. 2018.

⁴⁸ CADH art. 8.º 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Disponível em:

A Constituição da República de 1988, considerada a “Constituição Cidadã”, elenca um grande número de direitos fundamentais, entre os quais merecem destaque os incisos XXXV e LXXIV do art. 5.º, os quais, respectivamente, garantem que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Para Almeida (2017, [s.p.]), “O acesso à justiça se justifica, destarte, pela sua condição de instrumentalidade de acesso aos direitos assegurados pela ordem jurídica, dentre os quais aqueles inerentes ao trabalho”.

Neste raciocínio, para que o indivíduo tenha o efetivo acesso à justiça, não é suficiente que o Estado garanta que toda lesão ou ameaça ao direito serão apreciadas pelo Poder Judiciário – princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (LEITE, 2017), o qual garante a todos a possibilidade de provocar o Poder Judiciário, mas o Estado deve garantir que todos cheguem ao Poder Judiciário, e, para tanto, proporcionar aos que não têm condições financeiras o mesmo acesso dos que podem pagar – custa, honorários de sucumbência –, pois, somente com um amplo acesso à justiça serão cumpridas

as garantias constitucionais, bem como as garantias previstas nos tratados internacionais.

3 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CPC E NO PROCESSO DO TRABALHO E A PROBLEMÁTICA DA JUSTIÇA GRATUITA

É cediço que o processo é instrumento pelo qual é possível efetivar o direito material. Por isso, há inúmeras literaturas jurídicas que repensam o tema da efetividade do processo, como Souto Maior (1994), Dinamarco (1994), Pimenta, (2015), Marinoni (2008), Moreira (1984), dentre tantos juristas.

O direito processual, conforme afirma Dinamarco (1994, p. 11), é “[...] aquele conjunto de princípios e regras que regulam o exercício da jurisdição, da ação, da defesa e do processo [...]”, ou seja, é no direito processual que se insere a forma de como se dá o exercício do direito material, o mecanismo de exigência e efetividade de tais direitos.

Nesse aspecto, repensando o direito material existente no nosso ordenamento jurídico, nas mais diversas áreas, percebe-se que é necessária a existência de inúmeras regras de exercício dos aludidos direitos, por isso a

necessidade de diálogo entre os mais diversos diplomas processuais.

3.1 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA – SISTEMÁTICAS ANTERIORES À LEI N.º 13.467/17

Os honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho, antes da Reforma Trabalhista, tinham previsão na Lei n.º 5.583/70 e na Súmula 219 do TST.

A Lei n.º 5.583/70 dispõe, no art. 14⁴⁹, caput, sobre a assistência judiciária trabalhista, que deve ser prestado pelo sindicato da categoria do trabalhador, e o §1.^{o50} do mesmo artigo estabelece os requisitos para a concessão desse benefício.

Nos termos do item I da Súmula 219 do TST⁵¹, na Justiça do Trabalho os honorários sucumbenciais eram

⁴⁹ Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n.º 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

⁵⁰ Art. 14, § 1.º. A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

⁵¹ Súmula n.º 219 do TST honorários advocatícios. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação

devidos não em decorrência da simples sucumbência, pois a parte deveria preencher alguns requisitos essenciais para a percepção dos referidos honorários, quais sejam: a parte deveria estar assistida pelo sindicato de sua categoria e comprovar que sua renda era inferior ao dobro do salário mínimo legal, ou que não tinha possibilidades econômicas de demandar em juízo sem prejuízo do sustento do próprio ou da respectiva. Tais requisitos eram cumulativos; logo, se não provasse os dois conjuntamente, não teria direito aos honorários sucumbenciais.

Os honorários de sucumbência, segundo inteligência dos itens I e II da referida súmula⁵², eram cabíveis também nas ações rescisórias e nas causas em que o sindicato atuava como substituto processual nas demandas relativas à relação de emprego. Contudo, no item IV⁵³ da súmula, havia a previsão de que, nas ações rescisórias e nas lides que não decorriam das relações de emprego, os honorários

econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14, §1º, da Lei n.º 5.584/1970). (ex-OJ n.º 305da SBDI-I).

⁵²Súmula n.º 219 do TST honorários advocatícios. II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

⁵³Súmula n.º 219 do TST honorários advocatícios. IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

de sucumbência estavam submetidos às disposições do CPC.

No que tange ao percentual devido, nas hipóteses de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, esse variava de 10% a 20%, que poderia ser sobre o valor da condenação ou do proveito obtido⁵⁴.

Pelo enunciado da Súmula 219 do TST, não havia a previsão de cobrança de honorários de sucumbência do reclamante, o que se coaduna com a previsão do livre acesso à justiça, que é um direito fundamental bem como em documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. É importante frisar que a imposição de honorários de sucumbência ao reclamante, que é a parte hipossuficiente (ROCHA, MARZINETTE, 2017)⁵⁵ na relação capital e trabalho, é impor uma barreira quase intransponível ao acesso à justiça.

⁵⁴ Súmula *n.º 219 do TST* honorários advocatícios V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2.º).

⁵⁵ “Pensar na possibilidade do empregado/reclamante ser condenado ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, significa dizer para ele não questionar seus direitos trabalhistas judicialmente, afinal ela já é a parte hipossuficiente da relação jurídica e seu salário via de regra não lhe permite pagar nem seu advogado, muito menos o advogado da parte contrária no caso de ter o seu pedido julgado improcedente.”

3.2 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NOS TERMOS DA LEI N.º 13.467/17 E A JUSTIÇA GRATUITA NO CPC

Na Justiça do Trabalho, até 10 de novembro de 2017, eram cabíveis honorários sucumbenciais apenas nos termos da Lei n.º 5.583/70 e da Súmula 219 do TST, como visto no item anterior, e apenas ao empregador: se vencido, era imposto o pagamento dos referidos honorários.

A Lei n.º 13.467/17 alterou substancialmente a previsão de cabimento dos honorários de sucumbência, ao inserir o art. 791-A, que trata especificamente desse tema.

Nesse sentido, o art. 791-A *caput*⁵⁶ CLT estabelece que, mesmo que o advogado atue em causa própria, tem direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais no importe de 5% a 15%, e será calculado sobre o valor da liquidação de sentença e do proveito econômico obtido; e, se houver a impossibilidade de mensurar tal valor, o referido percentual incidirá sobre o valor da causa atualizado.

⁵⁶ Art. 791- A Caput - Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (*Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017*).

O percentual a que se refere o *caput* do artigo supracitado, nos termos do § 2.⁵⁷, incisos I, II, III, IV do mesmo artigo, será definido pelo juiz, o qual deverá levar em consideração a dedicação do advogado, o local onde o serviço está sendo prestado, a natureza da causa, bem como a sua importância; por fim, o trabalho realizado pelo advogado.

O § 3.⁵⁸ do art. 791 – A CLT prevê que, havendo procedência parcial, será arbitrada pelo juiz a sucumbência recíproca, sendo vedada a compensação entre os honorários.

O artigo dispõe, ainda, no § 4.⁵⁹, que o empregado/reclamante, mesmo que seja beneficiário da justiça gratuita, deverá arcar com os honorários de sucumbência em caso de improcedência. Dispõe, ainda,

⁵⁷ Art. 791-A § 2º - Ao fixar os honorários, o juízo observará: *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)* I - o grau de zelo do profissional; *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)* II - o lugar de prestação do serviço; *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)* III - a natureza e a importância da causa; *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)* IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)*.

⁵⁸ Art. 791-A § 3º - Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)*.

⁵⁹ Art. 791-A § 4º -Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário *(Incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017)*.

que a condição de cobrança ficará suspensa caso ele não tenha obtido êxito, ainda que em outros processos, para efetivar o pagamento.

Após a análise do art. 791^A da CLT, pode-se perceber que a nova sistemática dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho teve alterações significativas, notadamente no que se refere à possibilidade de cobrança dos honorários do reclamante, mesmo que ele seja beneficiário da justiça gratuita.

Todavia, o Código de Processo Civil, nessa seara, apresenta-se como um diploma subsidiário ao processo do trabalho, tendo em vista que este é bem sucinto, não conseguindo abarcar as mais diversas realidades processuais de efetivação do direito material previsto na CLT, principalmente no uso de instrumento de efetivação dos direitos garantidos.

Nesse sentido, a própria CLT, no art. 769⁶⁰, deixou essa abertura, para que o Processo Civil Comum fosse fonte supletiva e subsidiária para o processo do trabalho, quando as normas não fossem contraditórias ou ferissem algum princípio próprio do processo do trabalho. No CPC,

⁶⁰ **Art. 769.** Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

houve previsão expressa no art. 15⁶¹, ao afirmar que será usado como fonte subsidiária.

Schiavi ([s.a], [s.p]), ao comentar as duas modalidades, entende que:

a) supletivamente: significa aplicar a CPC quando, apesar da lei processual trabalhista disciplinar o instituto processual, não for completa. Nesta situação, o Código de Processo Civil será aplicado de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maior efetividade e justiça ao processo do trabalho.

b) subsidiariamente: significa aplicar o CPC quando a CLT não disciplina determinado instituto processual. Exemplos: tutelas provisórias (urgência e evidência), ação rescisória; ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade, etc.

Assim, quando se fala de acesso à justiça neste artigo, traz-se à baila a questão da justiça gratuita. Na Reforma Trabalhista, é consenso de grande parte da doutrina que houve uma tentativa de limitação do direito ao acesso à justiça, tendo em vista a forma como o legislador ordinário tratou do tema da gratuidade judiciária e dos honorários de sucumbência.

⁶¹ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

De fato, muitos dos que se socorrem à Justiça do Trabalho buscam ver efetivados direitos mínimos constitucionais infringidos pelo empregador, como horas extras, saldo de salário, férias não gozadas. São verbas que fazem uma diferença na vida do trabalhador, pois garantem o próprio sustento e o de suas famílias.

A Reforma Trabalhista, como foi concebida, ao tratar do tema da gratuidade da justiça, na realidade dificultou o acesso à justiça, impondo um ônus desproporcional ao trabalhador.

Aqui, a proposta é pensar os honorários de sucumbência previstos no CPC, mas em diálogo com o dispositivo concernente à justiça gratuita.

O art. 85 do CPC traz a figura dos honorários de sucumbência: “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. Esse artigo, em seus 19 parágrafos, apresenta, de forma bem discriminada, as situações em que serão devidos honorários, valores e percentuais, sendo devidos em cada situação.

Entretanto, esse dispositivo no CPC deve ser analisado em diálogo com o art. 98⁶² do mesmo diploma

⁶² Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

legal, tendo em vista que é expresso, ao afirmar que a pessoa natural ou a jurídica, brasileira ou estrangeira, que forem pobres no sentido legal, com insuficiências de recursos, são beneficiárias da justiça gratuita, estando isentas de pagar custas judiciárias, de perito, honorários de sucumbência. Essa assistência judiciária é concedida não somente a pessoas físicas, na ótica do CPC, mas também a pessoas jurídicas que provarem a condição para a concessão de tal benefício.

Tendo em vista que no CPC a figura da justiça gratuita é instrumento de assegurar o acesso à justiça do indivíduo e que o dispositivo processual previsto é aplicado no processo do trabalho de forma subsidiária e suplementar, em consonância com os princípios *pro homine* e da norma mais favorável ao trabalhador, necessário será fazer um diálogo entre as duas fontes processuais para chegar a uma decisão que mais amplie o direito do trabalhador.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

De fato, é necessário perceber que, no CPC, os honorários de sucumbência só serão exigíveis se a parte sucumbente não for beneficiária da justiça gratuita, visto que esta abrange a isenção de todas as custas, sejam processuais, sejam periciais.

Nos termos do art. 98, §3º, do estatuto processual, em caso de sucumbência do beneficiário da justiça gratuita, os honorários de sucumbenciais ficam suspensos por até 5 anos, e cabe ao credor, nesse período de suspensão, demonstrar que o devedor não se encontra mais na situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade.

Como se percebe, a Reforma Trabalhista inseriu o art. 791-A no texto da CLT, que dispôs sobre os honorários de sucumbência, mas sem a ressalva da previsão do beneficiário da justiça gratuita, que ficará isento até que a situação de miserabilidade se altere.

É importante destacar que o fato de o reclamante obter êxito em alguns dos pedidos não o tira da condição de hipossuficiência de recursos. E mais, as verbas por ele recebidas em decorrência da procedência dos pedidos são de caráter alimentar, e não podem, portanto, serem descontadas para o pagamento de honorários de sucumbência.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o tratamento dado pela lei aos hipossuficientes na Justiça Comum é totalmente diferente ao que é dado na Justiça do Trabalho e, portanto, é discriminatório. E mais, essa discriminação fica ainda mais acentuada porque no processo comum as partes são consideradas iguais e, ainda assim, a que estiver sob o pálio da justiça gratuita não estará obrigada ao pagamento dos referidos honorários.

Apesar de a Reforma Trabalhista se encontrar há pouco mais de um ano em vigor, já existem decisões judiciais no sentido de aplicação do art. 98, §3º do CPC ao processo do trabalho, visando, assim, garantir o amplo acesso à justiça. *In verbis*:

Em que pese o novo dispositivo da CLT e o CPC se equiparam quanto à **responsabilidade** da parte sucumbente pelos honorários sucumbenciais, ainda que beneficiaria da justiça gratuita (art791-A,§4º, primeira parte CLT e ar. 98,§ 2º, CPC), diferem quanto á **exigibilidade** e é nesse ponto que se verifica o tratamento processual discriminatório, caso seja dada interpretação literal ao dispositivo. Diversamente do CPC, o legislador reformista(art791-A,§4, da CLT), introduziu a exigibilidade dos honorários sucumbenciais os quais ficaram em condição suspensiva , “**desde que não obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa**” impondo, assim, condicionante processual mais danosa e de injustificável

discriminação, com claro efeito mitigador do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa via Poder Judiciário Trabalhista. [...]

A interpretação literal do dispositivo levaria à **ofensa á garantia fundamental de gratuidade judiciária** à parte que não pode arcar com despesas processuais sem comprometer o seu sustento e de sua família **e ao direito ao amplo acesso a jurisdição** (arts. 5º, XXXV,LXXIV, CF e art 8º, 1, do pacto de São Jose da Costa Rica)

A norma desconsidera que o mero fato de o trabalhador ter percebido crédito trabalhista em ação judicial **não elide, de forma genérica e por si só, a situação de miserabilidade jurídica**. Não se pode concluir que o trabalhador, ao perceber verbas trabalhistas devidas pela parte ré por inadimplemento decorrente do contrato de trabalho, tenha passado a ter condições financeiras de suportar o encargo relativo aos honorários [...] (grifos no original) Processo n. 0011113-212017.503.0074. Vara do Trabalho de Ponte Nova. Publicação em 16 fev. 18.

Por isso, é necessário haver o diálogo entre as fontes do direito como forma de ampliação de direitos do trabalhador, que vai ao Judiciário com o objetivo de ver assegurados seus direitos infringidos, que são de natureza alimentícia, necessários para a sua sobrevivência.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO TRABALHADOR

No Direito Comum, a hierarquia das normas segue regras rígidas. De acordo com Delgado e Delgado (2018), o sistema é composto por um conjunto de normas, algumas das quais consideradas superiores e outras inferiores e, diante de um exame formal dos instrumentos normativos, sempre estará no grau mais elevado do sistema a norma superior. Segundo Bobbio (1999), no ordenamento jurídico, as normas são posicionadas hierarquicamente de tal forma, que encontraremos, no topo da pirâmide, a norma fundamental, da qual as demais normas vão retirar sua eficácia e validade; temos, portanto, uma hierarquia rígida e inflexível.

No Direito do Trabalho, não se aplica uma hierarquia rígida das normas, tal como no Direito Comum. No ramo justrabalhista, segundo Delgado, a hierarquia não deve ser analisada entre os diplomas normativos (lei em sentido formal) de forma rígida, e sim entre as normas jurídicas heterônomas e autônomas. Nesse sentido, “[...] a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxima do caráter teleológico do ramo justrabalhista” (DELGADO, 2017, p. 208-209).

Tal interpretação faz-se necessária, pois, no Direito do Trabalho, as fontes autônomas são extremamente relevantes, e a Constituição da República dispõe sobre a

importância e validade dos acordos e convenções coletivas do trabalho que, em sua maioria, agregam direitos para além dos previstos no art. 7.^o⁶³ da Constituição de 1988, bem como da CLT.

Se, nesse ramo especial, a hierarquia das normas é flexível, como se poderia eleger a norma que deve estar no vértice da pirâmide? Tal escolha decorre da aplicação do princípio da norma mais favorável.

O princípio⁶⁴ da norma mais favorável, em uma das suas dimensões, qual seja, princípio orientador do processo de hierarquização das normas trabalhistas, determina que, diante de uma multiplicidade de normas (heterônomas e autônomas), deve ser aplicada ao caso concreto aquela que, no conjunto, beneficie o trabalhador, ou seja, é a norma mais benéfica que irá para o topo da pirâmide⁶⁵.

⁶³ Art. 7.^o CF/88 - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além daqueles que visem à melhoria de sua condição social.

⁶⁴ “A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. Nesse sentido, os princípios foram conduzidos ao centro do sistema, conquistando o status de norma jurídica, apta a dar validade e aplicabilidade ao Direito. São, portanto, espécies normativas que se ligam de modo mais direto ao ideal de justiça, oferecendo melhores condições para que esta seja alcançada”. PEREIRA, Vany Leston Pessione. **Os direitos humanos na corte interamericana**: o despertar de uma consciência jurídica universal. Disponível em:

<http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/2/2009_02_artigo2.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

⁶⁵ “O vértice da pirâmide normativa, variável e mutável – ainda que apreendido segundo um critério permanente –, não será a Constituição Federal ou a lei Federal necessariamente, mas a norma mais favorável ao trabalhador.”

Contudo, essa prevalência não vai promover a derrogação permanente das demais normas preteridas; portanto, apenas no caso específico, elas não serão aplicadas.

Impende observar que, se a norma mais favorável for uma norma autônoma, ou seja, não estatal, deveremos analisar a amplitude da referida norma. Caso se trate de uma convenção coletiva de trabalho, esta vai alcançar a categoria específica dentro de uma determinada região; todavia, caso se trate de um acordo coletivo de trabalho, alcançará os empregados de uma determinada empresa (DELGADO; PEREIRA, 2017).

Nesse sentido, entre as normas que dispõem sobre a justiça gratuita no processo do trabalho e no CPC, será aplicada a que mais favorece ao trabalhador, sendo essa a que mais tutela. Lado outro, além do princípio da norma mais favorável, tem-se o princípio *pro homine*, que se encontra insculpido em diplomas internacionais, tendo ainda maior alcance protetivo do trabalhador, como se verá.

5 PRINCÍPIO *PRO HOMINE*

Antes de discorrer sobre o princípio *pro homine*, primeiramente é necessário tecer uma reflexão sobre a

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR 2017. p.194.

incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, pois, para que o indivíduo goze da proteção prevista no Direito Internacional, é imperioso que os referidos tratados sejam devidamente assinados e ratificados para produzir todos os efeitos no ordenamento jurídico interno. Essa discussão é relevante porque o referido princípio tem previsão em tratados internacionais. Também insta destacar que o Brasil, de acordo com o art. 4.º, inciso II, pelo menos em termos de idealização, tem prevalência os direitos humanos.

No Brasil, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 incluiu o § 3.º⁶⁶ no art. 5.º da CF/88 e passou a prever a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem submetidos aos mesmos procedimentos necessários para a aprovação das emendas constitucionais, a saber: aprovação em dois turnos, nas duas Casas, por três quintos dos votos. Sendo aprovado o acordo com esse rito, o tratado de direitos humanos passa a ter *status* equivalente ao de emenda constitucional: os tratados de internacionais de direitos humanos.

⁶⁶ Art. 5.º, § 3.º CF/88 - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O princípio *pro homine* encontra-se insculpido em diversos diplomas internacionais, a saber: no art. 29,b⁶⁷ da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no art. 4.^{o68} do Protocolo de San Salvador, entre outros. Esse princípio institui um postulado em matéria de direitos humanos e tem duas dimensões: uma interpretativa e a outra normativa.

Quando se fala da preferência interpretativa, esta se subdivide em interpretativa extensiva e interpretativa restritiva. Na interpretação extensiva, as normas serão interpretadas de forma a ampliar ao máximo os direitos dos indivíduos. E, se estiver diante de um caso em que a norma comporta mais de uma interpretação, então deve-se utilizar aquela que mais amplie o exercício do direito. E, por fim, se a norma que deve ser aplicada ao caso for contrária aos direitos humanos previstos no tratado da CADH, de acordo com o princípio *pro homine*, ela não poderá ser aplicada. Contudo, se estiver diante de normas

⁶⁷ Art. 29 - Normas de interpretação – Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san_jose.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

⁶⁸ Art. 4.º - Não admissão de restrições – Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

que restrinjam direitos, dever-se-á utilizar a interpretação restritiva no sentido de que deverá aplicar a interpretação que imponha a menor limitação possível ao exercício do direito (ALCALÁ, 2015).

A segunda dimensão é marcada pela denominada preferência normativa, segundo a qual, diante de um conflito de normas, ainda que aparente, deve ser aplicada aquela que promova a maior proteção (ALBANESE, 2007)⁶⁹.

Clément (2015) assevera que a essência do princípio *pro homine*, seja na interpretação das normas, seja na escolha normativa, é assegurar maior proteção à pessoa humana.

O homem tutelado na perspectiva do princípio *pro homine* é aquele que tem a garantia de proteção integral no âmbito trabalhista, uma vez que, por meio da hermenêutica interpretativa ampliativa, buscará, com base na legislação vigente, reconhecer o homem na sua dimensão totalizante, retirando o aspecto econômico.

Por força do princípio interpretativo *pro homine* cabe enfatizar: quando se tratar de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse direito; quando, ao

⁶⁹ “En caso de que las normas internacionales y nacionales difieran entre si, debe rán aplicarse siempre aquellas normas que otorguen el nivel más alto de protección, en concordancia con diversas normas internacionales y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

contrário, estamos diante de restrições ao gozo de um direito, vale a norma que faz menos restrições (em outras palavras: a que assegura de maneira mais eficaz e mais ampla o exercício de um direito) (GOMES, 2007, [s.p]).

É nessa seara que o princípio *pro homine* vem como caminho de tutela integral do ser humano, pois orienta na aplicação de normas que têm maior alcance protetivo na relação de trabalho, tomando o homem não como um mero trabalhador, mas como aquele que, na relação de trabalho, se desenvolve como ser humano, pessoa; por isso, a proteção deve ser integral.

Almeida e Almeida (2017, p. 141) informam que, pelo princípio *pro homine*, quando se estiver num impasse ou para solução a uma lide, seja na esfera legislativa, na administrativa, seja na judicial, “[...] que prestigie o capital e, outra, que prestigie a melhoria da condição humana do trabalhador, é esta que deve prevalecer”.

Nesse sentido, o princípio *pro homine* erija a matiz de proteção integral do ser humano sempre em detrimento ao capital. O homem que trabalha é colocado no vértice central do Direito do Trabalho, pois, como ser finalístico e como pessoa, deve ser considerado pelo Direito sempre em primeiro plano.

Como limitação ou ampliação, o princípio *pro homine* por estar erigido em tratados internacionais de direitos humanos, no plano interno tem aplicação imediata, tendo força vinculante, inclusive. Como afirma Trindade (2003, p. 542), “Os tratados de Direitos humanos beneficiam diretamente indivíduos e grupos protegidos”.

A reflexão sobre a tutela do trabalhador numa perspectiva totalizante objetiva traçar o caminho da proteção do homem num direito ao trabalho digno. De um lado, o princípio *pro homine* busca ampliar a tutela ao trabalhador, analisando-o de forma integral, não somente na sua dimensão de produção, mas o homem como ser humano, por isso precisa dessa tutela especial do Estado. Em consequência desse primado, o homem como pessoa e fim em si mesmo tem o direito ao trabalho digno.

Para Luiz Antônio da Silva Bittencourt e Neiva Schuvartz (2017, p. 256), “[...] pensar no direito ao trabalho digno como máxima expressão da tutela ao trabalhador é reconhecer que o homem, na qualidade de ser humano, deve ser respeitado em sua totalidade, pois, no Estado Democrático de Direito, o homem é ápice de proteção”.

Assim, a aplicação de forma irrestritiva do princípio *pro homine* é medida que precisa ser adotada pelos tribunais, sendo também dever dos operadores do

direito do trabalho para buscar aprofundamento na legislação e doutrina. Os princípios da proteção, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso, se conjugados com o *pro homine*, ampliarão consideravelmente os direitos fundamentais trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988.

O que se precisa, como orienta Valério de Oliveira Mazzuoli (2016, p. 169), é superar dois grandes problemas no âmbito interno, principalmente o que assola o Poder Judiciário.

Ao que parece, são dois fatores. Primeiro, a falta de coragem. Teme-se estar cometendo algum grande equívoco e que a lei interna, de uma forma ou de outra, cuidaria da mesma matéria (ao que não se precisaria recorrer ao Direito Internacional, tendo a lei interna a disciplinar a mesma questão). Segundo, a falta de conhecimento, especialmente no mosaico normativo convencional concluído fora do nosso entorno geográfico.

A superação do medo e do desconhecimento da legislação deve ser superado, para buscar ampliar a aplicação do princípio *pro homine*. Ainda na lição de Mazzuoli (2016), por esse princípio, deve-se buscar o diálogo das fontes normativas, sejam quais forem as

esferas, objetivando mais amplitude de incidência dos direitos humanos.

Nessa perspectiva, percebendo esse princípio como instrumento de ampliação dos direitos fundamentais do trabalhador, aliado ao princípio da aplicação da norma mais favorável, a reforma trabalhista deve ser analisada em conjunto com outros dispositivos legais recepcionados pelo processo do trabalho no sentido de ampliação. Esses dois princípios, encarados como forma interpretativa do constituto legislativo nacional é um remédio eficaz contra as mazelas trazidas pela Reforma Trabalhista.

Ademais, insta ainda trazer à reflexão um ponto importante na discussão sobre o direito ao acesso à justiça, o que foi limitado pela reforma trabalhista no sentido de limitar o alcance da justiça gratuita, concedendo inclusive a compensação. Aqui se traz à discussão o Tratado Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

6 TRATADO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O Brasil, em face do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assumiu um compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades do homem.

Em suma, três são as responsabilidades adotada pelo Brasil ante o pacto: respeitar, proteger e realizar.

Leciona Gialdino (2003, p. 94) comenta:

La dignidad de todos los miembros de la familia humana mencionada dos numeros antes⁷⁰, por ser “inherente” a éstos, tal como señala el propio PIDESC recogiendo la impronta de la Declaración Universal, nos formula dos mensajes, entre muchos otros.

Por el primero, nos dice que los derechos y libertades de nuestro tratado, al derivar de una condición intrínseca de ser humano, la dignidad son anteriores a su texto. [...]

El segundo mensaje da cuenta de una realidad incontrastable. Hablar de derechos económicos, sociales y culturales, no es hacerlo de lo que concierne a una “parte” o “seccion” del individuo. El PIDESC tratará sólo algunos derechos, si, pero de una persona humana considerada en su integridade.

O art. 2.^{o71} do PIDESC traz tanto os compromissos dos países para a efetivação dos direitos humanos alguns

⁷⁰ No tópico a que o autor faz referência, ele trata do tema da dignidade intrínseca à liberdade da pessoa humana, sendo, por isso, o compromisso estatal ante as políticas positivas do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e culturais.

⁷¹ 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

princípios que foram adotados em diversos outros tratados, inclusive na Constituição da República, tais como os da progressividade, vedação à inação, vedação ao retrocesso.

O Brasil, ao ratificar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assumiu, nacional e internacionalmente, o compromisso de proteger, respeitar e efetivar os direitos no pacto previsto. O art. 2.º do pacto é de uma clareza e riqueza de obrigações assumidas pelos Estados contratantes. “*La naturaliza de las obligaciones previstas en el PIDESC há dado lugar a una elaboración que las ordena bajo três tipos, viz, obligaciones de respetar, deproteger y de realizar los derechos (1)*” (GIALDINO, 2003, p. 95).

Quando se fala da obrigação de respeitar, Gialdino (2003) afirma que o Estado deve abster-se de intervir nas atividades privadas das pessoas, grupos, famílias, no sentido de limitar o gozo dos direitos constitucionalmente garantidos e os previstos nos tratados internacionais,

2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais (grifo nosso).

adotando inclusive medidas que permitam o acesso a esses direitos.

Pela obrigação de proteger, o Estado tem a incumbência de adotar medidas legislativas que não limitem o gozo dos direitos de liberdades, devendo adotar medidas de proteção social e proteger os cidadãos do livre mercado. O Estado tem a obrigação de “‘[...] *a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este pacto*’” (GIALDINO, 2003, p. 102).

Por fim, na obrigação de realizar, para Gialdino (2003), o Estado deve garantir o gozo dos direitos reconhecidos no pacto. O primeiro ponto é garantir que todos os cidadãos tenham acesso à justiça, para reclamar a inobservância de seus direitos. Nesse sentido, o Estado permitirá o livre acesso e gozo de todos os direitos enunciados no pacto, bem como a obrigação de aplicar recursos públicos, para que as pessoas tenham uma condição de vida adequada à condição de pessoa humana.

O que se pode perceber é que, ante o pacto, os estados assumiram compromissos importantes no âmbito legislativo e executivo. Os princípios erigidos no pacto, o da progressividade, da vedação à inação e da vedação ao retrocesso, somados ao princípio *pro homine*, terão uma função basilar.

Tais princípios em consonância afirmam que, quando da ratificação do Pacto pelo Brasil, tacitamente existia um mínimo de direitos assegurados. Ou seja, a Constituição de 88 já assegurava um rol exemplificativo de direitos trabalhistas aos indivíduos, já que o Pacto fora ratificado em 1992. Nesse sentido, o Brasil assumiu o compromisso de adotar medidas legislativas, principalmente políticas, que ampliassem a proteção dos direitos trabalhistas e sociais, pois o princípio da progressividade dita tal obrigação. Lado outro, o princípio da vedação à inação obriga o Brasil a tomar medidas de proteção progressiva, uma vez que não se pode quedar-se inerte. Por fim, o princípio da vedação ao retrocesso estabelece que as políticas a serem adotadas devem ser ampliativas, não podendo ser tomadas aquelas que retiram ou limitam o gozo ou mesmo direitos até então consagrados.

Entretanto, verifica-se que, com a Reforma Trabalhista ocorrida em 2017, foram violados frontalmente os ditames do pacto, visto que se tomaram medidas legislativas que afrontaram o princípio da vedação ao retrocesso e da progressividade, principalmente com a alteração dos requisitos para concessão da justiça gratuita e dos honorários de sucumbência.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esse caminho traçado, percebeu-se que na construção deste artigo, o acesso à justiça é um direito fundamental, é direito humano e condição *sine qua non* para o exercício dos demais direitos.

A limitação do acesso à justiça por meio de instrumentos processuais travestidos de um discurso de modernização da legislação, a exemplo de outros países, nada mais é do que uma infringência direta ao anseio popular em face de uma pequena oligarquia capitalista detentora de capital expressivo que objetiva maximizar seus lucros, penalizando o trabalhador.

De fato, o direito do trabalho é construído diariamente, sendo produto de lutas sociais e interpretações doutrinárias. O papel de cada artífice do direito na construção de um processo do trabalho que respeita a pessoa humana.

Conhecer o Direito do Trabalho de forma mais ampla, principalmente tendo em mente que é um produto social de luta de classe, fazendo uma leitura integralizada dos mais diversos institutos processuais existentes, é um caminho necessário para combater as mazelas processuais instauradas pelas reformas existentes.

O Direito do Trabalho tem que ser analisado sob a óptica de um direito que foi constitucionalizado e se abriu

para o diálogo entre as fontes, tendo sempre princípios basilares e norteadores.

Verificou-se que o CPC trata da matéria de acesso à justiça mediante a concessão da justiça gratuita e de honorários de sucumbência de forma mais ampla, não limitando o exercício do direito humano e fundamental. Esse diploma é muito claro no sentido de que a justiça gratuita tem um alcance amplo, estando suspensa a exigibilidade das custas processuais, honorários periciais, honorários advocatícios, entre outras custas por ventura existente.

Já o processo do trabalho, ao contrário, buscou limitar o alcance da justiça gratuita, permitindo inclusive a compensação de valores que o reclamante possa vir receber no processo em litígio ou mesmo em outro processo.

Assim, verificando o disposto na matéria nos dois diplomas e repensando o Direito do Trabalho como um produto social e no diálogo entre as fontes, os princípios da norma mais favorável e o princípio *pro homine* se apresentam como o remédio eficaz para a solução dessa celeuma deixada pelo legislador.

O Brasil assumiu diversos compromissos internacionais, ao ratificar os tratados internacionais de direitos humanos. O PIDESC, em seu art. 2.º, trouxe

expressamente alguns compromissos que foram infringidos pela reforma trabalhista. Sendo assim, com a interpretação dada pelo STF em relação à hierarquia das normas internacionais como supralegal, bem como o disposto no art. 4.º, inciso II, que prevê “a prevalência dos direitos humanos”, o acesso à justiça deve ser amplo, usando o CPC como norma mais favorável e mais ampla o direito do trabalhador em detrimento da reforma trabalhista.

Caminho existe, basta que os operadores do direito tenham consciência e conhecimento de seu papel de artífice social na construção de um verdadeiro direito do trabalho humano, sendo o homem vértice central.

8 REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALBANESE, Susana. **Garantías judiciales**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y regla preferencia normativa 1/33*. Disponível em:
<<http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro->

homine-2015_-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

ALMEIDA, Cleber Lúcio. A reforma Trabalhista e o acesso à justiça. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo, CARVALHO, Tarciso de. (Org.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr 2017.

ALMEIDA, Guilherme. Acesso à Justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça. **Contemporânea**, v. 2, n. 1, jan-jun.2012. p.83-102. Disponível em: <<http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/viewFile/61/34>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva; SCHUVARTZ, Neiva. Direito ao trabalho digno: uma releitura dos direitos fundamentais. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al. **Tópicos contemporâneos de Direito do Trabalho: reflexões e críticas**. v. 2. Belo Horizonte: RTM, 2017. p. 247-258.

BOAVENTURA, Sousa Santos. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF>. Acesso em: 6 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: Senado Federal, 1992.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.**

Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1944.

BRASIL. **Lei 5. 583 de 1970.** Retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, 1970.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Lei 13.467 de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Senado federal, 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução normativa 39 do TST.** Disponível em:

<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acessado em: 24 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas.**

Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219>. Acessado em: 15 nov. 2018.

CAPELLETTI, Mauro, GART, Bryant. **Acesso a Justiça.**

Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CLÉMENT, Zlata Drnas de. **La complejidad del principio pro homine.** Buenos Aires, 2015. p. 98/111.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 13 abr. 18.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.

Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acessado em: 10 abr. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do Trabalho**. Obra revista atualizada e ampliada, conforme Lei 13.467/17 e MPr.n.808/17. 17. ed. São Paulo: LTR, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; BENEVIDES, Sara Costa. Justiça Gratuita, honorários periciais e honorários de sucumbência na Lei n.13.467/2017: possíveis soluções em caso de improcedência do pedido formulado na ADI5766. In: HORTA, Denise Alves et al. (Coord.). **Direito do Trabalho e processo do Trabalho. Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: reforma trabalhista principais alterações**. Atualizada de acordo com a MP n. 808, de 14 de novembro de 2017. São Paulo: LTR, 2018. p.325-340.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GIALDINO, Rolando E. *Obligaciones del Estado ante el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos**. São Jose da Costa Rica, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo. 2017.

KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexos à luz do CPC e da Lei n.º 13.467/17. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo; ASSUNÇÃO Carolina Silva Silvino (Coord.). **O Direito Processual do Trabalho na perspectiva do Código de processo civil e da Reforma Trabalhista**. Atualizada de acordo com a MP n.º 808, de 14 de novembro de 2017. São Paulo: LTr, 2017. p 49-58.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. Acesso a Justiça sob a mira da reforma trabalhista- ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista do Tribunal Regional da 3.ª Região**, edição especial, nov. 2017. p. 289-332.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 167, jan./fev., 2016. p. 169-182.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra Editora, 2008.

MIZIARA, Raphael. Novidades em torno da justiça gratuita na CLT reformada e o ônus financeiro do processo. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino (Coord.). **O Direito Processual do Trabalho na perspectiva do Código de processo civil e da Reforma**

Trabalhista. Atualizada de acordo com a MP n.º 808, de 14 de novembro de 2017. São Paulo: LTr, 2017. p 59-67.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Saraiva, 1984.

PEREIRA, Vany Leston Pessione. **Os direitos humanos na corte interamericana:** o despertar de uma consciência jurídica universal. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/2/2009_02_artigo2.pdf>. Acessado em: 15 nov. 2018.

PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissa e desafios. **Rev. TST**, n. 6, v. 81, Brasília, jul./set. 2015.

ROCHA, Cláudio Jannotti; MARZINETTI, Miguel. Honorários advocatícios sucumbenciais, a reforma trabalhista, a sua inconstitucionalidade e o direito temporal. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo; ASSUNÇÃO Carolina Silva Silvino (Coord.). **O Direito Processual do Trabalho na perspectiva do Código de processo civil e da Reforma Trabalhista.** Atualizada de acordo com a MP n.º 808, de 14 de novembro de 2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 68-73.

SILVA, Ticiano Alves. **O benefício da justiça gratuita no novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/137/130>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Trindade. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

VITOVSKY, Vladimir Santos. Acesso a justiça em Boaventura de Souza Santos. Disponível em: <http://www.faa.edu.br/revistas/docs/RID/2016/FDV_2016_11.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

O INTERMEDIÁRIO OCULTO: OS EUA E O SUPERIOR TRIBUNAL IRAQUIANO

THE HIDDEN INTERMEDIARY: THE US AND THE IRAQI SUPERIOR COURT

*Lorrane Queiroz
Paulo Ricardo Braga Maciel*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o contexto histórico, jurídico e político em que foi criado o Superior Tribunal Iraquiano, seus aspectos institucionais e a sua atuação no julgamento de crimes praticados durante o regime de Saddam Hussein. A partir desse referente, registrará que a opção por um tribunal híbrido ao invés de um tribunal internacional, resultou num grande debate sobre a legitimidade deste, sobre as responsabilidades e limites das potências ocupantes. Utilizando método dedutivo hipotético, sobre a vertente teórica de Renata Matovani, verificar-se-á as críticas levantadas pela atuação dos EUA como intermediário oculto no Supremo Tribunal Iraquiano que veio a julgar Saddam Hussein.

PALAVRAS-CHAVE

Iraque. Saddam Hussein. EUA. Tribunais Internacionais. Supremo Tribunal Iraquiano.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the historical, legal and political context in which the Iraqi Higher Tribunal was created, its institutional aspects and its role in the trial of crimes committed during the

regime of Saddam Hussein. From this point of view, he will note that the option of a hybrid tribunal instead of an international tribunal has resulted in a great debate about its legitimacy, the responsibilities and limits of the occupying powers. Using a hypothetical deductive method, on the theoretical side of Renata Matovani, will be verified the criticisms raised by the US performance as a hidden intermediary in the Iraqi Supreme Court that came to judge Saddam Hussein.

KEY WORDS

Iraq. Saddam Hussein. USA. International Courts. Iraqi Supreme Court.

INTRODUÇÃO

O Presente trabalho tem por objetivo trazer à discussão o tema do julgamento de crimes de guerra, de genocídio e de violação de direito humanos, na perspectiva da criação do Superior Tribunal Iraquiano que julgou Saddam Hussein, que trouxe um intenso debate sobre a responsabilidade das potências ocupantes e a opção da criação de um tribunal interno em vez de um tribunal especial como o Tribunal Penal Internacional.

Nesse contexto, o presente artigo debruça-se sobre as principais questões que estiveram na base da criação dos Superior Tribunal Iraquiano, a

necessidade de instauração de um tribunal híbrido no julgamento de Saddam Hussein e suas consequências, pretendendo demonstrar, analisando estas situações, a atuação dos EUA como potência ocupante e intermediário oculto no fatídico julgamento.

Para confirmar a hipótese e responder tal problemática, o presente trabalho foi dividido em sete capítulos, onde o primeiro capítulo se trata deste intróito; no segundo se fará a revisitação do histórico do conflito armado no Iraque; no terceiro, se estudará da figura da Autoridade Provisória de Coligação; no quarto capítulo, se analisará o Superior Tribunal Iraquiano, sua competência jurisdicional, material, temporal, territorial, sua composição organizacional.

Em sequência, no quinto capítulo, se examinará o Superior Tribunal Iraquiano sob os influxos da teoria dos Tribunais Híbridos como mecanismo utilizado para a reestruturação da ordem estatal através do auxílio da justiça transnacional; no sexto capítulo, se tratará da legitimação do Superior Tribunal Iraquiano; no sétimo e penúltimo capítulo, do julgamento de Saddam Hussein pelo Superior Tribunal Iraquiano; por fim, serão apresentados as

considerações finais a fim de confirmar a hipótese apresentada.

No presente artigo, optou-se pela pesquisa teórico-bibliográfica desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de material já publicado, constituído principalmente da análise de bibliografia e documentos, tais como, jurisprudências, legislação e periódicos, que versam sobre a temática.

2 – REVISITAÇÃO HISTÓRICA DO CONFLITO NO IRAQUE

Após a independência do Reino Unido em 1932, o panorama social e político iraquiano sofreu inúmeras mutações e o país passou por intensos conflitos armados, golpes de estado, violência e graves violações de Direitos Humanos. Em julho de 1968, um grupo de militares Baath tomou o governo do país e durante mais de 35 anos Saddam Hussein liderou a criação de um Estado violento e responsável por graves violações de Direitos Humanos⁷²:

⁷² Durante os anos 90, as organizações e grupos internacionais de defesa dos Direitos Humanos procuraram recolher a prova da perpetração dos crimes que

Por mais de 35 anos, Saddam Hussein manteve o poder promovendo uma política monopolista, violenta, e reprimindo duramente vários pró-independência e contrários ao governo, principalmente de xiitas e curdos, bem como a ingerência externa. Durante esse período faziam uso de tortura, execuções, detenções arbitrárias, desaparecimento forçado, e impunham o silêncio no país em um sistema de terror e recompensa. (LIMA, 2011)

Atendendo à publicidade internacional do conjunto de violações de Direito Humanos, a ocupação pela Autoridade Provisória de Coligação (APC) motivou a necessidade da investigação e acusação dos crimes praticado pelos líderes governamentais e militares.

levaram à elaboração de detalhados relatórios, nomeadamente os da Comissão de Direitos Humanos da ONU (1991) e da HRW (1990) que apontaram ao regime a prática dos seguintes crimes: entre 1977 e 1987 a destruição de 5.000 aldeias curdas com expulsão dos seus habitantes; o Massacre de Dujail no seguimento de um atentado executado contra Saddam Hussein na cidade de Dujail em 8 de Julho de 1982; a morte de milhares de civis curdos com recurso a bombardeamentos e armas químicas; deslocação forçada da população da cidade de Kirkuk (cerca de 120.000 civis curdos, sírios e turcomanos) entre 1989 e 2003 e a sua substituição por civis árabes do Sul do Iraque; a execução de cerca de 100.000 homens e rapazes curdos (e outros não-árabes) durante a Campanha al-Anfal entre 1986 e 1989; múltiplas violações do Direito Internacional Humanitário durante a Guerra Irão- Iraque entre 1980 e 1988 e a ocupação do Kuwait em 1990 (uso de armas químicas, ataques indiscriminados, execuções sumárias, tortura, violações, desaparecimentos). (CARAPÊTO, 2016)

Em Março de 2003 e apesar das inúmeras alegações de ilegalidade, os EUA e as forças da Coligação invadiram o Iraque e obtiveram o *status* de Autoridade Provisória de Coligação⁷³ (APC) emitido pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas na Resolução 1483 para reconstruir o Estado iraquiano após a derrubada do Regime Baath. Pela primeira vez desde o final da segunda Guerra Mundial, uma potência ganhava *status* de força ocupante pela Organização das Nações Unidas (ONU), sem ser um mandato da ONU propriamente, como usualmente nas operações de paz (*Peacekeeping operations*) regidas pelo órgão internacional (AMARAL,2017):

Por diversas vezes os EUA e a Inglaterra procuraram junto ao Conselho de Segurança autorizar a invasão, no entanto, não obtiveram êxito na demanda: o uso da força não seria autorizado. Ao contrário, a equipe da ONU encerrou suas operações desconhecendo armas de destruição em massa. Mesmo assim, no dia 19 de março de 2003,

⁷³ Grupos como os curdos, turcomanos, assírios e árabes anti-Baath, foram beneficiados com a derrubada e a transição de poder executada pela APC, participando e dando respaldo ao processo de liberalização do mercado iraquiano conforme os interesses das potências ocupantes e consolidando uma nova relação amistosa entre Iraque e EUA/Grã- Bretanha. Nesse processo vê-se então que parte da Oposição Iraquiana (2002) se transforma em elite do poder iraquiano (2004). (AMARAL, 2017)

forças militares americanas e britânicas invadiram o Iraque e puseram fim ao regime de Saddam que no passado á tinha sido um aliado americano. Durante a ofensiva encontraram pouca resistência do frágil exército iraquiano. Nove meses depois Saddam foi capturado e levado a julgamento pelo Governo Provisório Iraquiano instituído pela Força de Coalizão. Condenado por homicídios e por planejar atentados e guerra de agressão, foi executado em dezembro de 2006. (LIMA, 2011)

Nesse sentido, a invasão do Iraque em 2003, contou com um consenso no pensamento político norte-americano no qual os EUA teriam a responsabilidade e o dever de derrubar o regime de Saddam Hussein, que cometia crimes contra humanidade e representava uma ameaça à segurança internacional. Em grande medida, a fórmula norte-americana para a invasão e ocupação do Iraque consistiu em justificar suas ações em termos de “razão humanitária” e legitimá-las por meio de mecanismos jurídicos.

Atendendo à publicidade internacional do conjunto de violações de Direito Humanos, a

ocupação pela Autoridade Provisória de Coligação⁷⁴ motivou a necessidade da investigação e acusação dos crimes praticado pelos líderes governamentais e militares.

A discussão em torno criação do Tribunal visou a necessidade de garantir um julgamento justo, independente e com a observância das garantias dos arguidos e da proteção das testemunhas, mas também cumprir os objetivos da punição de crimes de enorme gravidade, como os princípios da justiça retributiva, da prevenção, da reconciliação e o domínio da Lei e do Direito.

Nesse sentido, a opção por um tribunal interno, fundado no direito iraquiano mas com obediência aos princípios do Direito internacional, contrariou a tendência do recurso à justiça penal internacional, de modo que a não utilização de um modelo de tribunal já existente para crimes

⁷⁴ Esse exercício de sistematizar os membros das instituições iraquianas que apoiaram a ocupação da APC no Iraque é importante, pois revela um elemento fundamental tanto para legitimar a ação das potências internacionais no Iraque, tendo respaldo de membros da sociedade iraquiana para empreender tal campanha, como para obter aliados locais e realizar no Iraque seu projeto político-econômico de poder. Tal exercício era planejado em conjunto com esses iraquianos, executado em conjunto com eles, vide a atuação do CGI juntamente com a ACP durante a ocupação. Após a saída da ACP, parte desses mesmo iraquianos se mantiveram no poder do país, prontos para manter a agenda anglo-americana, inicialmente com o GII, depois com as eleições em 2005, com membros dessa antiga “elite da oposição” no poder. (AMARAL,2017)

semelhantes, a falta de preparação dos juizes para julgar crimes complexos e os constantes argumentos de falta de legitimidade do tribunal contribuíram para a generalização do sentimento de incredulidade para o Tribunal.

Outrossim, a instituição de um Tribunal por uma potência ocupante suscitou sérias dúvidas sobre a conformidade com o direito internacional humanitário, sendo rejeitada pela sociedade iraquiana, pois acima de tudo estes desejavam justiça, imparcialidade e independência política interna e externa. Conforme assevera Renata Mantovani:

Para a população iraquiana a imputação de responsabilidade sobre atos de deslocamento, homicídios e outras graves violações dos direitos humanos desempenham um papel importante na política atual. Um acerto de contas eficaz e legítimo com o passado seria fundamental para a construção de um estado onde os direitos humanos fossem respeitados. No entanto, embora auxiliados pela Força de Coalizão, quiseram pessoalmente se ocupar da construção e instituição de um Tribunal com competência para investigar, processar e julgar todos os atos criminosos deflagrados pelo Partido Baath, desde sua subida ao poder em 1968. (LIMA, 2011)

Portanto, a melhor solução visada para às violações de direitos humanos e, conseqüente, aplicação da justiça internacional, foi a criação do Superior Tribunal Iraquiano, de modo a que não existissem dúvidas quanto à sua firmeza, independência e eficácia, bem como para que contribuísse para que os iraquianos voltassem a confiar no seu sistema judicial e para que se afastasse a ideia do sentimento de impunidade.

3— AUTORIDADE PROVISÓRIA DE COLIGAÇÃO

A Autoridade Provisória de Coligação (APC) foi criada como governo de transição após a invasão do Iraque e era formada pelos Estados Unidos, Reino Unido e pelos seus aliados legitimados pela Resolução n. 1483/2003 do Conselho de Segurança da ONU adotada em 22 de Maio de 2003. Desta forma, a APC tinha como lema a "segurança, liberdade, igualdade e justiça" e foi investida de poderes executivos, legislativos e judiciais sobre o governo iraquiano em 21 de janeiro de 2003 até à sua dissolução em 28 de junho de 2004.

O Conselho de Governação Iraquiano, formado em julho de 2003, era composto por iraquianos expatriados durante o período ditatorial de Sadam Hussein, era subordinado à APC e tinha como responsabilidades a indicação de membros representantes na ONU, a indicação de ministros interinos para o governo iraquiano e a elaboração de uma Constituição temporária até à adoção de uma nova de caráter permanente.

Seis meses após a captura de Saddam Hussein, a Autoridade Provisória de Coligação transferiu os poderes que lhe foram conferidos para o novo Governo Interino do Iraque, que se manteve em funções até à realização de eleições. Entretanto, durante o período da ocupaçãourgia discutir as soluções para o julgamento dos crimes cometidos durante a ditadura e a necessária reforma judicial, foco da atenção das organizações de defesa dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, as preocupações visavam a necessidade da realização da justiça penal e a defesa dos arguidos, garantindo a independência e imparcialidade dos tribunais face à autoridade executiva governamental, e a realização de um

juízo justo, equitativo e fundado nas normas de direito internacional (AMARAL, 2017).

A potência ocupante no Direito Internacional⁷⁵ era dotada de uma autoridade de caráter provisório que se limitava à prestação de assistência e proteção de emergência e à prioridade de restabelecimento da vida normal dos iraquianos. Tratava-se de uma substituição do governo, e compreendia a responsabilidade de execução de funções ligadas à administração do território e podia estabelecer uma administração civil provisória, mas sem modificar as estruturas estatais já existentes.

Nesse sentido, sua capacidade era limitada para alterar a justiça penal⁷⁶, tendo em vista o princípio de continuidade do ordenamento jurídico, quer em matéria civil, quer em matéria penal. No entanto, o direito internacional confere também algumas faculdades de modificação, suspensão ou

⁷⁵ As obrigações das potências ocupantes encontram-se previstas em vários instrumentos de Direito Internacional, nomeadamente a II Convenção relativa às Leis e Costumes das Guerras Terrestres, adotada em Haia em 29 de julho de 1899 e o respetivo Regulamento de 18 de outubro de 1907, a IV Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativa à proteção devida às Pessoas Civis em Tempo de Guerra, o art. 75 do Protocolo Adicional das Convenções de Genebra relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais de 8 de junho de 1977, as normas do Direito Internacional Consuetudinário, os manuais das Forças Armadas do direito aplicável à guerra terrestre (britânicos e americanos) e as disposições dos Tratados de Direitos Humanos.

⁷⁶ Art. 64 da IV Convenção de Genebra e do art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969.

substituição da lei penal existente no território ocupado, com vista a restabelecer o domínio da lei e do Direito até que a ocupação termine (LIMA, 2011).

Desta forma, a potência ocupante só pode exercer a autoridade necessária para administrar o território sob uma lógica de intervenção mínima e em estrita obediência ao art. 64 da IV Convenção de Genebra, do qual derivam as obrigações das potências em matéria de ocupação, que seriam, a necessidade de aliviar o sofrimento da população civil das consequências da ocupação militar, a intervenção para assegurar o bem-estar da população e o direito do ocupante a garantir a segurança das suas forças e por fim, a necessária intervenção e autorização explícita para fazer alterações às leis internas dentro de circunstâncias limitadas (AMARAL, 2017).

A responsabilidade da potência ocupante por zelar por uma população desprovida de um Governo e que não tem condições de desempenhar as suas funções com normalidade, está estabelecida no art. 42 de Haia⁷⁷, que exige dois requisitos

⁷⁷ O art. 42. do Regulamento de Haia de 1907 define que se considera um território como ocupado quando se encontra colocado de facto sob a

cumulativos para aplicação do direito de ocupação beligerante: primeiro, o controle efetivo de fato do território pelas forçadas armadas estrangeiras, munidas da possibilidade de execução de decisões; segundo, a ausência de fato de uma autoridade governamental com controle efetivo.

Segundo Amaral (2017), esse exercício de sistematizar os membros das instituições iraquianas que apoiaram a ocupação da APC no Iraque é importante, pois revela um elemento fundamental tanto para legitimar a ação das potências internacionais no Iraque, tendo respaldo de membros da sociedade iraquiana para empreender tal campanha, como para obter aliados locais e realizar no Iraque seu projeto político-econômico de poder.

Por esta razão, entendemos que as articulações feitas entre EUA e Grã-Bretanha com membros da elite iraquiana, a princípio integrantes da Oposição Iraquiana em 2002, posteriormente parte do CGI durante a gestão da CAP e a consolidação desses mesmos membros no Governo Interino do Iraque demonstram a jogada política bem articulada pelas potências. O movimento consistiu em colocar no poder do Iraque uma

autoridade do exército inimigo. A ocupação estende-se apenas aos territórios onde essa autoridade esteja estabelecida e em condições de exercê-la.

elite que representa os interesses norte-americanos e britânicos ou, ao menos, uma relação de política externa próxima, na qual mesmo com o desmantelamento da ACP ambas as potências pudessem manter seus projetos político-econômicos em benefício às corporações de ambos os países. (AMARAL, 2017)

Desta forma, a atuação da Autoridade Provisória de Coligação tinha seu exercício planejado em conjunto com os iraquianos, antes excluídos do governo. Após a saída da APC, parte desses mesmo iraquianos se mantiveram no poder do país, prontos para manter a agenda das potências ocupantes e, depois, com as eleições em 2005, com membros dessa antiga “elite da oposição” no poder.

4- UMA ANÁLISE DO SUPERIOR TRIBUNAL IRAQUIANO

O sistema penal iraquiano à época, não era compatível com a defesa dos Direitos Humanos, nem com as normas internacionais, tendo em vista que ainda existiam julgamentos injustos, juízes não independentes, o uso tortura, pena de morte, bem como o uso de penas infames e degradantes. Como solução, foi proposta a criação de um Tribunal

Internacional criado pelo Conselho de Segurança e pela Assembleia Geral da ONU, composto por juízes internacionais e por juízes iraquianos como forma de garantia de justiça e conformidade com as regras internacionais.

O Tribunal Penal Supremo do Iraque foi criado através de uma delegação de competências da Autoridade Provisória Coalizão, e, posteriormente, ratificado pelo Governo Provisório Iraquiano, com o objetivo de julgar os crimes e atrocidades cometidos pelo antigo regime Iraquiano de Saddam Hussein, que instalou uma política autoritária de violações e agressões contra comunidades étnicas e religiosas, uma verdadeira política de genocídio, violando os direitos humanos, a fim de dominar territórios ricos em petróleo. Conforme esclarece Renata Matovani:

Na realidade, a lei transitória administrativa promulgada em 10 de dezembro de 2003 pelo Conselho de Governo do Iraque, portanto antes do restabelecimento da soberania do Estado, preservou a efetividade do Tribunal. Em 18 de outubro de 2005 o Governo Transitório do Iraque, estabelecido em 30 de junho de 2004, emendou o Estatuto, integrando-o na legislação nacional e renomeando-o para Tribunal Penal Supremo Iraquiano. (LIMA, 2011)

Desta forma, justificava sua criação dentro de um contexto de uma busca por um sistema judicial justo e efetivo, com garantia dos direitos dos cidadãos, independentemente das suas convicções religiosas, origem étnica ou género a par da necessidade do povo iraquiano, bem como para prevenir toda e qualquer ameaça à ordem pública por ações de vingança e para promover o domínio do direito de acordo com o direito internacional aplicável.

Os Tribunal foi idealizado numa tentativa de ruptura com o regime anterior que controlava de perto os juízes e as decisões dos tribunais, sua sede foi definida na cidade de Bagdá pelo Conselho Interino de Governação⁷⁸ foi definida sua missão e objetivos, prevendo como requisito a descrição completa dos elementos constitutivos aplicáveis aos crimes previstos nos Tribunal e que deveriam ser compatíveis com a lei iraquiana, com as ordens da Conselho Provisório e com o Direito Internacional (AMARAL, 2017).

O Tribunal Penal Supremo Iraquiano foi integrado na legislação nacional na vigência do

⁷⁸ Secção n. 2 da Ordem n. 48 da Autoridade Provisória da Coalizão Autoridade Provisória de Coligação (APC) de 12 de Outubro de 2013.

Governo Transitório do Iraque e possuía jurisdição sobre crimes internos e internacionais, os crimes e princípios internacionais aplicáveis dispostos no Estatuto, reproduzindo o conteúdo de relevantes instrumentos internacionais.

Assim, além da competência material internacional, dispunha sobre princípios como responsabilidade individual criminal, irrelevância da função oficial, responsabilidade de comandantes e superiores hierárquicos, e impossibilidade da admissão de anistia, mesmo concedida antes da vigência do Estatuto (LIMA, 2011). No âmbito jurisdicional dos crimes descritos nos art. 11 a 14, compreendia cidadãos nacionais iraquianos ou residentes no Iraque e, principalmente, se estes indivíduos ocupassem os altos cargos do comando político-militar.

No que dizia respeito ao âmbito temporal, eram compreendidos os crimes cometidos entre 17 de julho de 1968 a 1 de maio de 2003, no âmbito territorial os crimes que tivessem sido cometidos no território do Iraque ou em outro lugar, incluindo os crimes cometidos em conexão com as guerras do Iraque contra a Irã, contra o Kuwait, e a jurisdição dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 cometidos

contra o povo iraquiano (incluindo árabes, curdos, turcomanos, sírios, xiitas e sunitas) cometidos ou não em conflito armado.

No que diz respeito ao direito dos acusados, Renata Mantovani esclarece que:

[...] tanto no inquérito quanto no julgamento, em todas as fases, respeita os requisitos expostos na Convenção Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Assim, encontra-se presente o direito a um advogado, de estar presente no julgamento, de permanecer em silêncio, e presunção de inocência. Entretanto, quatro disposições contrariam os padrões internacionais: (a) não garante o direito a um intérprete e a tradução de documentos na língua do acusado, somente a do Tribunal – árabe; (b) dispõe de uma regra processual rígida, denominada dupla incriminação, isto é, desde que existam fatos novos, a pessoa pode ser julgada novamente pelo mesmo crime; (c) não prevê indenização por erro de julgamento, perdão ou anulação da condenação; (d) a apreciação para a aplicação da sanção é abrangente, e remete para a lei iraquiana. Assim, o Tribunal pode perfeitamente aplicar a pena de morte por enforcamento. No que tange aos crimes comuns, além da própria previsão do Estatuto, aplica-se a Constituição Provisória Iraquiana de 1970, algumas disposições da Lei no. 07 de 1958 e a Lei penal do

Iraque vigente ao tempo do cometimento do delito. Quanto às normas processuais, são válidas a Lei de Processo Penal Iraquiana no. 23, de 1971, e as regras de processo e prova do Estatuto. (LIMA, 2011)

Quanto à organização, o tribunal judicial era composto por uma ou mais Câmaras de Julgamento⁷⁹ e uma Câmara de Recurso⁸⁰, com poderes de revisão das decisões da Câmara anterior, existiam a função de Juiz de Instrução Criminal, uma Procuradoria⁸¹ e um Departamento de Administração encarregado dos serviços administrativos do tribunal judicial e da Procuradoria.

A composição do Tribunal Superior do Iraque era realizada através de juízes iraquianos⁸²,

⁷⁹ As Câmaras de Julgamento eram compostas por juízes independentes permanentes e juízes independentes de reserva, sendo cada Câmara composta por cinco juízes permanentes.

⁸⁰ A Câmara de Recurso era composta por nove membros e logo que designada, a própria Câmara escolhia de entre os seus membros o que ocuparia o cargo de Presidente, nenhum membro das Câmaras de Julgamento podia ser simultaneamente, membro da Câmara de Recurso ou Juiz de Instrução Criminal. O Presidente da Câmara de Recurso era também o Presidente do Tribunal e competia-lhe a supervisão dos aspetos administrativos e financeiros da instituição

⁸¹ Os Procuradores de igual forma eram nomeados pelo Governo Provisório, através de uma consulta ao Conselho Judicial, não havendo, por outro lado, que serem respeitados requisitos ou qualificações específicas para a seleção, sendo excluídos sumariamente aqueles que apresentem antecedentes criminais, declarações falsas, ou ainda, que não desempenhem suas funções.

⁸² Os Juizes Iraquianos com experiência para atuar na corte vinham de atuações na Corte Penal Central do Iraque (CPCI) situada em Bagdá, que era dividida em três câmaras: Tribunal de Investigação, Tribunal de Primeira Instância e Tribunal de Apelação. Assim, tal corte representava consolidação

ainda que sem experiência internacional, entretanto, tal requisito se mostrava flexível, pois que, caso necessário e com o respaldo de uma proposta a ser feita pelo Presidente do Tribunal⁸³, poderia ser feita a nomeação de juízes não iraquianos, mas com experiência em crimes julgados pelo Tribunal (LIMA, 2011). De modo que, tal nomeação também deveria guardar respeito à lei iraquiana, com a devida assistência da comunidade internacional, inclusive da ONU.

Os Juizes de Instrução Criminal⁸⁴ eram nomeados pelo Conselho de Governança, após consulta do Conselho Judicial, tinham o poder de emitir mandados de comparecimento e de detenção sobre os indivíduos sob investigação e competência para recolher prova de todas as fontes que considerassem adequadas ao processo.

de um novo sistema judicial iraquiano promovido pelas potências ocupantes, que respondia às ordens do administrador geral, a APC. (AMARAL, 2017)

⁸³ Cabia ao Presidente do Tribunal nomear conselheiros ou observadores estrangeiros para as Câmaras de Julgamento e de Recurso que tinham a tarefa de prestar auxílio aos juízes em matéria de Direito Internacional e partilhar a sua experiência em tribunais semelhantes. Na escolha destes peritos não-iraquianos o Presidente do Tribunal tinha o direito de requerer assistência da comunidade internacional, incluindo da ONU.

⁸⁴ Os juízes deveriam guardar imparcialidade, idoneidade moral e integridade, assim exigia o Estatuto. Ocorre que, nomeados representavam os interesses do Conselho de Governança.

A competência material limita-se aos crimes contra a humanidade, genocídio⁸⁵, crimes de guerra e as violações às leis iraquianas apostas no Estatuto, as definições destes crimes percorrem os art. 11 a 14 e fundamentam-se nos instrumentos de Direito Internacional. Os crimes contra a humanidade foram definidos como os atos cometidos como parte de um evento ou ataque sistemático dirigido contra qualquer população civil⁸⁶.

⁸⁵ O conceito de genocídio manteve-se na definição prevista na Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 9 de Dezembro de 1948. Assim, seria punido não só o crime efetivado, mas também sua conspiração, incitação direta e pública, tentativa, cumplicidade, bem como quaisquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou grupo religioso: matar membros de grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; inflingir ao grupo condições de vida que possam provocar sua destruição física no todo ou em parte; imposição de medidas destinadas a impedir os nascimentos dentro do grupo; transferência forçada de crianças de um grupo para outro grupo. (LIMA, 2011).

⁸⁶ [...] o art. 12 repete a disposição constante do Estatuto de Roma. Nesse sentido, são criminalmente responsáveis todos aqueles que, como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer população civil, praticar quaisquer dos atos enumerados: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de população; encarceramento ou outra privação grave da liberdade física, em violação do normas fundamentais do direito internacional; tortura; estupro; escravidão sexual; prostituição forçada, gravidez forçada, ou qualquer outro formas de violência sexual de gravidade comparável; perseguição contra qualquer partido político ou a população sobre questões políticas, raciais, nacionais, étnicas, culturais, de gênero, religiosas ou outras causas que são inaceitáveis no direito internacional, em conexão com qualquer ato referido como uma forma de violência sexual ou gravidade comparável; desaparecimento forçado de pessoas; e outros atos desumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento contra a integridade física ou a saúde física ou mental. O parágrafo segundo do referido artigo, assim como o Estatuto do TPI, conceitua termos importantes para a correta aplicação do tipo penal. (LIMA, 2011)

O art. 17 previa a aplicabilidade dos princípios gerais do processo penal em conexão com a acusação e julgamento de qualquer pessoa acusada, que derivavam diretamente do Código Penal de 17 de julho de 1968 (para os crimes que sejam cometidos entre 17 de julho de 1968 e 14 de dezembro de 1969), da Lei n. 111 de 1969 que promulgou o Código Penal Iraquiano para os crimes cometidos entre 15 de dezembro de 1969 e 1 de maio de 2003 e os princípios previstos na Lei n. 23 de 1971 que contém o Código Processual Penal Iraquiano.

Na interpretação dos art. 11 a 13 as Câmaras de Julgamento e de Recurso podiam socorrer-se das decisões relevantes dos tribunais internacionais para fundamentar as suas decisões. As causas de exclusão da responsabilidade penal previstas no Código Penal Iraquiano deveriam ser interpretadas de maneira consistente com os Estatutos e com as obrigações internacionais dos crimes que se encontram na jurisdição do tribunal.

Em última análise, não menos importante, destaca-se que a fonte financiadora do Supremo Tribunal do Iraque era oriunda basicamente de verbas decorrentes do orçamento geral do Iraque e

contribuições voluntárias dos Estados Unidos e da Inglaterra, tendo em vista que a ONU e os países integrantes da União Europeia não concediam aporte financeiro por serem contrários à pena de morte (LIMA, 2011).

Mediante o exposto, em uma análise rápida e sintetizada da competência jurisdicional, material, temporal e territorial do Superior Tribunal Iraquiano, bem como de sua composição organizacional, resulta-se que ao Tribunal competia cumprir requisitos de padrões internacionais de justiça, entretanto as ordens da Autoridade Provisória de Coalizão prevaleciam sobre as regras do Tribunal, a nomeação e designação dos juízes eram feitas pelo Conselho de Governança que era subordinado à Autoridade Provisória de Coalizão, o que, conseqüentemente, colocava em cheque a existência de Tribunal imparcial e íntegro.

5- O SUPREMO TRIBUNAL DO IRAQUE, UM TRIBUNAL HÍBRIDO.

O Supremo Tribunal do Iraque não se trata de um tribunal internacional nem de um tribunal iraquiano *stricto sensu*, isso porque se trata de uma

instituição híbrida, com um sistema processual híbrido, porque não obedece ao sistema processual de outros tribunais internacionais e não é baseado no sistema processual iraquiano unicamente.

Conforme analisado no capítulo anterior, a formação do superior tribunal iraquiano tinha como fundamento a maior proximidade com o direito interno e o direito internacional, em busca de um novo sistema judicial que atendesse as particularidades daquele Estado, o que resultou, portanto, num sistema paralelo com regras e personalidade próprias.

Desta forma, o Superior Tribunal do Iraque pode ser considerado híbrido por suas próprias características, tendo em vista trazer peculiaridades, pretendendo resolver tanto os conflitos internos quanto os internacionais, que tivessem ligações com os crimes cometidos contra a humanidade.

Conforme ensina Renata Mantovani (2011) o Tribunal é um verdadeiro tribunal híbrido, pois que não se trata de um tribunal puro, um vez que tanto as jurisdições nacionais quanto as internacionais partilhariam responsabilidades judiciais, seja nos Estados onde funcionam, seja por intermédio de entidades internacionais, particularmente, a ONU. A

autora observa que tribunais mistos são mecanismos utilizados para a reestruturação da ordem estatal através do auxílio da justiça transnacional, portanto instalados em Estados marcados por graves violações de direitos humanos⁸⁷.

O próprio contexto em que se inseriu o Iraque, desde a Primeira Guerra do Golfo, revelou uma política de constantes afrontas a direitos humanos, comandada por Saddam Hussein, que por tais razões, se fez necessária a estrutura híbrida do superior tribunal do Iraque. Portanto, corroborando com o entendimento de Renata Mantovani⁸⁸, recorrer a um tribunal internacional faria com que todo o processo fosse caro e moroso, bem como contrário à necessidade de recuperação da confiança no sistema

⁸⁷ [...]A ideia, portanto, é conjugar os benefícios da experiência da comunidade internacional com a legitimidade dos atores locais. [...] É pertinente ressaltar que os Tribunais Híbridos, à exceção do Líbano, estão unidos por um contexto histórico de conflito armado “interno-internacionalizado”, marcado por graves e prolongadas violações de direitos humanos. Por esse motivo não se poderia deixar de perseguir, julgar e punir aqueles que cometeram barbáries e transgrediram normas internacionalmente reconhecidas, ainda que as Instituições Judiciais estivessem em colapso e não possibilitassem um julgamento imparcial e independente. Ademais, a própria institucionalização desses Tribunais Mistos é tida como um mecanismo para a reestruturação da ordem estatal interna por meio do auxílio da justiça transnacional aliada às necessidades regionais de uma forma focada e eficiente. (LIMA, 2011, p. 164-165).

⁸⁸ Em aula ministrada no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, no dia 28 de outubro de 2018, a professora Renata Mantovani Lima especificou a singularidade do superior tribunal do Iraque, durante a apresentação do seminário intitulado “Conflito Armado no Iraque”.

judicial nacional no julgamento de crimes contra iraquianos.

6- A LEGITIMIDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL IRAQUIANO

Atentos os problemas já elencados no decorrer desta pesquisa, o Superior Tribunal Iraquiano padecia de problemas de legitimidade e de conformidade com o Direito Internacional Humanitário porque os seus Estatutos foram promulgados na vigência da ocupação e não pelo próprio Governo Iraquiano. Nesse sentido, o processo da criação do Tribunal justamente quando passava por uma ocupação, colocando em cheque sua capacidade de conduzir julgamentos de forma justa.

Newton (2005) considerou que o Tribunal e as regras de processo penal revelavam um sistema de proteção compatível com os Princípios Internacionais de Direitos Humanos e que a Autoridade Provisória da Coalizão estava legitimada para a promulgação dos Estatutos atendendo ao que foi designada pela ONU com o consenso de membros de mais de vinte Nações.

Ocorre que, tal legitimidade foi conferida com o propósito específico de ser um poder temporário para o restabelecimento da soberania iraquiana e para o exercício das obrigações que derivavam do direito internacional. Assim, ao contrário do que defende Newton, os Estatutos revelam o risco do Tribunal Especial Iraquiano ser uma marionete da potência ocupante e uma ferramenta de vingança por parte dos inimigos de Saddam Hussein e não uma verdadeira mudança no sistema judicial.

Assim, a problemática da legitimidade do Tribunal Superior do Iraque⁸⁹ consiste em atribuir que este sofria influência pelas potências ocupantes, afetando a percepção de transparência e imparcialidade em sua atuação. Segundo Amaral (2017) os EUA sempre defenderam a ideia de um tribunal iraquiano e dissociado da ONU, isto porque há de forma indireta uma intervenção dos EUA no processo de criação do tribunal.

De forma que, o Tribunal acaba por refletir essa opção porque os juízes iraquianos são selecionados por um Conselho de Governação

⁸⁹ STI teve seus Estatutos promulgados pelo Governo de transição em 9 de Outubro de 2005.

escolhido pela Autoridade Provisória da Coalizão (APC), com a assistência de peritos internacionais e com o financiamento americano.

Após a queda do regime de Saddam Hussein, o sistema legislativo e o sistema judicial "estavam corrompidos e tinham caído sob o peso da tirania" (NEWTON, 2005). Desta forma, a existência de juízes iraquianos, como manifestação da independência do tribunal, foi posta em causa porque o isolamento destes juízes durante o regime fez com que o acesso à jurisprudência internacional fosse restrito e, conseqüentemente, originou a falta de preparação em matéria de direito internacional e a experiência em casos de maior gravidade.

Entretanto, o fato de os crimes cometidos serem dotados de uma especial exigência de percepção de imparcialidade, atendendo ao seu carácter grave e complexo, e que os julgamentos justos e à luz do direito internacional constituíam uma verdadeira transição para a democracia. Em razão disso, o expoente desta percepção seria a responsabilização de Saddam Hussein e dos membros do regime, facilitando a integração e participação de um Governo composto por curdos,

sunitas e xiitas e uma verdadeira viragem na escolha dos novos líderes.

Conforme estudado no capítulo que se refere ao estudo do Tribunal Superior do Iraque, no que respeita aos arguidos, o Direito Internacional consagrou medidas de proteção que não ficaram espelhadas nos Estatutos, como por exemplo, na fase de investigação não estava prevista a proibição de prisões ou detenções arbitrárias, a proibição da autoincriminação ou indução à confissão, proteção contra a coação, ameaça, tortura ou tratamento cruel e degradante, não estavam previstas regras relativas à utilização de intérpretes para os casos em que seja necessário comunicar na língua do arguido e por último, não estava previsto o direito ao silêncio (LIMA, 2011).

Em outro aspecto, em nível do direito processual penal, havia a previsão da admissibilidade das confissões obtidas por coação física e os julgamentos poderiam não ser públicos caso o tribunal assim o entendesse, por razões relacionadas com a segurança e a decência, previsões que contrariam os princípios e garantias de defesa previstos nas normas internacionais.

Por outro lado, não existia a previsão da possibilidade de escusa ou afastamento, nos casos em existisse intervenção ou proximidade com o arguido, nos casos em que o Juiz tivesse um interesse especial no caso (quer por relações pessoais ou profissionais com as partes em juízo), ou que sobre ele tenha emitido pareceres ou opiniões e que, razoavelmente, pudessem afetar a sua imparcialidade.

No que concerne às penas, o Tribunal previa a aplicação da pena de morte, que é amplamente criticada e proibida em vários instrumentos do Direito Penal Internacional, ocorre que tal previsão veio corroborar a percepção de que tal pena é a manifestação da vingança e não a verdadeira aplicação da Justiça.

De modo que, os estudos levantados durante este trabalho levam à conclusão de que os processos de competência do Tribunal Superior do Iraque exigiam conhecimentos e experiência internacional que não estavam ao alcance dos operadores da Justiça naquele país (Juiz de Instrução Criminal, Procuradores e até mesmo dos Juizes de Julgamento e de Recurso).

Diante do exposto, a construção do Tribunal, bem como das regras processuais que o completa pareceu seguir o caminho das normas internacionais, demonstrou vontade de transição e a procura de efetividade e credibilidade dos julgamentos, entretanto, ante os interesses da potência ocupante colocaram em dúvida a capacidade do tribunal em conduzir julgamentos de forma justa.

7- A CONDENAÇÃO DE SADDAM HUSSEIN

O regime de Saddam Hussein foi um dos mais violentos da História recente, entre todos os crimes praticados por Saddam Hussein e pelos membros do regime Baath, a decisão foi a de iniciar o julgamento com o massacre de Dujail⁹⁰, tendo em

⁹⁰ Em 8 de julho de 1982, data em que Saddam Hussein se deslocou em visita oficial à cidade xiita de Dujail, localizada a cerca de cinquenta quilômetros de Bagdá e onde se encontravam aquartelados os membros do partido revolucionário Dawa, que contava com o apoio iraniano desde a guerra Irão-Iraque. Após a visita e no regresso a Bagdade, a coluna militar de Saddam Hussein foi atacada com uma ofensiva vinda dos pomares que rodeavam a cidade. Em retaliação, a 23 de Julho são emitidos mandados de destruição de todos os pomares e colheitas da cidade (num total de 250.000 hectares) que eram o sustento da população. Em Dezembro do mesmo ano, 393 homens e 394 mulheres e crianças foram detidos numa ação em massa e levados para Bagdade onde foram fechados nas celas de Abu Graihb e torturados durante interrogatórios intermináveis. Do cárcere que durou dois anos, resultou a morte de muitas pessoas que não resistiram ao sofrimento infligido pela tortura e severas ofensas corporais. Posteriormente, foram condenadas à morte 148

vista que havia uma investigação concluída e com prova sólidas para a acusação do crime de genocídio, o julgamento ocorreu num cenário de intensa violência, onde eram frequentes os relatos noticiosos de bombardeios e explosões que ocorriam durante as sessões de julgamento.

O julgamento decorreu ao longo de trinta e sete sessões durante nove meses e teve uma cobertura midiática intensa por todo o mundo. Saddam Hussein contava com uma equipe de vinte e cinco defensores cuja estratégia passou por tentar desacreditar o caso, politizando-o, com o argumento de que este não se limitava aos crimes cometidos em Dujail, mas a todo um processo político relacionado com a falta de independência⁹¹ do Tribunal.

No decorrer do julgamento levantaram-se questões relativas à segurança de todos os

peçoas, acusados de atentarem contra a vida do Presidente Saddam Hussein. No seguimento da acusação da prática destes crimes, foram detidos e levados a julgamento (entre outros arguidos com menor peso mediático) Saddam Hussein al-Tikriti (ex-presidente do Iraque), Taha Yasin Ramadan (antigo vice-presidente do Iraque), Barzan Ibrahim al-Tikriti (meio-irmão de Saddam Hussein e chefe da polícia secreta de Mukhabarat em 1982), Abdullah al-Musheikhi e Mizher al-Musheikhi (ambos oficiais do partido) e Awad Hamad al-Bandar (antigo presidente do tribunal revolucionário) para que respondessem sobre a prática dos crimes de genocídio, homicídio, tortura e prisão ilegal de cidadãos iraquianos.

⁹¹ A defesa chegou a alegar que toda a credibilidade do Tribunal estava em causa, porque tinha sido o primeiro-ministro Laith Kubba a marcar o início das sessões. (AMARAL, 2017)

intervenientes (advogados⁹², juizes, testemunhas e funcionários do tribunal), bem como foi levantada a hipótese de mudança do tribunal para *Green Zone*, que levantava ainda mais argumento de falta de independência do tribunal, porque este era território ocupado pelos militares da Autoridade Provisória da Coalizão.

Nesse sentido, ao longo do julgamento sucederam manifestações da falta de independência do tribunal e a substituição de três juizes⁹³, sem motivo aparente, não ajudou a apaziguar as críticas (AMARAL, 2017). Foram ouvidas muitas testemunhas, algumas das quais tinham sido sujeitas a severas torturas e penas de prisão de vários meses durante o regime de Saddam Hussein, que após o depoimento em tribunal, suas famílias sofreram represálias, através de raptos, assassinatos e amputação de membros.

A sentença foi lida em 5 de Novembro de 2006 resultando na condenação de Saddam Hussein

⁹² O advogado de defesa Saadoun Sughaiyer al-Janabi foi raptado e encontrado morto com um tiro na cabeça, dias depois, em 8 de Novembro outro advogado, Abdel Muhammed al-Zubaidi foi morto a tiro enquanto conduzia, sendo que no total, foram mortos três membros da defesa.

⁹³ Em Janeiro de 2006 o juiz Rizgar Mohammed Amin foi substituído pelo juiz Ra'ouf Abdul Rahman (de ascendência curda e oriundo da cidade de Halabja) mas antes da nomeação deste ultimo, havia sido anunciado que o juiz successor seria Sa'eed al-Hammashi que foi acusado de pertencer ao partido Baath e que foi afastado por essa razão.

(antigo presidente do Iraque), Awad Hamad al-Bandar (antigo presidente do Tribunal Revolucionário) e Barzan Ibrahim al-Tikriti a morte por enforcamento pelos crimes de prisão ilegal, tortura, e homicídio premeditado de cidadãos iraquianos da cidade de Dujail. Questionados em sede recursão quanto à problemática da aplicação da pena de morte, o tribunal respondeu com a fundamentação que se segue:

É o presidente é quem tem a responsabilidade de sofrer as consequências dos crimes praticados, uma vez que foi ele quem deu as ordens aos subordinados. Ao dar estas ordens que levam à prática de crimes, a pessoa não é o líder de um Estado que respeita a lei, mas o líder de um grupo criminoso. (CARAPÊTO, 2016)

Mantida a sentença de pena de morte, a custódia de Saddam Hussein passou da Autoridade Provisória de Coalizão para o governo iraquiano as 05h30 da manhã do dia 30 de Dezembro de 2006 e

foi enforcado por volta das 06h10 no dia do feriado religioso do *Eid*.

A razão de ser de um tribunal interno é a legitimação de um novo regime face ao anterior e o restabelecimento do respeito pela Lei e pelo Direito, através do julgamento dos infratores no Estado soberano onde ocorreram as violações. Desta forma, a intenção da criação do Superior Tribunal do Iraque foi essa, mas conforme o presente trabalho, as principais críticas que lhe foram apontadas, como a ilegitimidade e falta de independência dos juízes puseram em causa a sua neutralidade e a racionalidade do julgamento.

8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foi possível verificar os aspectos principais do contexto do julgamento de Saddam Hussein pelo Superior Tribunal do Iraque, partindo-se de seu histórico, numa análise do conflito através de suas especificidades culturais, jurídicas, políticas e econômicas, em especial, bem como, através da postura dos EUA que executou papel de liderança na defesa do projeto de intervenção do Iraque, em busca de suporte e

reconhecimento internacional via ONU, para validar a derrubada de Saddam do poder do Iraque.

O tema em debate, não se trata de uma simples análise do exercício jurisdicional por um Tribunal Superior de um Estado, mas sim de uma relação de poder entre Estados, ou seja, como o governo dos EUA trabalhou na sua ocupação ao Iraque, os interesses políticos para promover a mudança de regime no Iraque, através da deposição de Saddam Hussein do poder.

Nesse sentido, através da pesquisa apresentada torna-se evidente que a atuação dos EUA no Iraque, fora viabilizado através de um mecanismo de coligações com iraquianos excluídos do poder (rivais do regime Baath) pelo antigo regime ditatorial de Saddam Hussein, a fim de se estabelecer parcerias locais e, conseqüentemente, assegurar a influência das potências ocupantes naquele país.

Para consolidar o projeto de dominação do Iraque, a articulação dos EUA foi substancial para a manutenção de seus interesses no Iraque, mesmo com a transferência de poder da Autoridade Provisória da Coalizão (APC) para o Governo Interino do Iraque, para consolidação tanto da

legitimidade, como da atuação prática em solo iraquiano da ocupação e reconstrução do Iraque.

O agir estratégico dos EUA consistiu em colocar no poder do Iraque uma elite que representasse seus interesses ou, ao menos, tivessem uma relação de política externa próxima, na qual mesmo com o desmantelamento da Autoridade Provisória da Coalizão (APC) pudessem manter seus projetos político-econômicos em benefício às suas corporações.

Desta forma, no que pertine a atuação do Superior Tribunal do Iraque no julgamento de Saddam Hussein, a opção por um tribunal internacional teria sido uma decisão mais ajustada em matéria de garantia dos princípios de direito internacional, mas o argumento da necessidade urgente de justiça e da sua realização pelos próprios nacionais sob alçada do regime iraquiano amenizaram a desconfiança das populações, ao mesmo tempo que serviram aos interesses das potências dominantes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rodrigo Augusto Duarte. **Ocupação e Reconstrução do Iraque: a atuação da coalizão de autoridade provisória (2003-2004)**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=5002704>. Acesso em 10 outubro 2018

BBC. **O Iraque de Saddam: Guerra Irã-Iraque**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/especial/1314_sadamsiraq2>. Acesso em 20 outubro 2018.

COELHO FILHO, Irineu José. **Guerra do Iraque: conflitos armados**. Documento PDF. Itaúna, 2017.

FAVERO, Fabio Arroyo. **Um balanço entre o multilateralismo e o unilateralismo na política externa dos EUA no caso da guerra contra o Iraque em 2003**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais “SanTiago Dantas”, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=215856>. Acesso em 12 dezembro 2018.

GARCIA, Maria Clara Ferreira Leite. **Iraque em cena: cinema, opinião pública e o mito da guerra nos Estados Unidos da América**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em História da Universidade Federal Fluminense.

Disponível em:
<<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/204/1/Garcia%20C%20Maria%20Clara-Dissert-2013.pdf>>. Acesso em 10 dezembro 2018.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **Coleção para entender: A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ITAMARATY. **A questão do Iraque**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/content/article?id=10612:notas-para-exposicao-do-ministro-celso-lafer-na-comissao-de-relacoes-exteriores-e-defesa-nacional-do-senado-federal-conjunta-com-a-comissao-de-relacoes-exteriores-e-defesa-nacional-da-camara-dos-deputados-20-de-novembro-de-2002>>. Acesso em 15 outubro 2018

LIMA, Renata Mantovani de. **A contribuição dos tribunais híbridos para o desenvolvimento do Direito Internacional Penal**. Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LimaRM_1.pdf>. Acesso em 10 outubro 2018

LIMA, Renata Mantovani de. **O Tribunal Penal Internacional na perspectiva do Brasil**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LimaRML_1.pdf>. Acesso em 10 outubro 2018

RIBEIRO, Mikelli Marzzini Lucas Alves. **Desafios ao processo de institucionalização das intervenções humanitárias no pós-guerra fria:** As Consequências da Invasão dos Estados Unidos no Iraque (2003). Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=930273#>. Acesso em 13 dezembro 2018.

TRIGUEIRO, Gabriel Romero Lyra. **Crise de Identidade: uma análise dos argumentos de Dissent Magazine sobre a Guerra do Afeganistão e a Guerra do Iraque (2000-2006).** Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <<http://www.historia.uff.br/stricto/td/1716.pdf>>. Acesso em 15 outubro 2018.

Deyra, Michel. **Direito Internacional Humanitário.** Editado por Comissão Nacional para as Comemorações do 50 Aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e Década das ONU para a Educação em matéria de Direitos Humanos. Gabinete de Documentação e Direito Comparado Procuradoria-Geral da República, 2001.

Newton, Michael A. **The Iraqi Special tribunal: a Human Rights Perspective.** Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol38/iss3/10/>>. Acesso em 13 dezembro 2018.

Documentário do programa America at a Crossroads na PBS - Public Broadcasting Service: **The trial of**

Saddam Hussein. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=byzGvm6ILIE> [consultado em 10/10/2018] **Leitura da Sentença de Saddam Hussein: Saddam Hussein verdict.** Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=cGQaPYzFZ8o> [consultado em 10/10/2018] **Vídeo sobre a vida e morte de Saddam Hussein: The Life and Death of CIA Asset Saddam Hussein.** Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=YMY3AR2jCkM> [consultado em 10/10/2018].

OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO CONSTITUCIONALISMO

THE EFFECTS OF GLOBALIZATION IN INTERNATIONAL LAW AND CONSTITUTIONALISM

*Luciana Andréa França Silva
Wanderson Dias Fernandes*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo evidenciar as transformações na sociedade frente ao fenômeno da globalização. A partir da análise de conceitos clássicos de globalização, dos efeitos da globalização relacionados à soberania e da aproximação do direito constitucional com o direito internacional, procura-se analisar os efeitos da globalização no Estado de Direito em aspectos principalmente ligados à necessidade de constitucionalização do direito internacional com base no novo constitucionalismo.

Palavras-chave: Globalização; Estado de Direito; Soberania; Constitucionalismo; Direito internacional.

ABSTRACT

The present article aims to highlight the transformations in society facing the phenomenon of globalization. From the analysis of classical concepts of globalization, the effects of globalization related to sovereignty, and the approximation of constitutional law with international law, we seek to analyze the effects of globalization on the rule of law in aspects mainly related to the need for

constitutionalisation of law based on the new constitutionalism.

Keywords: Globalization; Rule of law; Sovereignty; Constitutionalism; International right.

INTRODUÇÃO

O atual cenário mundial encontra-se repleto de elementos próprios do processo de globalização, seja na economia, política, sociedade, educação e com mais ênfase no comportamento de consumo.

No entanto, devemos compreender o comportamento e as transformações culturais e sociais na era da globalização e como eles se expressam em um espaço jurídico nacional cada vez mais interligado com o global.

Neste contexto é possível dizer que estamos passando por uma padronização cultural e social e até constitucional? Analisando o processo jurídico internacional é possível perceber e descrever um campo em termos de paradigmas que ajudam a ordenar realidades complexas onde a estrutura do direito internacional evoluiu da coexistência por meio da cooperação para a constitucionalização.

Esta pesquisa pretende fazer uma análise da globalização e seus efeitos, em especial aos efeitos relacionados à proposta de uma constituição internacional da comunidade jurídica sob a luz da globalização. Na era da globalização, uma reconstrução constitucionalista é uma reação desejável à desconstituição visível no ordenamento jurídico nacional, como também a constitucionalização do direito internacional não pode ser ignorada pelos Estados, sob pena da perda da soberania estatal.

Com a Globalização, inegavelmente, ampliam-se as facilidades de comunicação e, conseqüentemente, a transmissão dos valores culturais. Assim, diferentes culturas e diferentes costumes podem interagir sem a necessidade de uma integração territorial.

A Constituição, como expressão da vontade soberana do povo, também sofre influências com a globalização e a necessidade de constitucionalização do direito internacional, bem como o direito internacional passa por uma reestruturação em busca de valores constitucionais que os legitimem em mundo onde as fronteiras já não são suficientes para delimitar os Estados.

Abalado pela crise de soberania e de legitimidade, o Estado sofre um ataque que atinge diretamente a

Constituição, como nos ensina Alfonso de Julios Campuzano (2009)⁹⁴

A crise de soberania que afeta o Estado alcança em cheio a Constituição. A crise de legitimidade do próprio Estado é, também, um ataque contra a Constituição. No entanto, os males da Constituição somente podem ser sanados com doses crescentes de democracia (que permitam encarar com êxito o avanço de legitimidade da norma fundamental nas sociedades contemporâneas) e com mais Constituição (isto é, com a credibilidade das garantias constitucionais e com um fortalecimento das estruturas jurídicas constitucionais em nível nacional e supranacional). A resposta à crise da Constituição como norma suprema dos ordenamentos democráticos não pode ser outra que não o fortalecimento dos mecanismos democráticos e dos conteúdos substantivos da própria Constituição a partir de sua extensão até marcos jurídicos supranacionais. A globalização introduz desafios que inquietam e incertezas que atordoam. Afrontá-las requer uma atitude decisiva pela elaboração de respostas institucionais no âmbito jurídico, político econômico. Deter seu avanço incontrolável é, simplesmente, inútil (CAMPUZANO, 2009, p. 96)

⁹⁴ CAMPUZANO, Alfonso de Julios. Constitucionalismo em tempos de globalização. Tradução: Jose Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Em outras palavras, com os desafios introduzidos pela globalização os Estados devem tomar uma atitude decisiva para a elaboração de respostas, uma vez que este avanço incontrollável não pode ser simplesmente detido.

Com o objetivo de analisar os aspectos da globalização e seus efeitos será feita uma análise de como este fenômeno global impacta na sociedade e com mais ênfase no Estado de Direito, mais precisamente na soberania estatal.

Com isso, passaremos a uma análise de como o constitucionalismo vem se transformando ao longo desse processo de mudança de paradigmas atual e por fim faremos uma exposição, sem a pretensão de exaurir o assunto, sobre a internacionalização do direito constitucional e a abertura dos Estados com a constitucionalização do direito internacional no âmbito nacional como forma de reafirmação de seu poder soberano.

2. A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

A globalização⁹⁵ é um processo de integração social, econômica e cultural entre as diferentes regiões do

⁹⁵ Para Zygmunt Bauman (1999, p. 7) “A ‘globalização’ está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma

planeta⁹⁶. A globalização é um termo frequentemente utilizado para descrever a atual conjuntura da realidade econômica atual em que prevalece o sistema capitalista e como este vem se consolidando no mundo. Na realidade, a globalização pode ser percebida como uma forma de integração total ou parcial entre as diversas localidades do planeta e a maior conectividade proporcionada pelos sistemas de transporte e comunicação que encurta distâncias e dissemina o conhecimento de forma mais rápida e fácil.

Não podemos nos distanciar da ideia de que a globalização é um processo constante que vem transformando a sociedade ao longo do tempo e que nos encontramos em constante transformação e evolução e que os movimentos sociais tendem a ser mais rápidos e eficientes levando a uma integração mundial cada vez maior.

Os principais responsáveis pelo avanço e a consolidação da globalização foram os avanços nos sistemas de comunicação e transporte impulsionados pela rede mundial de computadores (internet), o que propiciou uma integração revolucionando o mundo melhor

encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros.”

⁹⁶ Disponível em <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/globalizacao.htm>
Acesso em 02.01.2018

explicitado pela expressão “aldeia global”⁹⁷, referindo-se a um local onde todas as coisas estão próximas, remetendo à ideia de que a integração mundial tornou o planeta metaforicamente menor.

O termo globalização passou a ser difundido a partir da década de 80, principalmente após a queda do Muro de Berlim e o fim da Guerra Fria. Muitos defendem que a globalização teria se iniciado a partir da expansão marítima europeia no final do século XV, quando o sistema capitalista iniciou sua expansão pelo mundo.

Esta expansão foi apresentando evoluções de maneira gradativa, recebendo incrementos com as revoluções industriais e suas transformações tecnológicas. No entanto, foi na chamada Revolução Técnico-Científico-Informacional que se iniciou em meados do século XX e que ainda está ocorrendo é que se evidenciou os avanços tecnológicos no contexto dos sistemas de informação, sobretudo a partir da difusão dos aparelhos eletrônicos de

⁹⁷Conceito desenvolvido pelo teórico Marshall McLuhan (1964) para explicar a tendência de evolução do sistema mediático como elo de ligação entre os indivíduos num mundo que ficava cada vez mais pequeno perante o efeitos das novas tecnologias de comunicação. McLuhan considerava que, com os novos meios, o mundo se tornaria uma pequena aldeia, onde todos poderiam falar com todos e o mais insignificante dos rumores poderia ganhar uma dimensão global. O conceito tornou-se uma das pedras angulares das teorias que procuram explicar o fenómeno da globalização e da localização. *Aldeia global* in Artigos de apoio Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2018. Disponível na Internet: <https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/Saldeia-global>. Acesso em 01.03.2018.

comunicação e da internet, além de uma grande evolução no sistema de transporte.

A principal característica da globalização é o fato de que houve uma manifestação nas mais diversas esferas que compõem e sustentam a sociedade atual: espaço geográfico, educação, cultura, política, saúde, economia e até quanto aos direitos humanos. Hoje podemos perceber que uma prática de manifestação cultural de uma determinada sociedade pode ser vivenciada em outras partes do mundo, evidenciando a integração de culturas em que estas se influenciam mutuamente.

Neste contexto, vários elementos podem ser considerados como consequências da globalização no mundo sendo uma das evidências é a configuração do espaço geográfico internacional em redes, sejam elas de transporte, de comunicação, de cidades, de trocas comerciais ou de capitais especulativos.

Surge também a partir do fenômeno acima descrito a configuração de blocos econômicos com a formação de acordos comerciais regionais que passam a ser uma comunhão de Estados buscando a colaboração econômica e a regulação do comércio a partir de regras comuns entre estes, culminando na expansão e consolidação do sistema capitalista permitindo uma rápida transformação de seus pressupostos acompanhando o avanço mundial.

Com uma maior integração mundial o sistema liberal, ou como preferem alguns, o sistema neoliberal ampliou-se consideravelmente com relação às políticas econômicas nacionais, como resposta a uma necessidade de evolução dos Estados para a adequação da ideia de que o Estado deve apresentar uma mínima intervenção na economia.

Com a globalização o mundo passa a experimentar uma ampla inter-relação entre o local e o global com incontáveis aspectos e características peculiares dessa nova situação mundial. Desta forma, os Estados, como historicamente constituídos, passam por uma série de crises frente à desconstrução dos paradigmas que orientaram a elaboração dos saberes e das instituições da modernidade⁹⁸.

Reconhecendo a globalização como forte desafio para a soberania, Crawford⁹⁹ sustenta que ainda assim as bases normativas ainda permanecem:

Relatórios sobre morte da soberania são muito exagerados: não só é o Estado livre

⁹⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Crises do Estado e da Constituição e a transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

⁹⁹ CRAWFORD, James. “Sovereignty as a legal value” in the Cambridge Companion to International Law. Edited by James Crawford and Martti Koskeniemi. Cambridge University Press, 2012, p. 117-133.

para exercer a sua soberania, a proteção de seus interesses praticamente exige isso. Ele pode entrar em uma variedade de relações políticas que envolvam associação com outros Estados. Ele pode decidir reunir soberanias através de constituições regionais, como a União Europeia – supondo que elas estão disponíveis para ele. Ou pode entrar em acordos substantivos específicos com outros Estados e organizações. Breve integração em grande escala em outro Estado, a soberania sobrevive a tais exercícios refletindo a contínua identidade da comunidade territorial em relação à qual o seu governo deve ser (e às vezes é) responsável. (CRAWFORD, 2012)

A globalização impulsiona a aproximação de forma recíproca entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional ao questionar os pressupostos básicos do constitucionalismo moderno que passa a identificar na Constituição o reflexo da soberania de um povo figurando como ápice de todo o ordenamento jurídico do Estado como nação.

3. O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO

O fenômeno da globalização, a Revolução da Internet¹⁰⁰ e o surgimento de redes globais nos campos da economia, ciência, política e direito, aumentaram a interdependência global. A globalização, a partir de então, coloca as constituições dos Estados e até os próprios Estados sob uma situação de tensão, uma vez que os problemas globais obrigam os Estados a cooperarem com as organizações internacionais por meio da adesão aos tratados bilaterais e multilaterais.

Com isso, as funções governamentais, como garantir segurança humana, liberdade e igualdade, são, em parte, transferidas em níveis "mais altos". Além disso, aos atores não estatais são cada vez mais confiadas funções de exercício tradicionais do Estado, como atividades militares e policiais¹⁰¹.

O resultado desses fenômenos múltiplos é a "Governança" (entendido como o processo geral de regulamentação e ordenação de questões de interesse

¹⁰⁰ José Luis Bolzan de Moraes traz a ideia de que a “*revolução da internet*” – que, descentralizando o mundo, transforma a linguagem da política, tomando emprestado o que indica S. Rodotà – vamos enfrentar o que identifica como o “mundo novo dos direitos”.

¹⁰¹ No Iraque ocupado pelos EUA em 2003 a 2004, funcionários de empreiteiros federais e subcontratados (Blackwater USA, Kroll Inc., Custer Battles, Titan Corporation e outros) trabalharam como mercenários, policiais, guardas, oficiais de detenção e interrogadores.

público)¹⁰² que passa a ser exercido além dos limites constitucionais dos Estados. Isso significa que as constituições dos Estados não conseguem mais regular sua soberania dentro de seus limites geográficos e legislativos de forma abrangente.

Assim, objetivo original das Constituições dos Estados para formar uma ordem básica completa é derrotada. E essa perda da força normativa das constituições nacionais afeta não apenas o princípio constitucional da democracia, mas também o Estado de Direito, o princípio da segurança social e a própria soberania.

Com isso surge a necessidade de uma constitucionalização compensatória no plano internacional que alcance uma regulação frente ao fenômeno constante da globalização, como forma de oferecer proteção constitucional completa.

Não há como negar o enfraquecimento da força normativa da Constituição em um cenário onde a interdependência é característica marcante de um processo desencadeado pela globalização, o que evidencia a necessidade de se garantir a vigência da Constituição em uma visão garantista. Posição essa que se encontra abalada

¹⁰² Termo utilizado na Comissão sobre Governança Global: *Our Global Neighborhood: Relatório da Commission on Global Governance* (1995).

por diversas crises relacionadas ao fim do Estado Nacional, como bem lembra Ferrajoli, eliminando o Estado nacional como ator único da produção jurídica.

Conforme ressalta Campuzano (2009)¹⁰³:

Na medida em que se multiplicam as instâncias produtoras de direito e as fontes de normatividade e se deslocam os centros de decisão, a efetividade da Constituição é colocada em dúvida, pois a mesma soberania do Estado foi desgastada, e com ela, a capacidade reguladora do texto constitucional e de seu ordenamento jurídico. E isto leva, segundo o jurista italiano, a uma dupla forma de dissolução da modernidade jurídica, na medida em que se gera um direito comunitário de natureza fundamentalmente jurisprudencial, como consequência da intervenção de diversas jurisdições eventualmente concorrentes, no tempo que a multiplicação de normatividade provoca o regresso a um pluralismo jurídico próprio do direito pré-moderno.

Surge, a partir da globalização e dos movimentos decorrentes deste fenômeno, a necessidade de adequação constitucional como forma de sobrevivência do Estado de Direito e de suas instituições onde o direito internacional passa a vigorar de forma evidente tensionando a soberania

¹⁰³ CAMPUZANO, Alfonso de Julios. Constitucionalismo em tempos de globalização. Tradução: Jose Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

dos Estados e um direito global que atenda a todos os Estados de maneira equânime.

Além disso, a partir do surgimento de uma densa rede de mecanismos informais de decisão na esfera econômica supranacional, a globalização gerou uma constelação de foros, instâncias e organismos econômicos internacionais, os quais, com a participação direta ou indireta dos Estados, ditam pautas, estabelecem medidas e promulgam resoluções que ordenam a atividade econômica dos mercados no âmbito infraestatal e no contexto internacional, limitando, assim, a margem de soberania dos Estados na definição de seus programas de política econômica e assistencial¹⁰⁴.

4. A INTERNACIONALIZAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES OU O CONSTITUCIONALISMO DO DIREITO INTERNACIONAL?

Para trabalharmos como se daria o constitucionalismo no direito internacional, faz-se necessário esclarecer a noção de "constituição". O significado do termo varia em diferentes culturas

¹⁰⁴ CAMPUZANO, Alfonso de Julios. Constitucionalismo em tempos de globalização. Tradução: Jose Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

constitucionais. Além disso, as constituições foram historicamente ligadas aos Estados e à sua história constitucional. Alguns até contrastaram a ideia constitucional com a esfera internacional como sendo um caminho anticonstitucional.

Atualmente, o termo "constituição" é mais empregado para definir as Constituições que regem os Estados mais isso não deve ser pensado às constituições estaduais. Hoje, podemos perceber que o vínculo teórico entre a Constituição e o Estado também foi relativizado na linguagem cotidiana e no discurso legal (e, portanto, o significado de "constituição" pode ter sido ampliado). Segundo Paulo Bonavides (2014)¹⁰⁵

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição. (BONAVIDES, 2014, p. 80)

Em particular, as constituições estatais normalmente possuem características formais típicas. Uma

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

delas é que elas são codificadas em um único documento sendo a constituição inglesa é a exceção mais conhecida.

4.1 O Constitucionalismo do Direito Internacional

Podemos considerar que a Carta das Nações Unidas é o documento constitucional do direito internacional. Por outro lado, a Carta das Nações Unidas não traz a previsão do que é importante e básico no direito internacional. Com isso há muita substância constitucional fora da Carta das Nações Unidas. Isso significa que falta um documento constitucional abrangente para a comunidade internacional. Outra questão, embora relacionada, é que os tratados fundamentais das organizações internacionais podem ser qualificados como a constituição dessa organização.

A abordagem constitucionalista da lei das Organizações Internacionais fornece a justificativa de restrições legais sobre as algumas atividades por parte dos Estados e, portanto, esses tratados potencialmente tem um poder intrusivo ou mesmo abusivo dessas organizações dentro do ordenamento jurídico dos Estados.

Outra propriedade tradicional do direito constitucional é que este substitui o direito comum, ou

seja, a chamada Supremacia da Constituição. Como ensina José Luis Bolzan de Moraes (2011)¹⁰⁶:

Assim, a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Neste viés, pode-se dizer que a soberania moderna é aquela típica do Estado-Nação. Aquela caracterizada por uma estrutura de poder centralizado e que exerce o monopólio da força e da política – legislativa, executiva e jurisdicional – sobre um determinado território – como um espaço geográfico delimitado por suas fronteiras – e a população – como um conjunto de indivíduos que é reconhecido como cidadão/nacional – que o habita. (BOLZAN, 2011, p. 27)

Essa característica formal da supremacia também está presente no plano internacional: O *Ius cogens*¹⁰⁷ é um corpo específico e superior de normas de Direito

¹⁰⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. Crises do Estado e da Constituição e a transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁰⁷ O *jus cogens* compreende o conjunto de normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional, que não podem ser objeto de derrogação pela vontade individual dos Estados, de forma que essas regras gerais só podem ser modificadas por outras de mesma natureza (CAPARROZ, 2012).

Internacional. Trata-se de acordos internacionais e do direito consuetudinário.

A própria Carta das Nações Unidas constitui um tipo de lei superior diferente, se confrontadas com os tratados. De acordo com artigo 103 da Carta das Nações Unidas¹⁰⁸, as suas disposições prevalecem em caso de conflito entre as obrigações da Carta dos Estados Membros e as obrigações decorrentes de qualquer outro acordo. Por conseguinte, existe uma hierarquia de normas dentro do direito internacional.

Outra característica das constituições codificadas é que elas são feitas por um poder constituinte em um ato revolucionário, um poder constituinte originário como uma espécie de grandeza constitucional. No plano internacional, tivemos vários momentos constitucionais (como 1945 ou 1989), no entanto, o desenvolvimento constitucional no plano internacional carece de um poder originário constitucional.

Em sentido material, podemos analisar, quais as funções e conteúdos devem estar presentes no corpo de lei de uma constituição ou lei constitucional? Historicamente

¹⁰⁸ Artigo 103. No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930_1949/d19841.htm. Acesso em 02.01.2018

uma constituição visa tratar da organização e dos poderes do Estado. As funções constitucionais tradicionais são limitar o poder político, organizar o Estado, oferecer diretrizes políticas e morais, justificar a governança, constituir um sistema político e, finalmente, contribuir para a integração.

Parece justo dizer que certas regras e princípios internacionais cumprem essas funções, pelo menos em parte.¹⁰⁹ Por exemplo, o direito internacional dos direitos humanos impõe restrições importantes ao exercício do poder governamental em relação aos próprios cidadãos dos Estados.

Ainda como forma de demonstrar a força normativa de uma constituição é necessário analisar o constitucionalismo do século XVIII para entendermos sua função legalista de um Estado. O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 26 de agosto de 1789 enuncia que: *“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution.”* Aqui se reconhece que uma sociedade em que a garantia de direitos não seja assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição".

¹⁰⁹ Georges Scelle, *Le droit constitutionnel international*“, in Mélanges Raymond Carré de Malberg (1933) 501, p. 514.

Os direitos e garantias fundamentais e a separação de poderes são os conteúdos necessários de uma constituição. Atualmente, novos elementos foram adicionados como a democracia e um mínimo de garantias de segurança social. Nesta perspectiva, a constituição traz uma densa carga normativa aos Estados. Com certeza, o endosso aos direitos humanos é o mais próximo da aceitação universal, no entanto, os ideais de democracia liberal, soberania popular e separação dos poderes não são (ainda?) universalmente aceitos.

Com isso, as instituições internacionais apenas satisfazem alguns requisitos de democracia, a separação de poderes e o Estado de direito, significando que a ordem jurídica internacional não possui uma constituição completa no sentido mais restrito e legitimista ou que sua constituição sofre de graves deficiências de legitimidade.

4.2 Constitucionalização do Direito Internacional

Os tradicionais fatores de legitimação da governança internacional são a soberania do Estado e o efetivo exercício do poder. Para Ferdinand Lassale (2010)¹¹⁰,

¹¹⁰ LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2010.

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

O direito internacional costumava ser alheio aos princípios constitucionais dentro dos Estados. No entanto, como efeito da mudança do cenário global em virtude de movimentos de globalização, a ideia de constitucionalismo passou a implicar que a soberania do Estado fosse gradualmente complementada, se não substituída, por outros princípios orientadores, como o interesse comum global e a prevalência de direitos humanos.

Por outro lado, a alteração no cenário mundial, impulsionado pelas novas relações de consumo e pela prevalência de organismos empresariais, acaba por tencionar as Constituições tradicionais uma vez que o mercado passa a ditar as regras em um mundo globalizado e como nos alerta Frydman (2016)¹¹¹, a lógica empresarial

¹¹¹ FRYDMAN, Benoit. O fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores. Col. Estado & Constituição. n. 17. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

sobrepõe-se as regras de direito sem a pretensão de substituí-las promovendo a potencialização das normas de gestão “que depois de terem sido por muito tempo auxiliares das regras jurídicas, encarregadas das medidas técnicas e dos detalhes, tornaram presentes instrumentos de pilotagem do próprio direito.” (FRYDMAN, 2016, p. 76).

Sem ignorar a influência das novas regras empresariais que mudam radicalmente os fundamentos da democracia, vamos nos ater à ideia de internacionalização do direito constitucional apenas por organizações supranacionais que tratam de regras jurídicas à luz de diversas modificações no mundo jurídico internacional.

Estas importantes modificações implicaram necessariamente na preocupação do direito internacional com os padrões constitucionais nacionais. Ambas as esferas não podem mais ser separadas, mas devem - pelo contrário - se complementarem. Luigi Ferrajoli (2007)¹¹² leciona que “repensar o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional / Luigi Ferrajoli; tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini - 2ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 2007 .

de pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do direito constitucional” (FERRAJOLI, 2007).

A partir da ideia de crise da soberania dos Estados e em virtude da interferência de outros atores externos surge a necessidade de uma abertura constitucional para o reconhecimento de novos direitos sob pena de as constituições dos Estados perderem sua força normativa. Com isso, as Constituições contemporâneas assumem uma *abertura expansionista*¹¹³ como forma de constitucionalizar internamente preceitos de ordem internacional.

No Brasil podemos destacar a importância do art. 5º da Constituição Federal que em seu § 2º trouxe a previsão de que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dessa forma a ordem constitucional brasileira não se vê subordinada a leis internacionais ou supranacionais, mas ao contrário, abre a possibilidade de reconhecimento de novas soluções para resolução de conflitos que afetam a conjuntura mundial atual.

¹¹³ José Luis Bolzan de Moraes em “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-temporal dos Direitos Humanos (2011).

Na medida em que a Constituição brasileira se abre a direitos produzidos fora do Estado, permitindo que estes produzam efeitos dentro do Estado, a função primordial da Constituição e do próprio constitucionalismo é preservada e a soberania continua sendo mantida. A abertura constitucional por meio da recepção de leis e tratados internacionais mostra-se como uma forma de preservação do Estado nacional e de suas instituições de direito e com isso o constitucionalismo brasileiro permanece firme, ao mesmo tempo em que se abre à internacionalização¹¹⁴.

Aqui não há uma abdicação de soberania mais uma reafirmação do Estado de Direito ao reconhecer direitos consolidados internacionalmente e que devem ser incorporados ao ordenamento jurídico nacional como forma preservação do Constitucionalismo nacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a globalização trouxe consigo vários desafios que inquietam e enfrentá-los exige uma resposta decisiva na elaboração de soluções no âmbito político, econômico e jurídico. Não há como deter a evolução da sociedade e as soluções mais certas passam

¹¹⁴ Como bem demonstra Ana Paula Zavarize Carvalhal em Constitucionalismo em tempos de globalização: a soberania nacional em risco? (2014).

necessariamente por um constitucionalismo internacional como forma de regular o Direito Transnacional.

A soberania como característica fundamental do Estado ainda prevalece como base do constitucionalismo moderno e do direito internacional sendo esta prevalente sobre os poderes das Nações Unidas ou qualquer organismo internacional com reconhecimento global.

Para tanto, como forma de assegurar a soberania dos Estados, é necessário que as Constituições passem por um processo de internacionalização com uma abertura constitucional que possa recepcionar de maneira mais célere o direito internacional.

No entanto, não se podem precisar ao certo os efeitos que essa transconstitucionalização pode causar tanto no âmbito interno quanto nas relações internacionais com outros Estados. O que se percebe é que negar a evolução do Estado e das legislações seria decretar o fim das Constituições dos Estados e do Estado de Direito como instituição que ainda pode sobreviver.

Surge a necessidade de um debate constitucional com um novo aspecto em que o constitucionalismo não esteja vinculado apenas ao Estado-nação, mas com base em um supraconstitucionalismo com fundamentos ligados à necessidade de reconhecimento de organismos

internacionais e na crescente evolução da economia e do mercado macro econômico.

A necessidade de uma visão ampliada do constitucionalismo como forma de manter a soberania dos Estados e as instituições tanto no nível nacional quanto internacional é visível e somente com uma reestruturação das Constituições dos Estados com uma abertura para o reconhecimento do direito internacional e as regras de uma economia global é que pode sustentar a soberania estatal.

A influência da globalização traz a necessidade de conciliar as estruturas constitucionais tradicionais construídas ao longo da história da humanidade com a reordenação dos objetivos econômicos, políticos e sociais para que os Estados possam se manter soberanos, competitivos e eficientes neste novo cenário do mercado mundial.

As sugestões são diversas e a forma de como os Estados se comportará diante desse novo desafio é uma incógnita. De resto, o primeiro passo já foi dado, o reconhecimento de que a construção de uma percepção de um ser / estar comum da humanidade é uma condição necessária, embora não completamente suficiente, para a perpetuação do constitucionalismo e das instituições estatais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmund. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Crises do Estado e da Constituição e a transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. In **Novos direitos : a interdisciplinaridade do direito na sociedade contemporânea** / Celso Maran de Oliveira (organizador). – São Carlos : CPOI/UFSCar, 2017. Pags. 7-26.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **DECRETO Nº 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945**. Brasília. DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm Acesso em 01/08/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios; **Constitucionalismo em tempos de globalização** / Alfonso de Julios-Campuzano; trad. Jose Luis Bolzan de Moraes, Valéria

Ribas do Nascimento. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond; **Mélanges R. Carré de Malberg.**, Paris, Librairie du Recueil Sirey (société anonyme) 1933.

CARVALHAL, Ana Paula Zavarize. **Constitucionalismo em tempos de globalização: a soberania nacional em risco?**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CRAWFORD, James. **“Sovereignty as a legal value”** in the Cambridge Companion to International Law. Edited by James Crawford and Martti Koskeniemi. Cambridge University Press, 2012, p. 117-133.

DALE, Roger. **Globalização e Educação: Demonstrando a Existência de uma "CULTURA EDUCACIONAL MUNDIAL COMUM" ou localizando uma "Agenda Globalmente Estruturada para a Educação"?**.

Educação & Sociedade [en linea] 2004, 25 (Mayo-Agosto) : Disponível em:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87314215007>

Acesso em 02.02.2018

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional** / Luigi Ferrajoli; tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini - 2ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 2007 .

FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores.** Col. Estado & Constituição. n. 17. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2010.

PETERS, Anne. *Global Constitutionalism Revisted*. International Legal Theory, Vol. 11. S. 39-67, 2005.

RIBEIRO, Marcelo Gollo. **Desafios do direito em face do fenômeno da globalização**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2384, 10 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14153>. Acesso em: 02 fev. 2018

OS REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA ANÁLISE A RESPEITO DO RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO NA FASE DE EXECUÇÃO, DAS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS ENTRE TRT/MG E TST E A OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

THE REQUIREMENTS FOR THE RECOGNITION OF ECONOMIC GROUP IN JUSTICE OF LABOR AND THE INCIDENT OF DISCONSIBLE LEGAL PERSONALITY: AN ANALYSIS REGARDING THE RECOGNITION OF ECONOMIC GROUP IN THE EXECUTION PHASE, THE JURISPRUDENTIAL DIVERGENCES BETWEEN TRT / MG AND TST AND THE OFFENSE AGAINST THE PRINCIPLES OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF 1988

Lucas Carvalho Américo

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a discrepância e a falta de uniformidade das decisões proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da terceira Região em relação as decisões proferidas pelo Superior Tribunal do Trabalho em demandas relativas ao reconhecimento de grupo econômico na fase de execução. Esta situação tem gerado graves problemas para empresas incluídas diretamente na fase de execução de demandas trabalhistas uma vez que os requisitos para a caracterização de grupo econômico exigidos pelo TRT/MG não seguem a jurisprudência pacificada pelo TST. Observa-se que o rito processual (fase de

conhecimento ou fase de execução) tem definido a situação reconhecimento ou não de grupo econômico, situação esta que fere frontalmente princípios constitucionais. Neste sentido, será apresentada uma solução para este conflito através do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: Grupo econômico; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; jurisprudência; princípios constitucionais.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the discrepancy and lack of uniformity of the decisions issued by the Regional Labor Court of the third Region in relation to the decisions handed down by the Superior Labor Court in claims related to the recognition of an economic group in the execution phase. This situation has created serious problems for companies included directly in the execution phase of labor lawsuits since the requirements for the economic group characterization required by the TRT / MG do not follow the case law pacified by the TST. It is observed that the procedural rite (knowledge phase or execution phase) has defined the situation recognition or not of economic group, a situation that frontally violates constitutional principles. In this sense, a solution to this conflict will be presented through the incident of disregard of legal personality.

Keywords: Economic group; incident of disregard of legal personality; jurisprudence; constitutional principles.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme determina

o art. 5º, §1º, assim, resta claro que a não aplicação dos princípios em comento significa afronta direta aos preceitos constitucionais.

Ademais, os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, §2º), sendo certo que os princípios devem ser entendidos como comandos normativos, assumindo um sentido de otimização de determinado bem jurídico.

Conforme explica Alexy¹¹⁵, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Sendo, portanto, mandamentos de otimização que devem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Partindo desta premissa é necessário analisar com extrema cautela reiteradas decisões proferidas pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região reconhecendo a existência de grupo econômico entre

¹¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2º ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 90.

empresas, incluídas na lide apenas na fase de execução e que não participaram da fase de conhecimento.

Esta empresas alegam inexistir os critérios para o reconhecimento de grupo econômico suscitando em seu favor princípios constitucionais, as regras constantes na CLT e a própria jurisprudência pacífica do Superior Tribunal do Trabalho.

Contudo, destaca-se que o TRT/MG sedimentou entendimento contrário ao E. TST, afirmando que *“para a caracterização do grupo econômico é suficiente a simples relação de coordenação entre as empresas e a existência de interesses sociais integrados, ainda que ausentes o controle e a administração de uma empresa sobre as outras”* (Processo 0010395-25.2017.5.03.0106, Relator Marco Antonio Paulinelli De Carvalho, 11º Turma do TRT/MG, publicado no DEJT em 05/04/2019.)

Importante destacar que o Col. TST já pacificou entendimento no sentido de reconhecer que *“para a configuração de grupo econômico, não basta a mera situação de coordenação entre as empresas. É necessária a presença de relação hierárquica entre elas, de efetivo controle de uma empresa sobre as outras”* (Processo 214940- 39.2006.5.02.0472, Relator Horácio Raymundo

de Senna Pires, SDI-1, publicado no DEJT em 15/08/2014).

Importante salientar que esta divergência seria facilmente sanada através de recurso de revista caso o processo estivesse na fase de conhecimento em que é possível suscitar divergência a lei federal e divergência jurisprudencial (uniformização de jurisprudência). Tratando de um processo em fase de execução a situação se agrava vez que os requisitos para interposição de Recurso de Revista são bem mais restritivos (Art. 896 §2 da CLT¹¹⁶).

Gera-se então uma situação de extrema insegurança jurídica e desrespeito as normas e princípios constitucionais uma vez que a fase processual ao qual a empresa é incluída no polo passivo da execução determina o reconhecimento ou não de grupo econômico.

Não é permitido ao judiciário atuar de tal forma, ignorando regras básicas de direito processual, bem como ignorando completamente o princípio constitucional da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição

¹¹⁶ Art. 896 (...)

(...)

§2º - Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

da República de 1988, que configura norma basilar do ordenamento jurídico segundo o qual todos os atos praticados pelo Poder Público e seus respectivos órgãos, para que sejam considerados válidos, devem ser autorizados por lei. Assim, há uma limitação no poder estatal em interferir nas liberdades e garantias individuais e coletivas do particular.

O princípio da legalidade é corolário da própria noção de Estado Democrático de Direito, afinal, se somos um Estado regido por leis, que asseguram a participação democrática, está configurada a prevalência da norma legal sobrepondo-se aos impérios e arbítrios da Justiça, ainda mais quando se tratar da mitigação de direitos fundamentais.

Assim, o referido princípio configura norma basilar do ordenamento jurídico, segundo o qual todos os atos praticados pelo Poder Público e os seus respectivos órgãos, para que sejam considerados válidos, devem ser autorizados por lei.

Assim, há uma limitação no poder estatal em interferir nas liberdades e garantias individuais e coletivas, pois, o artigo 5º da CF, inciso II, dispõe que uma pessoa não será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo, exceto se

esta situação estiver prevista na lei. Não por força, mas sim pela lei.

O que se extrai do dispositivo é um comando geral e abstrato, do qual se conclui que somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais, disciplinadores de suas atividades.

Assim, pode-se dizer que o princípio da legalidade é uma verdadeira garantia constitucional. Através deste princípio, procura-se proteger os indivíduos contra os arbítrios cometidos pelo Estado e até mesmo contra os arbítrios cometidos por outros particulares.

Nesse sentido, analisaremos os requisitos para a caracterização de grupo econômico e o posicionamento do E. TRT/MG e do Col. TST a respeito da matéria, as ofensas aos princípios constitucionais e a necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em caso de inclusão de empresas no polo passivo da demanda na fase de execução da lide.

I – REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO CONFORME POSICIONAMENTO DO E. TRT/MG

O primeiro ponto importante a ser destacado é que o presente artigo tem por objetivo analisar a dissonância de posicionamento jurisprudencial entre o TRT/MG e o TST em demandas envolvendo o reconhecimento de grupo econômico. Importante ainda destacar que o posicionamento pacificado pelo TRM/MG, desconectado com o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, diz respeito a ações que iniciaram-se antes da reforma trabalhista a Lei 13.467/2017.

Inicialmente, trataremos brevemente do posicionamento do E. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. De acordo com este entendimento, a caracterização de grupo econômico ocorre segundo interpretação progressiva do artigo 2º, §2º, da CLT. Deste modo, o grupo econômico se caracterizaria não só pela relação de subordinação, que leva em conta a direção, o controle ou administração entre as empresas, mas também pela relação de coordenação em que as empresa atuam, horizontalmente, participando de empreendimentos de interesses comuns.

A existência de sócios comuns e a atuação conjunta das empresas no mercado econômico caracterizam grupo econômico por coordenação, o que atrai a responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas.

De acordo com este posicionamento, verifica-se que no âmbito trabalhista o conceito de grupo econômico reveste-se de relativa informalidade, uma vez que objetiva ampliar as garantias de satisfação do crédito de natureza alimentar, não havendo necessidade de que haja uma relação de dominação entre as integrantes do grupo, com uma das empresas exercendo efetiva direção ou controle sobre as demais, mas tão-somente que existam elementos que sugiram uma relação de coordenação entre os entes coligados.

Assim, a finalidade do instituto do grupo econômico é a ampliação da garantia do crédito trabalhista, estando amparado na concepção do empregador único para assegurar que todas as empresas integrantes do grupo sejam consideradas um só ente, assumindo as obrigações e os direitos decorrentes do contrato de trabalho de seus empregados (Súmula n. 129 do TST).

Conseqüentemente, caso caracterizada a formação do grupo, autorizada está a responsabilização solidária das partes envolvidas, nos termos do artigo 2º, parágrafo 2º, da CLT.

Ao lado daquele objetivo essencial, vislumbrou a jurisprudência um outro, específico para a figura especial *justrabalista*: estender também a todos os entes integrantes do grupo as prerrogativas de se valerem do mesmo trabalho contratado, sem que o exercício de tal prerrogativa importe, necessariamente, na pactuação de novo ou novos contratos de emprego.

Equivale dizer, ao mesmo tempo em que cada uma das empresas integrantes do grupo econômico responde solidariamente pelas obrigações assumidas por quaisquer dos demais componentes da mesma associação empresarial, é possível a existência de contrato único quando os serviços são dirigidos a duas ou mais empresas associadas, desde que, obviamente, realizado dentro da mesma jornada de trabalho, salvo ajuste em contrário (§ 2º, art. 2º, da CLT).

Nesse sentido, leciona Maurício Godinho Delgado¹¹⁷:

“ (...) o grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação *justrabalista* que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência

¹¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4º ed. Editora Ltr, São Paulo, 2005, p. 397

de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica.

(...)

“... o grupo econômico para fins trabalhistas não necessita se revestir das modalidades jurídicas típicas ao Direito Econômico ou Direito Comercial (holdings, consórcios, pools, etc.). Não se exige, sequer, prova de sua formal institucionalização cartorial: pode-se acolher a existência do grupo desde que emergjam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de integração interempresarial de que falam os mencionados preceitos da CLT e Lei do Trabalho Rural”.

O reconhecimento da solidariedade não implica em transferir às demais empresas a titularidade passiva da pactuação firmada, pois, como afirmado pelo i. doutrinador supracitado, é o objetivo de tal instituto, unicamente, “*ampliar as possibilidades de garantia do crédito trabalhista, impondo responsabilidade plena por tais créditos às distintas empresas componentes do mesmo grupo econômico ...*”.

A jurisprudência deste Egrégio Regional tem sido flexível na interpretação relativa à caracterização de grupo econômico, porquanto, para se evidenciar sua ocorrência, é suficiente a existência de um grupo composto por

coordenação, caso em que não se exige a comprovação formal do efetivo controle e hierarquia entre as empresas, bastando, tão-somente, que surjam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de integração interempresarial (abrangência subjetiva e nexos relacionais), a exemplo do que prevê, analogicamente, o art. 25-A, da Lei 10.256/2001¹¹⁸, quanto ao consórcio de produtores rurais.

Ao estabelecer a responsabilização solidária na hipótese de reconhecimento de grupo econômico, busca-se garantir a solvabilidade dos créditos trabalhistas, quando umas das empresas beneficiárias do serviço, embora juridicamente autônoma, esteja sob a direção, a coordenação, a administração ou o controle de outra do mesmo grupo.

O que se conclui, nesse viés, é que sob o prisma da lei juslaboral, a existência do grupo econômico independe da administração, controle ou fiscalização de uma empresa líder sobre as demais.

Ainda que o grupo atue de forma horizontal, detendo as empresas que o compõem personalidade e

¹¹⁸ "Art. 25-A. Equipara-se ao empregador rural pessoa física o consórcio simplificado de produtores rurais, formado pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos.

autonomia próprias, sem relação de subordinação, interessa do ponto de vista objetivo que persigam ou explorem um fim comum, em um mesmo plano e participando de um mesmo empreendimento, lato sensu considerado.

Assim, segundo tal entendimento, para a caracterização do grupo econômico é suficiente a simples relação de coordenação entre as empresas e a existência de interesses sociais integrados, ainda que ausentes o controle e a administração de uma empresa sobre as outras.

Desse modo, amplia-se o conceito de grupo econômico, em face da interpretação sistemática do instituto, pela leitura do art. 2º, §2º, da CLT em conjunto com o art. 3º, §2º, da Lei 5.889/73.

Note-se que, com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), não é aplicada uma vez que referida norma entrou em vigor em período posterior à ocorrência dos fatos e após a publicação da sentença em fase de conhecimento, face pois ao princípio da irretroatividade da norma, esta denota-se que vertente foi prestigiada, não havendo mais discussão em torno do tema, em face da nova redação do dispositivo em questão que contempla o Grupo Econômico por coordenação.

Assim, a caracterização do grupo econômico no Direito do Trabalho teria tipificação específica, em face do princípio protetor do empregado, não seguindo, assim, os rigores normativos do Direito Civil ou do Direito Comercial.

Observa-se, portanto, que o grupo econômico não pressupõe, necessariamente, a existência de uma empresa controladora, sendo suficiente a atuação conjunta de ambas as empresas ou até a utilização da logística de uma das empresas por outra, mesmo sem haver uma relação jurídica formal de coordenação e subordinação entre elas. Isso ocorre ante a necessidade de se garantir a satisfação do crédito trabalhista, de natureza alimentar, estando, pois, em sintonia com o princípio fundamental da ordem social da Constituição da República de 1988 de valorização do trabalho humano (artigos 170 e 193).

Esta interpretação, doutrinária e jurisprudencial, faz coro ao fim tutelar do Direito do Trabalho, atendendo à realidade fática e garantia de proteção ao crédito que é devido ao empregado, em razão da mão-de-obra oferecida e transformada em lucro.

Contudo, insta destacar que o posicionamento acima descrito não é adotado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, conforme veremos a seguir.

II - REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO CONFORME POSICIONAMENTO PACIFICADO PELO COL. TST E A AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Conforme jurisprudência pacificada no âmbito do TST, o reconhecimento de grupo econômico e a consequente atribuição de responsabilidade solidária a empresa distinta daquela com a qual se estabeleceu o vínculo de emprego, com fundamento estritamente na presença de sócios em comum, sem a demonstração da existência de comando hierárquico de uma empresa sobre as demais, acarreta imposição de obrigação não prevista no artigo 2º, § 2º, da CLT.

A SBDI-I do TST firmou entendimento de que para a configuração de grupo econômico é imprescindível a existência de relação hierárquica de uma empresa sobre a outra, não sendo suficiente a mera relação de coordenação entre elas.

Assim, a decisão judicial que atribuir responsabilidade solidária sem amparo legal, afronta o princípio da legalidade.

A ofensa ao princípio da legalidade ocorre porque a alegação de que a empresa forma grupo econômico com as demais em virtude da existência de sócios em comum, não encontra respaldo na previsão contida nos §§ 2º e 3º, do art. 2º da CLT, que determinam:

§ 2 - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3 - Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, no E-ED-RR- 214940-39.2006.5.02.0472, reafirmou que para o reconhecimento de grupo econômico entre as empresas, é imprescindível que exista relação hierárquica de uma sobre a outra, não bastando a simples relação de coordenação entre elas como mencionado no r. acórdão, verbis:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. ART. 2º, § 2º, DA CLT. EXISTÊNCIA DE SÓCIOS EM COMUM. A interpretação do art. 2º, § 2º, da CLT conduz à conclusão de que, para a configuração de grupo econômico, não basta a mera situação de coordenação entre as empresas. É necessária a presença de relação hierárquica entre elas, de efetivo controle de uma empresa sobre as outras. O simples fato de haver sócios em comum não implica por si só o reconhecimento do grupo econômico. No caso, não há elementos fáticos que comprovem a existência de hierarquia ou de laços de direção entre as reclamadas que autorize a responsabilidade solidária. Recurso de Embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido. (E-ED-RR- 214940-39.2006.5.02.0472, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 22/5/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 14/8/2014, fls. 309)

O posicionamento firmado pela SBDI-1, no sentido de que a inclusão de empresa na fase de execução, como responsável solidária, sem o preenchimento dos requisitos previstos no art. 2º, §2º, da CLT, ou seja, sem a prova de direção, controle ou administração, ou ingerência de uma empresa sobre a outra, viola o art. 5º, II, da CF/88 é o mesmo das demais turmas da Corte Superior do Trabalho, como se infere do aresto abaixo colacionado, verbis:

RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. ARTIGO 2º, § 2º, DA CLT. I – O § 2º do art. 2º da CLT preconiza que “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”. II - A SBDI-I do TST firmou entendimento de que para a configuração de grupo econômico é imprescindível a existência de relação hierárquica de uma empresa sobre a outra, não sendo suficiente a mera relação de coordenação entre elas. Precedentes. III – Na hipótese dos autos, o Regional concluiu pela existência de grupo econômico entre a agravante, Omni Táxi Aéreo S.A, e a Whitejets Transportes Aéreos S.A, ao fundamento de que basta a existência de relação de coordenação entre as empresas, ainda que sem posição de predominância ou hierarquia, para garantir a responsabilização solidária do artigo 2º, § 2º, da CLT. IV – Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 10116-75.2014.5.01.0049, 5ª Turma, Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues, Pub. 30/06/2017).

O próprio legislador, através de uma interpretação autêntica, para que não restassem dúvidas interpretativas e/ou exegéticas, trouxe para a CLT após reforma trabalhista a definição do que vem a ser grupo econômico e as hipóteses em que não ocorre sua caracterização, conforme se infere dos §§ 2º e 3º da CLT, acima transcrito.

Não aplicando a expressa determinação legal o E. TRT/MG afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal, pois, cria obrigação para a empresa incluída no polo passivo da demanda (responsabilidade solidária em virtude da existência de sócios em comum e reconhecimento de grupo econômico) quando a lei prevê que não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios (art. 2º, §3º, da CLT).

A o reconhecimento de grupo econômico por mero coordenação ou existência de sócios em comum não encontra respaldo na previsão contida no art. 2º da CLT e no pacífico posicionamento do TST, já decidido em sede de IRDR (IRR - 69700-28.2008.5.04.0008), exigindo que para o reconhecimento de grupo econômico entre as empresas, é imprescindível que exista relação hierárquica de uma sobre a outra, não bastando a simples relação de coordenação entre elas.

Comentado o supracitado artigo, esclarece Manoel Antônio Teixeira Filho¹¹⁹ que:

O fato de haver identidade de sócios em determinadas empresas não é suficiente para caracterizar a presença de grupo econômico (mesmo que sejam administradores ou

¹¹⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p.18)

detentores da maioria do capital social de uma ou de todas): para isso é necessária a ocorrência de três requisitos: a) a comprovação de interesse integrado; b) a efetiva comunhão de interesses; c) a atuação conjunta das empresas.

Conjugando-se o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 2º da CLT, chegamos a conclusão de que, para a caracterização de grupo econômico, será necessária a presença dos seguintes requisitos cumulativos:

a) estar, uma empresa, sujeita à direção, controle ou administração de outra;

b) haver, entre essas empresas, interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta;

c) em determinados casos, mesmo não havendo subordinação de uma empresa para as demais (letra “a” retro), ou seja, em que as empresas mantêm, cada uma, a sua autonomia, pode haver configuração de grupo econômico, contanto que presentes o interesse integrado, a efetiva comunhão e interesses e a atuação conjunta.

É decisiva para configuração de grupo econômico no direito do trabalho a constatação de que sociedades estejam vinculadas entre si por relação de direção, controle ou hierarquia e que tenham se beneficiado, de modo direto ou indireto, de um mesmo contrato de trabalho.

De acordo com Octavio Bueno Magano¹²⁰, deve haver *"uma relação de dominação interempresarial,*

¹²⁰ MAGANO, Octavio Bueno. Direito Individual do Trabalho. 3º ed. Editora LTR. São Paulo, 1992. pág.310.

através da direção, controle ou administração da empresa principal sobre as filiadas". Assim, sustenta que deve haver uma relação de dominação interempresarial, através da direção, controle ou administração da empresa principal sobre as filiadas. O texto literal celetista aproxima-se dessa leitura, uma vez que, de fato, a Consolidação utiliza-se da expressão sob direção, controle ou administração de outra.

Esclarece Maurício Godinho Delgado¹²¹, no tocante a modalidade denexo relacional entre as empresas, que:

“Duas vertentes interpretativas surgem: a primeira, que restringe a configuração do grupo à ocorrência de nexode efetiva direção hierárquica entre suas empresas componentes; a segunda, que reduz a uma relação de simples coordenação entre as empresas do grupo o nexo relacional exigido pela ordem jurídica.”

Sobreleva destacar que para reconhecimento de grupo econômico deve-se demonstrar, concomitantemente, interesse integrado, efetiva comunhão de interesse e atuação conjunta das empresas.

Nesse sentido, patente a divergência jurisprudencial entre o Tribunal regional do Trabalho e o Superior Tribunal do Trabalho, é importe frisar que essa

¹²¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p 402.

divergência seria sanada caso a empresa que supostamente faria parte do grupo econômico figurasse como parte na demanda trabalhista desde a fase de conhecimento, permitindo assim, utilizar-se dos mecanismos processuais e recorrer a corte que tem como função, a uniformização da jurisprudência.

O problema reside exatamente quando a empresa é incluída na demanda, diretamente na fase de execução onde os mecanismos processuais de admissibilidade dos recursos são extremamente restritivos. Esta situação gera uma situação grave, onde a empresa, caso incluída na fase de conhecimento, certamente teria como decisão a inexistência de grupo econômico conforme posicionamento pacificado pelo TST. Contudo, sendo a empresa incluída diretamente na fase de execução, sob o argumento da existência de grupo econômico, teria como resultado o reconhecimento de grupo econômico segundo o entendimento que prevalece no Tribunal Regional do Trabalho uma vez que, em sede de recurso de revista, em fase de execução, o mesmo apenas será admitido na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal (Art. 896, §2º da CLT¹²²).

¹²² Limitações trazidas pelo §1º, do art. 884 e pelo art. 896, §2º, todos da CLT.

Como conclusão básica, percebemos que é o procedimento processual do trabalho, e não o direito material, que determina o resultado da demanda trabalhista, tendo em vista a discrepância dos entendimentos jurisprudências e doutrinários presentes nas cortes superiores. Situação essa inadmissível que resulta ofensa aos princípios constitucionais como também gera extrema insegurança jurídica.

Felizmente, existe uma saída para este impasse, mesmo no caso de empresas incluídas na fase de execução, conforme veremos a seguir.

III – A NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO NA FASE DE EXECUÇÃO EM CASO DE RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO

A Instrução Normativa 41/2018, do Col. TST, prevê em seu art. 17 que “*o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, regulado pelo CPC (artigos 133 a 137), aplica-se ao processo do trabalho, com as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017*”.

Assim, o 855-A da CLT é aplicável mesmo na hipótese de alegação de grupo econômico, pois, o pleno

acesso à justiça é direito e garantia fundamental (art. 5º XXXV da CF/88), norma intangível de eficácia plena sendo “*óbvio que o direito de ação tem corolário o direito de influir sobre o convencimento do juiz e, assim, o direito às alegações e a prova*”, pois, o direito de ação “*não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito material*”¹²³.

Importante salientar que os princípios da eficiência, da efetividade e da celeridade, que se destacam no processo do trabalho, não se sobrepõem aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, assim como estes não se sobrepõem àqueles.

Como se tratam de normas constitucionais, em relação às quais não há hierarquia, elas devem ser conciliadas mediante recurso ao princípio da concordância prática, segundo o qual na solução de conflitos entre direitos fundamentais deve ser adotada, por meio do princípio da proporcionalidade, a interpretação que confira maior eficácia às normas em colisão.

¹²³ CANOTILHO, J. J. Gomes; et al (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, fl. 767).

Nessa perspectiva, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto pelos arts. 133 a 137 do novo CPC, é indubitavelmente compatível com o processo do trabalho, pois é necessário e adequado à eficácia do princípio do devido processo legal no âmbito do processo laboral, na medida em que reforça o âmbito de proteção dos direitos ao contraditório e à ampla defesa sem infligir prejuízos significativos aos princípios processuais da eficiência, da efetividade e da celeridade.

Assim, sua incidência no processo do trabalho encontra amparo não só nas disposições do art. 769 da CLT, do art. 9º, caput, do novo CPC, e do art. 6º da Instrução Normativa n.º 39/16 e 41/18 do TST, mas também no princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido destaca o TST, *In Verbis*:

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O novo Código de Processo Civil, regido pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, dispõe, nos artigos 133 a 137, sobre o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Referida regulamentação é plenamente aplicável ao processo do trabalho porquanto há omissão na legislação processual e compatibilidade com as normas trabalhistas (art. 769 da CLT). DECISÃO: A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo de petição; no mérito, por maioria de votos,

deu-lhe provimento para que sejam suspensos os atos de constrição patrimonial contra a agravante e sejam devolvidos os autos à 1ª instância para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na forma prevista nos artigos 133 a 137 do CPC/2015, vencida a Exma. Desembargadora Revisora. (23. TRT - 3ª Região Disponibilização: segunda-feira, 26 de setembro de 2016. Arquivo: 19 Publicação: 99 Secretaria da Décima Turma. Acórdão Processo Nº AP-0000712-09.2015.5.03.0146 Processo Nº AP-00712/2015-146-03-00.2 Complemento Vara do Trabalho de Nanuque Relator Des. Paulo Mauricio R. Pires Agravante(s) Concessionaria Spmar S.A. Advogado Maria Aparecida Cruz do Santos(OAB: SP 90070) Agravado(s) Wellington Oliveira de Souza Agravado(s) Alcana Destilaria de Alcool de Nanuque S.A.)

A não instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a inclusão da empresa apenas na fase de execução podem causar danos irreparáveis insuscetíveis de serem supridos apenas com a apresentação de embargos à execução, gerando resultados díspares para a mesma questão, inclusive dentro do mesmo processo, vez que ao ser incluída na fase de execução, restringe a discussão a ser veiculada apenas em sede de embargos à execução, que por força do art. 884, §1º, da CLT tem sua matéria restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida, sendo a oitiva de testemunha uma faculdade do juiz, pois, nos termos do §2º, do art. 844 da CLT que afirma que o juiz poderá, caso

julgue necessário, marcar audiência para produção de provas.

Na instância superior unificadora da jurisprudência trabalhista (TST) o acesso é limitado pelo art. 896, §2º, da CLT em que somente caberá a interposição de Recurso de revista na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

Como informado acima, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II) e havendo procedimento legalmente previsto para instauração do incidente (art. 133 e ss. do CPC e 855-A da CLT), inclusive nas hipóteses de responsabilidade patrimonial (art. 790, II e VII, do CPC), sua não aplicação viola o devido processo legal (art. 5º, LV, CF/88), pois, impede que a agravante tenha um pleno acesso ao contraditório e ampla defesa com todos os recursos e meios a ela inerentes (art. 5º, LIV).

Urge destacar que, ainda se fosse reconhecida a existência de Grupo econômico o comando legal contido no art. 513, §5º do CPC, que sintetiza norma fundamental da Constituição Federal (os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal) proíbe a execução de sentença face aquele que não participou da fase de

conhecimento do processo. Destaca nesse sentido Humberto Theodoro Junior¹²⁴:

Tratando-se de simples continuidade do processo em que a sentença foi pronunciada, as partes da sua execução continuam sendo as mesmas entre as quais a coisa julgada se formou. Existindo litisconsórcio, pode a atividade executiva eventualmente ser endereçada a um ou alguns dos devedores condenados. O que não se admite é o cumprimento de sentença movido contra quem não foi parte do processo de conhecimento, mesmo que se trate do fiador, do coobrigado ou de qualquer corresponsável pela dívida, segundo as regras do direito material (NCPC, art. 513, § 5º) A regra que, de maneira expressa, dispõe sobre essa vedação é uma novidade trazida pelo NCPC, que pôs termo a antiga discussão jurisprudencial em torno do assunto.

A hermenêutica do supracitado §5º, do art. 513, do CPC, permite-nos concluir que o coobrigado, corresponsável ou responsável solidário não responde pelos débitos de processo do qual não participou na fase de conhecimento. Sobre o tema esclarece Humberto Theodoro Junior:

Assim, não mais pairam dúvidas de que o devedor solidário coobrigado ou corresponsável, que não foi

¹²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III / Humberto Theodoro Júnior. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, E-book, pos. 349,8)

demandado na fase de conhecimento, escapa do alcance do procedimento de cumprimento da sentença.

A lei reflete o correto entendimento do STJ no sentido de que o art. 275 do Código Civil que prevê a solidariedade passiva é norma de direito material, restringindo-se sua aplicação ao momento de formação do processo cognitivo, quando então o credor pode incluir no polo passivo da demanda todos, alguns ou um específico devedor; sendo certo que a sentença somente terá eficácia em relação aos demandados, não alcançando aqueles que não participaram da relação jurídica processual, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil¹²⁵ (NCPC, art. 506).

Lado outro, mesmo que se considerasse que o patrimônio da empresa incluída na fase de execução responderia pelos débitos inadimplidos incidiria a hipótese o art. 790 do CPC, pois, o fundamento jurídico para responsabilidade desta Recorrente é o §2º, do art. 2º, da CLT, que dizia:

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem

¹²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III / Humberto Theodoro Júnior. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, E-book, pos. 349,8)

sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente **responsáveis** a empresa principal e cada uma das subordinadas. (destaque nosso)

Veja-se que o supracitado §2º, do art. 2º, da CLT, seja na redação anterior ou na redação que lhe foi conferida pela Lei 13.467/2017, aduzem que a empresa é “responsável”.

Por sua vez o art. 790, VII, do CPC exige que quando empresa seja considerada responsável, em virtude de responsabilidade patrimonial, deve haver instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica:

Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

[...] omissis

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. (destaque nosso).

Por todo o até agora exposto observa-se que neste caso sequer há lacuna teológica quanto à obrigatoriedade de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, bastando para tal conjugar a aplicação dos dispositivos legais supracitados, vejamos.

O art. §2º, art. 2º, da CLT diz que em caso de reconhecimento de grupo econômico as empresas serão

solidariamente responsáveis pelo débito trabalhista, o art. 513, §5º, do CPC, veda que seja promovido o cumprimento de sentença em face de coobrigado que não tiver participado na fase de conhecimento, mas o art. 790, do CPC abre uma exceção a execução dos bens “*do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica*” e o procedimento de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto no art. 133 e ss do CPC e art. 855-A, da CLT.

Mitigando o direito fundamental ao devido processo legal, a empresa enfrenta a restrita cognição em sede embargos, pois, inobservado a previsão contida no art. 133 e ss do CPC, sua integração na lide ocorre somente após a garantia integral do juízo, quando então (após o reconhecimento de grupo econômico e constrição patrimonial) o d. Julgador primevo a intima para apresentar embargos no prazo de 05 dias (art. 884, CLT) e não no prazo de 15 dias (art. 135 do CPC e art. 855-A da CLT) e a realização da audiência de instrução que não é um direito subjetivo da parte, mas uma faculdade do juiz do trabalho, já que o §2º do art. 884 da CLT confere o juiz a faculdade de marcar ou não a audiência para produção de provas.

A isso se acresce o fato de a empresa já ver tolhida a possibilidade de interpor Recurso de Revista ao TST, corte unificadora da jurisprudência trabalhista, suscitando divergência jurisprudencial ou infringência a lei federal, para discutir matérias já pacificadas, como os requisitos para o reconhecimento de grupo econômico.

Soma-se a tudo isso a entrada em vigor da reforma trabalhista, que determina de forma expressa, em qualquer hipótese, a aplicação do instituto de desconsideração da personalidade jurídica.

A aplicação da lei trabalhista no tempo é regida na CLT pelo artigo 912 que determina “*Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação*”, é a chamada teoria do isolamento dos atos processuais, na qual lei nova “*não atinge os atos já praticados, nem os seus efeitos, mas é aplicável aos atos processuais ainda não iniciados, independentemente da fase processual em que tais atos estejam situado*¹²⁶”, tema também tratado na IN 41/2018, verbis:

Art. 1º A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de

¹²⁶ LEITE, C. H. B. Curso de direito processual do trabalho. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153

13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada.

Nesse sentido, resta claramente demonstrado a inobservância dos princípios constitucionais presentes no artigo 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV da CF/88, e ainda nos comandos legais constantes nos art. 133 a 137 do CPC ss. e art. 855-A, da CLT e, ainda, art. 513, §5 c/c 790, VII do CPC e das instruções normativas 39/16 e 41/18 do TST.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, tem-se que o caso em comento, com todas suas nuances, é, pois, emblemático em muitos sentidos.

Vejamos a seguinte situação: duas empresas são demandadas em uma ação trabalhista em que o reclamante alega a existência de grupo econômico por mera coordenação, sem a existência de relação de hierarquia entre as empresas. A segunda reclamada que participa desde o início da fase de conhecimento, alega inexistir os requisitos para caracterização de grupo econômico, conforme jurisprudência pacificada no âmbito do TST. Ao ter seu recurso negado na segunda instância pelo TRT/MG, a empresa então interpõe recurso de revista

conforme artigo 896 da CLT e tem a decisão reformada conforme entendimento pacificado no TST. Inicia-se então a fase de execução e o reclamante, sob mesmo argumento, qual seja, existência de grupo econômico por coordenação ou existência de sócios em comum, inclui nova empresa que supostamente faria parte do mesmo grupo das duas primeiras empresas. Por se tratar de fase de execução, a empresa incluída apenas na fase de execução enfrenta a restrita cognição em sede embargos a execução e após interposição de agravo de petição depara-se com a decisão de reconhecimento de grupo econômico por coordenação (horizontalização). Conduto, tendo em vista a redação do artigo 896 §2º da CLT estaria a empresa incapaz de discutir a questão no âmbito do TST.

Nesta situação, haveriam duas decisões dissonantes dentro de um mesmo processo. Essas decisões se configuram pela caracterização ou não do grupo econômico não pela redação do direito material e sim, única e exclusivamente, pelo rito processual ao qual a empresa foi incluída na lide. Um resultado para a inclusão na fase de conhecimento e outro na fase de execução.

Infelizmente, a situação acima descrita não é hipotética vez que todas as Turmas do E. TRT/MG tiveram suas decisões reformadas em sede de recurso de revista na

fase de conhecimento¹²⁷. Posteriormente, novas empresas foram incluídas na lide em fase de execução sob o mesmo argumento e, desta vez, ficou reconhecida a existência de grupo econômico mesmo ausente os requisitos de hierarquia ou controle de uma empresa sobre a outra. Revela-se assim, a insegurança jurídica patente das decisões proferidas pelo judiciário bem como um total desprezo pelo normas que compõe o ordenamento jurídico pátrio.

Esta situação é intolerável, demonstra uma total ofensa aos princípios constitucionais e a legislação infraconstitucional resultando, conseqüentemente, numa imensa situação de insegurança jurídica que afasta empresas de investirem no mercado nacional uma vez que há uma própria ruptura do ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, há mecanismos que permitem a ruptura desde ciclo criado pelo Tribunal Regional da Terceira Região, desde que, o próprio tribunal, aplique o incidente de desconsideração da personalidade jurídica mesmo nos casos de reconhecimento de grupo econômico permitindo

¹²⁷ 1ª Turma (10212-65.2016.5.03.0146), 2ª Turma (0010301-25.2015.5.03.0146), 3ª Turma (0000842-96.2015), 4ª Turma (10007-70.2015.5.03.0146), 5ª Turma (0000868-94.2015.5.03.0146), 6ª Turma (0010185-19.2015.5.03.0146), 7ª Turma (0010421-68.2015.5.03. 0146), 9ª Turma (TST-RR-10313-05.2016.5.03.0146), 10ª Turma (10430-93.2016.5.03.0146), 11ª Turma (00825-2015-146)

assim que a corte uniformizadora da jurisprudência analise a matéria de forma ampla e irrestrita, respeitando os princípios constitucionais que tem aplicabilidade imediata e, ainda, impedir que o procedimento processual do trabalho determine o resultado da demanda.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2º ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei Nº 10.256, de 9 de julho de 2001. Altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, a Lei no 8.870, de 15 de abril de 1994, a Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei no 9.528, de 10 de dezembro de 1997. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10256.htm>

BRASIL. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

CANOTILHO, J. J. Gomes; et al (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4º ed. Editora Ltr, São Paulo, 2005.

LEITE, C. H. B. Curso de direito processual do trabalho. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAGANO, Octavio Bueno. Direito Individual do Trabalho. 3º ed. Editora LTR. São Paulo, 1992.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III / Humberto Theodoro Júnior. 47. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SARAIVA, Renato. Manfredini, Aryanna. Curso de direito processual do trabalho. 13ª ed. Bahia: Juspodvim, 2016.

VIVEIROS, Luciano. CLT comentada doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

**A PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA EM
PERFORMANCES ARTÍSTICAS: UMA ANÁLISE
DA CRIMINALIZAÇÃO DA ARTE EM FACE DA
PROTEÇÃO INFANTIL BASEADA NA TEORIA DE
ROBERT ALEXY**

**PROTEZIONE INTEGRALE DEL BAMBINO
NELLE PERFORMANCE ARTISTICHE:
UN'ANALISI DELLA CRIMINALIZZAZIONE
DELL'ARTE DI FRONTE ALLA PROTEZIONE
DELL'INFANZIA BASATA SULLA TEORIA DI
ROBERT ALEXY**

*Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende
Daniela Martins da Cruz*

Resumo

O presente trabalho visa uma análise sobre a criminalização de diferentes mostras artísticas e performances de arte no país, mais precisamente no que tange a diversos eventos ocorridos em cidades do Brasil, que suscitaram discussões acerca da censura, da proteção da Criança e do Adolescente e da pedofilia. Para isto foi realizada uma abordagem sobre os limites do princípio da Liberdade de Expressão e o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, através do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica e da análise de casos concretos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Liberdade; Liberdade de Expressão Artística; Proteção à Criança; Ponderação de Princípios.

Riassunto

Il presente lavoro si propone di analizzare la criminalizzazione di diversi spettacoli artistici e spettacoli artistici nel paese, più precisamente in relazione a vari eventi nelle città brasiliane che hanno suscitato discussioni sulla censura, della protezione del bambino e dell'adolescente e anche pedofilia. Per questo, è stato adottato un approccio su i limiti del principio della libertà di espressione e del principio della protezione completa dei bambini e del adolescente, in un'analisi sistematica dell'ordinamento giuridico brasiliano, attraverso della procedura metodologica di ricerca bibliografica e l'analisi di casi concreti.

Parole chiave: Diritti fondamentali; Libertà; Libertà di Espressione Artistica; Protezione dei Bambini; Principi di Ponderazione.

INTRODUÇÃO

Recentemente, houveram diversos episódios de mostras de arte moderna por todo o país. Como aconteceu em várias ocasiões, alguns eventos preferiram cancelar suas apresentações diante de calorosas movimentações sociais acusando-os de estarem praticando crimes.

As acusações são as mais variadas, em setembro de 2017 aconteceu a Mostra Panorama da Arte Brasileira, no Museu de Arte Moderna (MAM) de São Paulo, onde

diversas pessoas em suas redes sociais, acusaram o artista de estar praticando ato libidinoso e “pedofilia” com uma criança que estava tocando seus pés e mãos, juntamente com sua mãe. Outro fato ocorreu em Porto Alegre, quando o Santander Cultural resolveu antecipar o término da exposição “Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira” após pressão de grupos que afirmavam que a exposição fazia apologia à pedofilia, zoofilia e ainda blasfêmia a símbolos religiosos.

Tendo em vista a complexidade deste tema e a imensidão de questões levantadas acerca de diversos direitos que supostamente estariam sendo lesionados nesses eventos, a problemática que nos dispusemos a discutir é, principalmente, a criminalização de diferentes mostras artísticas e performances, que contam com a presença de crianças, analisando o problema em perspectiva jurídico-constitucional, com o intuito de contribuir para a discussão pública de forma técnica e racional.

Para a tratativa deste tema, analisaremos o conceito de liberdade como gênero, que abarca outras espécies, como por exemplo, a liberdade de expressão e a liberdade artística.

Em seguida, serão apresentados, individualmente, os possíveis crimes que poderiam ocorrer em eventos de arte moderna com a presença de crianças, a partir de uma interpretação do ordenamento jurídico brasileiro e como é tratado o direito de integral proteção à criança na Constituição Federal de 1.988, bem como no Código Penal Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com o intuito de elucidar o tema que é de sobremaneira polêmico e envolve toda a sociedade, que deve zelar pelo bem estar físico e psicológico e do desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes, com absoluta prioridade entre outros direitos, traremos julgados dos Tribunais Superiores.

Através desta análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, concluiremos esta pesquisa demonstrando a gravidade de realizar interpretações equivocadas de eventos artísticos através de uma cena em separado e que embora tenha havido grande mobilização social, diante dos argumentos jurídicos apresentados, a presença de crianças acompanhadas pelos pais em eventos artísticos que cumpram determinados critérios de classificação e informação pública não é considerado crime e, portanto, não podem ser censurados.

DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

A proteção a direitos fundamentais, remonta à antiguidade e com o passar dos anos surgiu a necessidade de que esses direitos fossem formalmente constituídos para serem exigíveis. Daí surgiram as primeiras Constituições, como por exemplo, a Declaração da Independência dos Estados Unidos após a Revolução Americana (1.776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, surgida após a Revolução Francesa (1.789).

Neste momento, Direitos Fundamentais tais como os Direitos à Vida à Liberdade e à Igualdade passaram a fazer parte de forma expressa no ordenamento jurídico. Nos arts. 1º e 2º da Declaração Francesa (1789), aduz que “os homens são livres e iguais em direitos” e “os direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão”. Nota-se, pois, que os ideais franceses daquela época eram declarar, solenemente, os “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”, para que eles fossem respeitados pelo Estado.

Desde então, diversos doutrinadores se empenharam em conceituar os Direitos que haviam sido consagrados no ordenamento jurídico, dentre eles, aquele que é nosso objeto de estudo: o Direito Fundamental à Liberdade.

Nas palavras de Paulo Bonavides (2014):

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. (BONAVIDES, 2014, p. 576).

Para o Brian H. Bix (2009, apud MORAIS, 2015, p. 75), o conceito de liberdade é compreendido como ausência de limitações à ação, em especial à falta de limitações jurídicas. O doutrinador Isaiah Berlin (1909-1997) divide liberdade em “liberdade negativa” e “liberdade positiva”, sendo que a primeira é a ausência de limites externos e a segunda como sendo a possibilidade de o sujeito ser apoiado pelo Estado ou pela sociedade em determinada questão.

Márcio Eduardo Pedrosa Morais (2015), conceitua a liberdade da seguinte forma:

Estruturalmente, a liberdade, núcleo dos direitos fundamentais, opera-se sobre uma forma negativa e outra positiva. Sob a forma negativa tem-se a liberdade de fazer o que a lei não proíbe, nem obriga; sobre a ótica positiva, tem-se a necessidade de se remover os impedimentos, sejam eles econômicos sociais e políticos, que possam obstacularizar realização da dignidade humana (MORAIS, 2015).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à liberdade, individual ou coletiva, fez-se presente desde a Constituição de 1824, cujo conceito evoluiu progressivamente até o conceito de liberdade constante na Constituição atual, de 1988, qual seja o direito à liberdade, garantido expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais como se observa no *caput* do art. 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade** (...)” (BRASIL, 1988).

Segundo José Afonso da Silva (2010), o conceito de liberdade se molda com a evolução da humanidade, ou seja, liberdade é conquista constante. Segundo ele, “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”. Mas salienta que toda liberdade deve ter o complemento da autoridade, são situações que devem se complementar: liberdade e autoridade (SILVA, 2010, p. 232).

Em seu livro *Uma Teoria da Justiça*, John Rawls (2008) explica o conceito de liberdade baseado em três itens, a saber: “os agentes que são livres, as restrições ou

limitações de que são livres e aquilo que tem liberdade para fazer ou não fazer” (RAWLS, 2008, 247).

LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Dentro do conceito de liberdade acima delineado, derivam-se diversos outros direitos correlatos, tais como a liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/88), a liberdade de pensamento e de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, da CF/88), a liberdade profissional (art. 5º, XIII, da CF/88), a liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF/88) e a liberdade religiosa (art. 5º, incisos VI, VII, VIII, da CF/88).

A Liberdade de Expressão está inserida no artigo 5º, inciso IX da Constituição da República/1988, versando que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, dispôs no art. 19: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de

fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

MENDES (2014. 9ª ed. p.264), assim define: “a liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre)”.

Em sentido *latu senso* a liberdade de expressão é essencial para o aprimoramento do princípio democrático. Um povo que se manifesta, de várias formas, exercendo seu direito de liberdade, de se expressar de inúmeras maneiras contribui para a solidificação do Estado Democrático de Direito, essencial à democracia participativa.

Ao analisar qual o verdadeiro sentido de um verdadeiro Estado Democrático, chegar-se-ia ao Estado que proporcionasse a todos os cidadãos, em igualdade de condições, uma possibilidade de expressar seus pensamentos. Mas a realidade dentro de um país com grande diversidade cultural como o Brasil, o processo democrático não alcança uma parte da população, e estas muitas vezes sequer exprimem suas opiniões, não há uma equiparação de condições.

Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815/Distrito Federal discutiu sobre a dispensa de autorização prévia do biografado, ou da família, para publicação de obras.

Em seu voto, a Ministra Carmen Lucia, levanta uma questão sobre a dificuldade de conceituar um tema tão volátil e ainda impõe ao Judiciário uma nova forma de pensar atrelada as várias formas da liberdade de expressão:

Direito à liberdade de expressão é outra forma de afirmar-se a liberdade do pensar e expor o pensado ou o sentido, acolhida em todos os sistemas constitucionais democráticos. A atualidade apresenta desafios novos quanto ao exercício desse direito. A multiplicidade dos meios de transmissão da palavra e de qualquer forma de expressão sobre o outro amplia as definições tradicionalmente cogitadas nos ordenamentos jurídicos e impõe novas formas de pensar o direito de expressar o pensamento sem o esvaziamento de outros direitos, como o da intimidade e da privacidade. Em toda a história da humanidade, entretanto, o fio condutor de lutas de direitos fundamentais é exatamente a liberdade de expressão.

Vários autores entendem que o direito de liberdade de expressão ocupa o que chamam de posição de preferência em relação aos demais direitos fundamentais.

BARROSO em seu voto na mesma ADI4815, explica sobre esta preferência:

E, aqui, diga-se que afirmar que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial não significa hierarquizá-la em relação a outros direitos fundamentais, porque, como disse, não há hierarquia entre eles. Porém, dizer-se que a liberdade de expressão é um direito ou uma liberdade preferencial significa, em primeiro lugar e acima de tudo, uma transferência de ônus argumentativo. Quem desejar afastar a liberdade de expressão é que tem que ser capaz de demonstrar as suas razões, porque, *prima facie*, em princípio, é ela, a liberdade de expressão, que deve prevalecer.

Sob outra análise, como qualquer outro princípio constitucional, o princípio da liberdade de expressão não sendo revestido de caráter absoluto, o princípio da dignidade humana torna-se um dos limitadores deste princípio.

“Enquanto o direito tiver de repelir o ataque causado pela injustiça – e isso durará enquanto o mundo estiver de pé – ele não será poupado.” (IHERING, 2008, p 31). A Liberdade é algo alcançado por meio de lutas, muitas delas sangrentas, e hoje o mundo pode usufruir de vários tipos de liberdade por causa destas lutas.

Mas o direito à liberdade de expressão também tem seus limites, previstos pelo próprio Constituinte, e é o que vemos no artigo 220, § 3º da Constituição de 1988, pois cabe ao Poder Público regular através de leis federais

meios de proteção contra os excessos ocorridos durante o exercício do direito de liberdade de expressão.

Nota-se, no §2º, do art. 220, que “é vedada toda e qualquer censura de natureza (...) artística”, contudo, não se está afirmando que a liberdade de expressão artística deve ser absoluta ou que possa causar dano a terceiros. Fazendo uma interpretação sistemática do texto constitucional, bem como tendo em mente os ensinamentos de Alexy, faz-se necessária a ponderação entre princípios, uma vez que não basta a ameaça de lesão ou a lesão menor a direitos de terceiros para afastar o âmbito de incidência da liberdade de expressão artística.

Mister se faz que haja uma análise do dano concreto causado a direitos de terceiros para que possa haver a censura. Nesse sentido a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lucia, acertadamente, dispõe que a censura desqualificada é objeto de repressão:

Censura é forma de controle da informação: alguém, não o autor do pensamento e do que quer se expressar, impede a produção, a circulação ou a divulgação do pensamento ou, se obra artística, do sentimento. (...) Censura é repressão e opressão. Restringe a informação, limita o acesso ao conhecimento, obstrui o livre expressar o pensado e o sentido. Democracia deveria escrever censura com s no início: cesura....

BARROSO, na mesma ADI4815, assim define a censura:

Em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo. Assim é porque sempre foi???

Como destaca BARROSO (2015), quando ocorrer uma colisão entre direitos fundamentais, deverá ser utilizado a técnica da ponderação entre os valores protegidos, “haja vista que a liberdade de comunicação, a imagem e a intimidade das pessoas não apresentam caráter absoluto e não guardam entre si relação de hierarquia.”

A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. (BARROSO, 2015)

DA LIBERDADE ARTISTICA

Como visto anteriormente, o art. 5º, da Constituição brasileira de 1.988, traz em seu inciso IX que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística (...)”. Nota-se, pois, que uma subespécie da espécie liberdade de

expressão, é a liberdade artística, constitucionalmente assegurada no ordenamento jurídico brasileiro.

ABBAGNANO (2000, p.81), conceitua arte como “todo conjunto de regras capazes de dirigir uma atividade humana qualquer.”

JANSON (2009, p. 06) procura definir o que é arte a partir de poucas perguntas que se propõe a responder e conceituar:

O que é arte? Por que o homem a cria? Poucas perguntas são capazes de provocar um debate tão caloroso e resultar em tão poucas respostas satisfatórias. Mas se não conseguimos chegar a uma conclusão definitiva, há, no entanto, muitas coisas que podemos dizer. Certamente, uma das razões pelas quais o homem cria um impulso irresistível de reestruturar a si próprio e ao seu meio ambiente de uma forma ideal. A arte representa a compreensão mais profunda e as mais altas aspirações de seu criador; ao mesmo tempo, o artista muitas vezes tem a importante função de articulador de crenças comuns. (JANSON, 2009, p. 06)

E o mesmo autor continua: “ Mas qual o significado da arte? O que ela tenta dizer? Os artistas em geral nos dão uma explicação clara, uma vez que a obra é a própria afirmação. Se fossem capazes de dá-la em forma de palavras seriam escritores.” (JANSON, 2009, p. 06).

Embora a liberdade artística esteja prevista, ela não encontra no ordenamento jurídico brasileiro um conceito específico, o que gera problemas devido as especificidades das produções artísticas. Segundo a Nota Técnica Nº 11/2017, do Ministério Público Federal, isto acarreta problemas de duas ordens: o que deve ser considerado arte para a proteção constitucional e ainda a definição sobre a quem afirmar a natureza “artística” de uma determinada expressão. Neste sentido, os autores Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos (2009), discorrem:

Em primeiro lugar a arte não se limita à manifestação de pensamento. Inclui ações (...) e envolve manutenção de estruturas de produção (teatro, cinema). Em segundo lugar, a arte tem formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação do pensamento. Os artistas reivindicam uma liberdade quase absoluta, isto é, uma tutela particularmente intensa privilegiada de seu direito em comparação com os demais titulares de direitos de liberdade de expressão. Aquilo que em condições normais seria ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro. E uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou cientista. (DIMOULIS E CHRISTOPOULOS, 2009)

Em um caso recente no Brasil, a intolerância voltou a assombrar a arte e o alvo do ataque foi a exposição

Queermuseu - Cartografias da Diferença na Arte Brasileira, em Porto Alegre. A exposição foi cancelada após uma onda de protestos nas redes sociais. A maioria se queixava de que algumas das obras promoviam blasfêmia contra símbolos religiosos e também apologia à zoofilia e pedofilia. A mostra reunia 270 trabalhos de 85 artistas que abordavam a temática LGBT, questões de gênero e de diversidade sexual.

Sobre o tema, Antônio Grassi, ex-presidente da Fundação Nacional de Artes e atual diretor executivo do Inhotim, acha lamentável que uma exposição seja interrompida dessa forma. "A arte é o melhor lugar para debater. Eu vejo como preocupante esse tipo de movimento que impulsiona esse tipo de intransigência com o debate. Essas ideias de intolerância são incompatíveis com a arte. É uma censura". (MENDONÇA, 2017).

Em setembro de 2017, o Tribunal de Justiça de São Paulo suspendeu liminar que impedia a exibição do espetáculo *O Evangelho segundo Jesus, Rainha do Céu*, na cidade de Jundiaí, no interior de São Paulo. Protagonizada por uma mulher transgênero no papel de Jesus, a peça havia sido proibida pelo magistrado, que descreveu a performance como de "*indiscutível mau gosto*" e "*desrespeitosa ao extremo*".(GUERRA, 2017).

Seguindo na esteira do TJSP, existem precedentes do STF no que tange à proteção da liberdade de expressão artística quando se está diante de manifestações consideradas inadequadas, como é o caso do julgamento do *habeas corpus* 83.996/RJ, impetrado em favor do diretor de teatro Gerald Thomas, que em 2003 foi denunciado criminalmente por ato obsceno que teria sido praticado durante uma apresentação. Na ocasião, o voto do Ministro Gilmar Mendes, apontou que manifestações artísticas, embora “deseducadas e de extremo mau gosto”, não são suficientes para que sejam censuradas, impondo limites excessivos à liberdade de expressão:

No caso em apreço, ainda que se cuide, talvez de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação – provavelmente grosseira – contra o público. (...)

Não se trata, também, de um gesto totalmente fora do contexto da própria peça teatral. (...) Com efeito, não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado. O roteiro da peça ressaltou-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro. Difícil, pois, nesse contexto, admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público.

A rigor, um exame objetivo da querela, há de indicar que a discussão está inteiramente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada.

De resto, observe-se que a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados a esse tipo de situação, como a própria crítica, sendo dispensável, por isso o enquadramento penal.

Estes e inúmeros outros casos que permeiam a vida de qualquer cidadão são, muitas vezes, marcados pela intolerância gerada por desconhecimento do assunto. As manifestações artísticas estão sujeitas a um trabalho de interpretação, e não podem ser avaliadas somente em partes, mas devem ser levados em consideração toda a obra.

Um fato recente ocorrido na cidade de São Paulo, na apresentação da performance de um artista nu no Museu de Arte Moderna (MAM), no Ibirapuera, Zona Sul de São Paulo, gerou polêmica nas redes sociais e foi motivo de grande alvoroço por parte da mídia em geral. A performance chamada “*La Bête*”, inspirada em um trabalho de Lygia Clark “*Bichos*” é considerada a obra viva da artista, pois sua intenção era de que a arte ultrapassasse os limites da superfície de um quadro.

Este caso, em especial, levantou uma questão um tanto quanto polêmica, quando uma criança acompanhada pela mãe, foi filmada tocando nos pés e mãos do artista nu, que se encontrava deitado no chão, e isto foi motivo para que as imagens virilizassem nas redes sociais, sob a

acusação de diversos crimes que estariam sendo cometidos tanto pela mãe da criança quanto pelo artista e/ou pelo museu onde a obra estava sendo apresentada.

Em nota no Portal de notícias G1, em 29/09/2017, o Museu de Arte Moderna informou que a sala estava sinalizada sobre o teor da apresentação e que o trabalho e que a performance não tinha conteúdo erótico. Contudo, tais alegações não foram suficientes para que os boatos sobre os supostos crimes que haviam sido cometidos diminuíssem.

Diante deste quadro, faz-se necessária uma análise do que de fato ocorreu neste caso específico, tendo como ponto central da pesquisa a presença de uma criança na cena supramencionada e, por isso, passaremos a analisar o direito fundamental à proteção integral da criança no ordenamento jurídico brasileiro e se houve qualquer tipo de lesão a esse direito.

DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Muito se fala a respeito de pedofilia no Brasil. Contudo, a priori, vale trazer à discussão dos crimes cometidos contra criança, o conceito de pedofilia e a

explicação de que, ao contrário do que muitos pregam, pedofilia não é crime.

A pedofilia, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas com a saúde (CID-10), integra um grupo de doenças chamados de “transtornos de preferência sexual” ou “parafilias” (classificação F65), uma subcategoria de transtornos de personalidade e comportamento adulto e consiste em “preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade”, que é diagnosticado por psiquiatras através da observação de elementos específicos.

Importante ressaltar tal conceito para informar o leitor, que poderá perceber que embora esse seja o termo utilizado pelos grupos que se mobilizaram diante das obras de arte moderna que aconteceram recentemente, esse termo não será utilizado no desenvolver deste trabalho, conforme explica a nota técnica nº 11/2017/PFDC/MPF, exarada pelo Ministério Público Federal através da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão:

É importante enfatizar que o direito penal brasileiro, assim como a maioria dos sistemas penais do ocidente, NÃO

criminaliza nem sanciona a pedofilia, concebida como transtorno mental, mas sim a violência sexual (lato sensu) contra crianças e adolescentes, em suas múltiplas formas. O motivo dessa distinção é que nosso sistema jurídico não adota, em geral, concepções do chamado direito penal do autor, pois segue a tradição continental europeia vinculada ao direito penal do fato. Em outras palavras, no direito penal brasileiro pune-se alguém por uma ação ou omissão antijurídica, mas não pela mera existência ou desvio comportamental do agente autor da ação.(NOTA TÉCNICA MPF Nº 11/2017)

Noutro giro, várias são as hipóteses em que figuram como núcleo essencial de tipos penais, crianças e adolescentes. No Código Penal (BRASIL, 1940), o Título VI que trata sobre os crimes contra a dignidade sexual, traz um capítulo exclusivo de crimes sexuais praticados contra vulnerável (criança/adolescente), que contem quatro artigos (217A, 218, 218A, 218B), cujos elementos do tipo comuns a todos os crimes são a prática da ação de natureza libidinosa contra vulneráveis.

Vale ressaltar que em decorrência do Princípio da Legalidade, não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina, em outras palavras, nenhuma conduta que não esteja perfeitamente descrita na legislação penal vigente deve ser considerada criminosa.

Desta forma, não há possibilidade de enquadrar a conduta de nenhum dos responsáveis pela presença da criança naquela performance artística em nenhum dos tipos penais supramencionados, tendo em vista que o evento em tela não tinha caráter erótico nem tampouco foi praticado qualquer ato que possa ser considerado libidinoso na presença daquela criança que estava devidamente acompanhada pela mãe.

Há, também, a Lei Federal 8.069/90, conhecida como ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente e que traz no Título VII, o Capítulo I, acerca dos crimes praticados contra a criança e o adolescente, que são crimes de ação pública incondicionada, devido à sua gravidade (arts. 225, 226 e 227).

Dentre os crimes tipificados no ECA, são vários aqueles ligados à pornografia infantil (comumente chamados de pedofilia), (arts. 240, 241A, 241B, 241C, 241D e 244A), tendo em vista que são aqueles ligados à conteúdo erótico e onde a conduta dos responsáveis pela criança naquela mostra de arte poderia se enquadrar.

Através de uma detida análise dos artigos supracitados, nota-se que para se enquadrar às condutas descritas, é preciso que haja “cena de sexo explícito ou

pornográfica” ou a prática de ato libidinoso ou a submissão de crianças e adolescentes à prostituição ou à exploração sexual. Não havendo qualquer conduta que contenha esses elementos essenciais do tipo, não há, mais uma vez que se falar em conduta criminosa.

A questão levantada por quem se colocou contrária à performance artística foi o fato de conter um homem nu diante de uma criança. Contudo, a mera nudez de adulto não constitui crime. Como bem trouxe a Nota técnica do MP:

Conforme já apresentado, os crimes envolvendo o abuso sexual de crianças e adolescentes são aqueles tipificados nos artigos do Código Penal e do ECA citados. Como também já referido, tais crimes têm como elemento subjetivo específico a finalidade de satisfação da lascívia própria ou alheia, mediante o abuso de uma criança ou adolescente, envolvida de alguma forma na cena sexual. Ocorre que nem toda nudez possui caráter sexual ou finalidade lasciva. Não apenas em culturas indígenas, como também em muitas práticas comuns no Brasil e em outros países, a nudez está desprovida de qualquer conteúdo lascivo. É o que ocorre, por exemplo, com o naturismo.(NOTA TÉCNICA MPF Nº 11/2017)

Diante da ausência de pressupostos necessários ao enquadramento da conduta praticada tanto pelos responsáveis pelo evento quanto pelos responsáveis da

criança, em qualquer dos crimes analisados, observa-se outro viés constitucional: a regulamentação das mostras artísticas, elencadas no art. 21, inciso XVI e art. 220 da Constituição Federal de 1988.

Observa-se, que conforme dispõe a Constituição, compete à União exercer a classificação com efeito indicativo e informar as faixas etárias a que determinados eventos não são recomendados. Nesse ínterim, o ECA garante à criança o direito ao lazer, diversão, cultura e que crianças de qualquer idade podem ingressar e permanecer nos locais de apresentação quando acompanhadas pelos pais e responsáveis.

Como se pode observar na performance em destaque, a criança presente estava acompanhada de sua mãe, em um local com ampla divulgação de conteúdo bem como de faixa etária. Logo, os responsáveis pelo evento cumpriram com as formalidades exigidas no art. 74, supracitado.

PRINCÍPIOS VS REGRAS: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

A distinção entre princípios e regras não é fruto de um estudo recente. Muito pelo contrário, esta discussão já

ocorre desde o século XVI. E ao longo da história sofreu uma série de variações, principalmente dentro do contexto de cada teoria. Certo é que os princípios vindos de várias fontes: religiosas, filosóficas, permeiam o estudo do Direito desde a época do Direito Natural, de Aristóteles e tantos outros.

A novidade das últimas décadas não está propriamente, segundo BARROSO (2008), na existência de princípios e em seu eventual reconhecimento, o que hoje se discute é o reconhecimento de sua normatividade. Segundo o mesmo autor: “A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas”. (BARROSO, 2008, p. 30).

Sob forte influência da teoria de Donald Dworkin (2010), a matéria ganhou universalidade, pois sua elaboração acerca do tema passou a ser convencional. Segundo Dworkin, a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. As regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada, ou seja, ou ela é válida ou não é válida. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem, a dimensão do peso ou importância (DWORKIN, 2010).

Na percepção de Luís Roberto Barroso (2008, p 31), quando ocorre a colisão de princípios, e tal acontecimento é próprio de um sistema dialético, o embate não pode ser posto em termos do tudo ou nada, de validade ou invalidade. O interprete deve fazer escolhas fundamentadas, mediante ponderação. À vista do caso concreto, o interprete irá aferir o peso que cada princípio e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Segundo BARROSO (2008, p. 345/346), para solução destes embates seria aplicar a técnica da ponderação, que consiste em suas palavras *“em uma técnica de decisão jurídica aplicáveis a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”*.

Em sua Teoria de Los Derechos Fundamentales Robert Alexy citado por Barroso (2003), ao fazer uma releitura atualizada da teoria de Dworkin, assim dispõe sobre o assunto:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida da devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.

Nesse sentido, segundo BARCELLOS (2005, p. 25) e empregando a lógica de Alexy, uma vez que os princípios funcionam como comandos de otimização, pretendendo realizar-se da forma mais ampla possível, a ponderação é o modo típico de sua aplicação.

A mesma autora tece críticas a aplicação da ponderação na solução de conflitos. Alega em tese que “a ponderação é metodologicamente inconsistente, enseja excessiva subjetividade e não dispõe de mecanismos que previnam o arbítrio” (BARCELLOS, 2005, p.53), portanto identifica hipóteses em que as regras, aplicadas ao caso concreto, poderiam gerar uma solução injusta ou inadequada.

A Constituição Brasileira, possui um cunho analítico, compromissário e dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e muitas vezes os princípios nela expressos podem entrar em rota de colisão, assim como aconteceu com os dois princípios analisados nesta pesquisa.

CONCLUSÃO

Após a detida análise da presente obra, cujo intuito foi analisar os direitos fundamentais em colisão, especialmente em performances artísticas recentemente ocorridas no Brasil, foi possível observar a importância da

proteção da liberdade de expressão, primordialmente no que diz respeito à liberdade de expressão artística.

Por outro lado, encontram-se os direitos fundamentais de crianças e adolescentes que possuem primazia de proteção, conforme previsão constitucional, no art. 227, *“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, (...), à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade”*.

Desta forma, para compatibilizar os múltiplos direitos e interesses em questão, de forma a se preservar os direitos das crianças e dos adolescentes e a liberdade artística concomitantemente é preciso usar a regra de ponderação de princípios definida por Alexy, ou seja, deve-se analisar o caso concreto para a definição de qual princípio tem primazia em relação ao outro em determinada situação.

Conclui-se, então, que figurando de um lado o direito à liberdade de expressão artística e de outro lado o direito de proteção integral à criança, embora este tenha preferência àquele, nas mostras de arte moderna recentemente ocorridas no Brasil, o que se sobrepõe é o direito de liberdade de expressão artística, uma vez que não ficou caracterizado nenhuma lesão ao interesse da

criança presente naquela ocasião, embora a performance aqui retratada tenha causado desconforto aos olhos daqueles que não apreciam a arte moderna da forma com que foi apresentada.

REFERENCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. 4ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional / Ana Paula de Barcellos. — Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. Colisão Entre Liberdade De Expressão E Direitos Da Personalidade. Critérios De Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada Do Código Civil E Da Lei De Imprensa. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 22/12/2017.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. (organizador) – 3ª Ed.revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 06, n. 23. 2003.

BIX, Brian H. Dicionario de teoria jurídica. Cidade do México: UNAM, 2009. In: MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. LIBERDADE RELIGIOSA: O Ensino Religioso na Assembleia Nacional Constituinte De 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de setembro de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815. Relatora Ministra Carmen Lucia. DJ: 10/06/2015. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>> Acesso em: 06/02/2018

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 16/02/2018.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris, “O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística” in Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, v. 3, n. 10,

DOWRKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério/ Ronald Dworkin: tradução Nelson Boeira – 3ª Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca Jurídica).

F60-F69 Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto. http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm. Acesso em: 16/02/2018.

GUERRA, Rayanderson. Rio de Janeiro. O Globo. 03/10/2017 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/cultura/justica-derruba-liminar->

autoriza-peca-com-mulher-trans-como-jesus-21904003 >
Acesso em: 16/12/2017

Interação de criança com artista nu em museu de São Paulo gera polêmica. 2017. G1. São Paulo. Disponível em:< <https://g1.globo.com>>. Acesso em: 16/12/2017.

JANSON, H.W. Iniciação à história da arte. 3ª ed. –São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9ª ed. rev. e atual.. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Heloisa. São Paulo. El País. 13/09/2017. Disponível em: <
https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/11/politica/1505164425_555164.html> Acesso em: 16/12/2017.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. LIBERDADE RELIGIOSA: O Ensino Religioso na Assembleia Nacional Constituinte De 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015, p. 77.

Nota Técnica nº 11/2017 PFDC/MPF. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. Brasília, 31 de outubro de 2017. Disponível em :
<<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/nota-tecnica-liberdade-artistica-e-protecao-de-criancas-e-adolescentes>> Acesso em: 24/11/2017.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 2008. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 2010. 33 ed. São Paulo. Editora Malheiros.

STF, 2a Turma, HC 83.996-7/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, .17.08.2004, DJ 26.08.2005.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E O DIREITO INTERNACIONAL

REDUCCIÓN DE LA MAIORÍA PENAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

*Aylle de Almeida Mendes
Marcus Vinicius Pinto Santos*

RESUMO

A redução da maioridade penal é tema recorrente no Brasil e é objeto de vários projetos de emenda constitucional. O artigo visa a trazer os principais argumentos levantados a favor e contra a redução da idade penal, tendo em vista o clamor social causado pelo tema e a adoção da Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente pela Constituição Federal de 1988 e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), coerentes com as obrigações assumidas pelo Brasil por meio de tratados internacionais.

Palavras-chave: redução da maioridade penal; doutrina da proteção integral; estatuto da criança e do adolescente.

RESUMEN

La reducción de la mayoridad penal es tema recurrente en Brasil, siendo, por lo tanto, objeto de varios proyectos de enmienda constitucional. El artículo tiene como objetivo traer los principales argumentos levantados a favor y contra la reducción de la edad penal, teniendo en vista el clamor social causado por el tema y la adopción de la Doctrina de la Protección Integral del niño y del adolescente por la Constitución Federal de 1988 y también por el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley nº 8.069/1990), coherentes con las obligaciones asumidas por el Brasil por medio de tratados internacionales.

Palavras-chaves: reducción de la mayoría penal; doctrina de la protección integral; estatuto del niño y del adolescente.

Introdução

A redução da maioridade penal é um tema frequentemente discutido pela sociedade. Existem vários projetos no Congresso Nacional visando a alteração da maioridade penal de dezoito para dezesseis ou até para quatorze anos de idade. A redução da maioridade penal, inclusive, foi proposta de campanha do presidente eleito no país, fazendo com que a discussão sobre a redução da idade penal volte à pauta no cenário nacional.¹²⁸

O presente artigo tem como problema verificar a viabilidade, no âmbito das convenções internacionais de que o Brasil é signatário, da redução da maioridade penal e quais os principais argumentos que permeiam essa discussão, considerando ainda a adoção pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) da doutrina da proteção integral, na qual a criança e o adolescente não são apenas objeto de proteção

128 Plano de governo do atual presidente eleito Jair Bolsonaro. Disponível em: https://flaviobolsonaro.com/PLANO_DE_GOVERNO_JAIR_BOLSONARO_2018.pdf

pelo Estado, mas sujeito de direito perante à família, à sociedade e ao Estado.

Além da introdução e da conclusão, o trabalho foi dividido em três partes: na primeira, abordou-se sobre as normas internacionais de proteção da criança e do adolescente, bem como a adoção da doutrina da proteção integral; na segunda parte, foi explanado sobre a Lei nº 8.069/1990 e a lei que o antecedeu – “o Código de Menores de 1979” – e a diferença de tratamento dispensada ao menor de dezoito anos de idade; na terceira parte foi feito um levantamento sobre o projeto de emenda constitucional nº 171 e os principais argumentos que fundamentaram a discussão.

Não obstante a recorrente repetição do tema, faz-se relevante rediscutir o assunto, vez que muitos argumentos dos quais tem pautado o levantamento da questão tratam-se de ideias formadas pelo “senso comum”, destituídas de argumentos embasados no direito e de dados concretos. Faz-se indispensável a revisitação do tema e o levantamento do embasamento que envolve principalmente diante da iminência de efetiva concretização da redução da maioria penal.

Para a consecução do trabalho utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, como os tratados internacionais e a legislação nacional. A vertente

metodológica utilizada é a jurídico-sociológica, porque preocupa com as relações contraditórias que o próprio Direito estabelece com os demais campos: sociocultural, político e antropológico.

1. Normas internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente

A primeira norma de proteção dos direitos da criança e do adolescente, no âmbito internacional, foi a Declaração de Genebra sobre Direitos da Criança, de 26 de setembro de 1924, aprovada pela Assembleia Geral da Liga das Nações. Anos mais tarde, em 20 de novembro de 1959, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos das Crianças. Esta norma, embora desprovida de imperatividade (*soft law*), reforça que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos em todas as esferas jurídicas (MAZUOLLI, 2017, p. 310). A declaração se articula em dez princípios, sendo que no primeiro afirma que as crianças são credoras dos direitos constantes na declaração, tais como direito ao nome, à nacionalidade, à saúde e à educação:

A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por

motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Os dois Pactos de Nova York de 1966¹²⁹ também contribuíram para o fortalecimento da Organização das Nações Unidas, na proteção dos direitos da criança e do adolescente. O artigo 24 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, dispõe que:

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também dispõe em seu artigo 10:

Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem que:

(...)

3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração

¹²⁹ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.

Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão de obra infantil.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), no sistema regional interamericano, prescreve em seu artigo 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. A proteção conferida, tanto pelos Pactos de Nova York de 1966, quanto pela Convenção Americana de 1969 são instrumentos obrigatórios (*hard law*) para os Estados que os ratificaram. (MAZUOLLI, 2017, P. 311-312)

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução n.º 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990, é um documento assinado por mais de cento e oitenta países e visa à proteção dos direitos da Criança, de forma integral. O seu artigo 1º dispõe que: “Para os efeitos da presente Convenção, entende-se por criança todo ser humano menor

de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

A Convenção faz referência também à idade de dezoito anos em outros artigos, tais como no artigo 37 que proíbe que a pena de morte e a prisão perpétua sejam aplicadas a menores com essa idade: “Os Estados Membros assegurarão que: a) Nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. Não será imposta a pena de morte, nem a prisão perpétua, sem possibilidade de livramento, por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade.”

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), a Convenção sobre os Direitos das Crianças assenta em quatro pilares fundamentais que estão relacionados com todos os outros direitos das crianças: **a não discriminação**, que significa que todas as crianças têm o direito de desenvolver todo o seu potencial – todas as crianças, em todas as circunstâncias, em qualquer momento, em qualquer parte do mundo; **o interesse superior da criança** deve ser uma consideração prioritária em todas as ações e decisões que lhe digam respeito; **a sobrevivência e desenvolvimento** sublinha a importância vital da garantia de acesso a serviços básicos e à igualdade de oportunidade para que as crianças possam desenvolver-

se plenamente; **a opinião da criança** que significa que a voz das crianças deve ser ouvida e tida em conta em todos os assuntos que se relacionem com os seus direitos.¹³⁰

Evidencia-se, com isso, o tratamento distinto que deve ser conferido à criança e ao adolescente por se tratar de pessoa em desenvolvimento. E esse tratamento também deve ser levado em consideração na responsabilização do adolescente, quando autor de auto infracional.

A Convenção estabelece que a privação da liberdade à criança deve ocorrer de maneira excepcional e durante um breve período de tempo. E deve-se ainda assegurar que todos os seus direitos sejam preservados e que a criança fique em local separado dos adultos, salvo no caso de que seja contrário ao melhor interesse da criança. A Convenção menciona “criança” e não criança e adolescente, vez que, como mencionado, entende que criança é toda pessoa menor de dezoito anos de idade. A distinção entre criança e adolescente ficou a cargo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. O art. 37 da Convenção estabelece que os Estados Partes zelarão para que:

- a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou

130 Extraído do site do Unicef: <https://www.unicef.pt/actualidade/publicacoes/0-a-convencao-sobre-os-direitos-da-crianca/>

degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de tratamento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;

- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;
- c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de um a pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;
- d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

No artigo 40 resguarda também os direitos da criança e do adolescente quando em conflito com a lei. Nenhuma criança será acusada por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional, no momento em que foram cometidos,

princípio da legalidade. Estabelece também que “os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais”. E que seja estabelecido uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais.

2. Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente

A legislação brasileira anterior, o Código de Menores (Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979) considerava a criança e o adolescente, em situação vulnerável, como “em situação irregular” e que deveria ser objeto de medidas judiciais a fim de os proteger. Esse Código de Menores dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância a menores: I) até dezoito anos de idade, que se encontre em situação irregular; II) e entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei. As medidas de caráter preventivo poderiam ser aplicadas a todo menor de dezoito anos, independentemente da situação (art. 1º do Código de Menores de 1979).

No artigo 2º do Código de Menores de 1979 estabelecia que seria considerado situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI – autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independente de ato judicial.

Há de se ressaltar que o menor que se via privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las também era considerado em situação irregular e

estava sujeito a ser afastado da família e ficar sob a tutela do Estado, uma vez que, dentre as várias medidas de assistência e proteção, havia previsão de colocação em internatos, afastando a criança e o adolescente do convívio familiar. E o adolescente, autor de ato infracional, também poderia ser considerado em situação irregular de acordo com esse artigo 2º do Código de Menores.

A essa redação dos artigos 1º e 2º do Código de Menores, resultado de alteração feita pela Câmara dos Deputados em sua votação, Josiane Petri Veronese e Fernanda Silva Lima (2012, p. 41) ressalta sua contradição com a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 das Nações Unidas:

Reafirma-se que a nova redação dos artigos 1º e 2º do Substituto da Câmara dos Deputados foi contra a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 da Organização das Nações Unidas (ONU) que já contemplava **todas** as crianças como sujeitos de direitos e merecedores de uma proteção especial devido ao seu estado peculiar de pessoa em desenvolvimento. Concentrou exclusivamente no Poder Judiciário a tutela sobre as crianças em situação irregular, retirou do Estado o dever de investir em políticas públicas que satisfizessem as reais necessidades das crianças e adolescentes, colocando-se a disposição dos Juizados de Menores. E o que foi pior, criaram uma categoria jurídica, discriminadora e estigmatizante para definir quais crianças e adolescentes

seriam as amparadas por essa nova normativa, as que estivessem em “**situação irregular**”.

O enquadramento do menor¹³¹, a depender da classificação do judiciário, como em situação irregular discriminava e sobrecarregava ainda mais a situação do “menor” marginalizado, não raras vezes, por uma situação social, econômica e familiar excludente. E como assinala Danielle Maria Espezim dos Santos (2017, p.29) “a matiz da ação estatal em decorrência dessa lei era a segregação, já que partia do pressuposto da falência das família em ‘assistir, proteger e vigiar a menores’.” O tratamento à criança e ao adolescente era dividido em duas categorias: menores em situação irregular, sujeitos a tutela estatal; e menores em situação regular, sujeitos ao Direito de Família (FULLER, 2017, p.31).

O Código de Menores de 1979 foi revogado pela Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que seguindo os parâmetros já adotados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), da doutrina da proteção integral, veio mudar toda essa concepção da criança e do adolescente, tratando-o como sujeito de direitos e deveres e inserindo na legislação a doutrina da

¹³¹ Termo utilizado no período da vigência do Código de Menores de 1979.

proteção integral, e, “caindo por terra”, assim, a doutrina da situação irregular do menor infrator.

Sobre a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente na Constituição Federal e na lei nº 8.069/90, Josiane Petri Veronese (p. 92) dá dois motivos que indicam a sua adoção por esses institutos:

Diz-se integral, em primeiro lugar, porque a atual Carta Magna da nação brasileira, em seu art. 227, estabelece e garante os direitos fundamentais pertencentes à infância e à juventude brasileiras, sem qualquer tipo de discriminação e, em segundo lugar, porque se contrapõe à teoria do direito tutelar do menor, adotado pelo antigo Código de Menores, o qual dispunha uma marcante diferenciação entre o universo das crianças e adolescentes, no sentido de se endereçar, prioritariamente, àqueles que se encontravam em situação irregular e que, portanto, eram objeto de medidas judiciais.

O adolescente autor do ato infracional deixa de ser estigmatizado e de ser tratado como uma anomalia social, dentro desse novo contexto, e passa a ser uma pessoa dotada de direitos e deveres. Uma pessoa em desenvolvimento que deverá receber tratamento especializado, diferenciado e integral.

A Doutrina da Proteção Integral dos direitos da Criança e do Adolescente – incorporados pelo artigo 227 e 228 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do

Adolescente –, segundo Sposato (2007, p. 101), podem ser ilustrados por seis aspectos principais, que são:

- a) O reconhecimento de criança e adolescente como sujeitos de direitos;
- b) Institucionalização da participação comunitária por intermédio dos Conselhos de Direitos, com participação paritária e deliberativa para traçar as diretrizes das políticas de atenção direta à infância e juventude;
- c) hierarquização da função judicial, com a transferência de competência aos Conselhos Tutelares para agir diante da ameaça ou violação de direitos da criança no âmbito municipal;
- c) Municipalização da política de atendimento;
- d) Eliminação de internações não vinculadas ao cometimento – devidamente comprovado – de delitos ou contravenções;
- e) Incorporação explícita de princípios constitucionais em casos de infração penal, prevendo-se a presença obrigatória de advogado e função do Ministério Público como de controle e contrapeso.

Acrescenta ainda que:

A proteção integral deve ser concebida como a doutrina jurídica que sustenta todo atual Direito brasileiro da Criança e do Adolescente. Seu significado está em reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrentes da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. (SPOSATO, 2007, p.102)

A inovação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente somente é elucidada quando se tem em vista as legislações anteriores. Pela primeira vez foi conferido direitos às crianças e aos adolescentes, tornando-os sujeitos de direitos e não mais sendo considerados como objeto de medidas a serem determinadas arbitrariamente pelo julgador.

A Lei nº 8.069/90 adveio após uma nova visão no âmbito internacional da criança e do adolescente. As regras Mínimas das Nações Unidas para Jovens Privados de Liberdade, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing – Res.40/33 da Assembleia Geral de 29/11/1985), as diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad (Assembleia Geral da ONU, novembro/90), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Assembleia Geral da ONU, novembro/90), e a Convenção Internacional dos direitos da criança e do adolescente de 1989, foram precedentes que exteriorizaram uma tendência mundial após a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, de 1948. (CURY, 2013, p. 18)

As regras mínimas das Nações Unidas para a proteção dos Jovens Privados de Liberdade, aprovadas em

1990, tem como objetivo estabelecer as normas mínimas para a proteção dos jovens privados de liberdade em conformidade com os direitos humanos e liberdades fundamentais. Considera-se jovens para a aplicação das regras a pessoa menor de dezoito anos de idade. E as diretrizes de Riad, também aprovada pelas Nações Unidas em 1990, reconheceu que é necessário estabelecer critérios e estratégias nacionais, regionais e inter-regionais para se reprimir a delinquência juvenil e que os Estados deverão desenvolver serviços e programas com base na comunidade para a prevenção da delinquência juvenil (PEREIRA, 1999, p. 57-58).

Os direitos humanos estende-se às constituições e legislação ordinária. Assim aconteceu com a constituição brasileira e legislação. A Constituição Federal de 1988 incorporou em seu capítulo II, os direitos e garantias fundamentais do homem e no art. 227 expressou os direitos fundamentais da criança e do adolescente, que se fundam na carta Internacional da ONU. O Estatuto da Criança e do Adolescente desenvolveu e explicitou esses direitos previstos na Constituição Federal.

E para assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, e à educação, dentre outros direitos que lhes garantam uma vida digna, a Constituição Federal de 1988 atribui responsabilidade

compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado. O art. 227 da Constituição Federal de 1988 prescreve que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem¹³², com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 4º da Lei 8.069/90 também prescreve que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Dentro desse contexto da proteção integral da criança e do adolescente, a Lei nº 8.069/90 prescreve em seu art.104, que os menores de 18 anos de idade são inimputáveis e ficam sujeitos ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que distingue e delimita a infância da adolescência, em seu art. 2º, ao estabelecer que criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente

¹³² A palavra jovens foi inserida através da EC nº 65 de 2010.

aquela entre doze e dezoito anos de idade para os efeitos da lei.

Essa diferença é importante, uma vez que o Estatuto dispensa tratamento diferente à criança e ao adolescente, quando praticarem condutas descritas como ato infracional. À criança que pratica o ato infracional fica sujeita às medidas do art. 101, enquanto que ao adolescente às medidas do art.112, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tendo em vista que se considera ato infracional, de acordo com o art.103 desse mesmo diploma, a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

As medidas do artigo 101 do ECA são denominadas medidas de proteção e visam apenas a um maior acompanhamento da criança juntamente aos pais.

O art. 101, do Estatuto prescreve que:

Verificada qualquer das hipóteses previstas no art.98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

- V -requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcólatras e toxicômanos;
- VII - abrigo em entidade;
- VIII - colocação em família substituta (...)

Essas medidas serão aplicadas sempre que os direitos reconhecidos nessa lei forem ameaçados ou violados: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão de sua conduta (art. 98 do ECA). A autoridade competente para aplicação dessas medidas de proteção, disposta no artigo 101 do ECA, é o Conselho Tutelar, com exceção do inciso VIII, que fica a cargo exclusivamente da autoridade judiciária. Esta poderá ficar com as atribuições do Conselho apenas enquanto ainda não instalados. Entende-se por Conselho Tutelar, nos termos do art.131, “o órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos na Lei”.

Na aplicação das medidas de proteção os conselheiros terão que encaminhar a criança, que cometeu o ato infracional, a um programa de atendimento a elas fornecido por algumas das entidades existentes. O Conselho Tutelar analisará a situação e o caso concreto e

encaixará o menor infrator ao programa que melhor lhe servir, ou seja, seguindo a orientação do art.100 do Estatuto, que estabelece que “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

Ao adolescente que comete o ato infracional fica sujeito às medidas socioeducativas elencadas no artigo 112 do ECA, que são: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviço à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional; qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

As medidas socioeducativas, assim, vai desde a advertência até a internação em estabelecimento especializado, levando-se em conta para sua aplicação a capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

3. A discussão sobre a redução da maioridade penal

A inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos tem como consequência a aplicação do ECA às crianças e adolescentes, autores de atos infracionais, como exposto no item anterior. A redução da maioridade penal

nunca deixou de ser objeto de discussão no Brasil. A proposta de emenda constitucional (PEC) nº 171¹³³ de 1993 visa alterar o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 – que prescreve que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” – a fim de reduzir para dezesseis anos a idade para aquisição da maioridade penal.

A PEC nº 171/1993 foi apresentada pelo Deputado Benedito Domingos e outros 178 parlamentares. Apensadas a essa PEC estão outras vinte e nove propostas de emenda constitucional com o mesmo objetivo, sendo que a de nº 260/00 propõe que seja fixada em dezessete anos o início da maioridade penal; as de nºs 169/99, 242/04 e 399/09 propõem sua fixação aos quatorze anos; e a de nº 321/01 pretende remeter a matéria à lei ordinária, retirando do texto constitucional a fixação da maioridade penal.¹³⁴

¹³³ Esta PEC foi aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados Federais e enviada ao Senado Federal em agosto de 2015. No Senado Federal recebeu o número 115 e está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122817>>

Foi apresentado em março de 2019, pelo Senador Flávio Bolsonaro e outros deputados em conjunto, outra Proposta de Emenda Constitucional nº 32, que visa reduzir a idade penal para 16 anos, porém esta proposta difere em alguns pontos da PEC nº 115. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=100381&paginaDieta=723#diario>>

¹³⁴ Extraído do site:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=85

Consta na justificativa que embasa a PEC nº 171 de 1993 que a conceituação da inimputabilidade penal, no direito brasileiro, tem como fundamento básico a presunção legal da menoridade e seus efeitos na fixação da capacidade para entendimento do ato delituoso. E conclui que o critério adotado para essa avaliação atualmente é o biológico.¹³⁵

Para o deputado Benedito Domingos, responsável pela apresentação da PEC nº 171, os argumentos principais para a redução da idade de dezoito para dezesseis são o fato de que os jovens, hoje, têm mais acesso a informação através da internet, da imprensa, etc, e por isso têm mais discernimento do que os jovens da época da elaboração do nosso Código Penal de 1940. Outro argumento é o de que muitos adultos utilizam-se de adolescentes e jovens para a prática de crimes e que estes, em muitos casos, assumem a responsabilidade do delito para isentarem de responsabilidade penal o imputável.¹³⁶

O relator da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o deputado Luiz Couto (PT-PB) afirmou no parecer da Comissão (vencido) que a proposta de emenda

09032C3E0C25C4E29306DC24D48E82.node2?codteor=776195&filename=Prececer-CCJC-16-09-2009

¹³⁵

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27OUT1993.pdf#page=10>

¹³⁶

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27OUT1993.pdf#page=10>

contraria artigo da Constituição que não pode ser alterado, além de desrespeitar o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Aponta ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não foi implementado. Que o Estado não realiza políticas públicas voltadas para as crianças e adolescentes e que as medidas socioeducativas também não são aplicadas como estabelecido no ECA.¹³⁷

Nesse sentido, os direitos das crianças e dos adolescentes assegurados pelos artigos 227 e 228 da CF/88, que adotou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, seriam direitos fundamentais abrangidos pelo inc. IV do §4º do art. 60 da CF/88 (cláusulas pétreas) e que, dessa forma, não caberia alteração constitucional da maioria penal.

Tiago Felipe Coletti Malosso (2007, p. 471), cita a ADIn 939-7/DF, que teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03 de 17.03.2003, como exemplo de que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu direito fundamental fora do art. 5º, declarando que esta emenda constitucional violava o

137

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7AAFI8A8ED056CF022D19A5EA898923C.proposicoesWebExterno1?codteor=1309494&filename=Tramitacao-VTS+10+CCJC+%3D%3E+PEC+171/1993

princípio da anterioridade, considerado como garantia individual do contribuinte, estabelecida no art. 150, III, b, da CF/88.

Outra questão defendida pelos adeptos da emenda constitucional seria o fato de que a emenda não aboliria os direitos e garantias individuais prescritos, mas apenas restringiria. A esse argumento rebate Malosso (2007, p. 471), que esclarece que ao empregar a palavra “abolir” o constituinte “amplia o âmbito dos limites materiais, proibindo até mesmo àquelas propostas de emendas que revelem ‘tendência’ de abolir direito individual”. Acrescenta também que o art. 228 já impõe uma restrição aos direitos dos menores de dezoito anos, uma vez que, embora não estejam submetidos a lei penal, podem sofrer outras medidas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse autor encerra seus argumentos sobre a inconstitucionalidade das emendas para diminuir a idade penal afirmando que:

[...] as emendas constitucionais tendentes a redução da maioridade penal são inconstitucionais por expressa vedação do art. 60, §4, IV, posto que a inimizabilidade é um direito fundamental de natureza individual que não comporta limitação e está em absoluta consonância com a ordem constitucional vigente, ao contrário das propostas tendentes a

redução, influenciadas por uma orientação punitivista inconciliável com a ordem constitucional brasileira, tendo em conta os objetivos, fundamentos e princípios da República eleitos nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º, da CF/88, sendo que a tramitação destas emendas, além de desviar o foco de atenção aos problemas mais importantes apontados no relatório indicado anteriormente, representam sério risco a segurança das decisões fundamentais adotadas na Constituição brasileira. (MALOSSO, 2007, p. 473)

O penalista Rogério Greco (2014, p. 397), em posição contrária entende que:

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioria penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois que não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do §4º, do art. 60 da Carta Magna.

A única implicação prática da previsão da inimizabilidade penal no texto da Constituição Federal é que, agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda a menoridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária.

Nesse mesmo sentido entende Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 302):

Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas

fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também *cláusulas pétéreas*, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, §4º, IV, CF, pois sabe-se que há “direitos e garantias de conteúdo material” e “direitos e garantias de conteúdo formal”. O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como *direito e garantia fundamental* é suficiente para transformá-la, formalmente, como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente.

(...)

Por isso, a maioria penal, além de não ser direito fundamental em sentido material (não há notícia de reconhecimento global nesse prisma), também não o é no sentido formal. Assim, não há qualquer impedimento para emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição.

Branco, em posição diversa e citando Canotilho, não se referindo especificamente a proposta de emenda constitucional nº 171, argumenta que:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. (MENDES; BRANCO, 2011, p.168)

Esse autor entende que a sujeição aos direitos fundamentais também se aplica ao poder de reforma da

Constituição, ao menos na medida em que o art. 60, §4º, da CF/88 veda emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

Ao argumento apresentado no parecer, mencionado acima, do deputado Luiz Couto, de que a proposta de emenda constitucional desrespeita o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, rebate o deputado Marcos Rogério, no parecer (vencedor) da Comissão de Constituição e Justiça, alegando que o Pacto não faz qualquer vedação dessa natureza e que o único dispositivo que trata de matéria criminal em relação a menores de idade dispõe, em seu art. 5º, item 5, que: “Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento”. E que dessa forma não veda a redução da maioridade penal, mas que, pelo contrário, admite a possibilidade do processo criminal aos menores de idade, ou seja, menores de dezoito anos.¹³⁸

Valério de Oliveira Mazzuoli (2017, p. 319) entende que “as garantias estabelecidas pelos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é

¹³⁸ Parecer do deputado Marcos Rogério da Comissão de Constituição e Justiça, que foi o vencedor. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1316041&filename=Parecer-CCJC-31-03-2015>

parte estão a impedir – especialmente à luz do referido princípio do não retrocesso – a redução da maioridade penal no país”. Alerta ainda que a redução da maioridade penal no Brasil poderá ser fator de responsabilização do Estado brasileiro no plano internacional.

Conclusão

A discussão sobre a redução da maioridade penal é recorrente nos meios sociais e muitas vezes inflada pela mídia diante de crimes praticados por menores de dezoito anos de idade, que ganham repercussão nacional, e, recentemente, com a eleição do atual presidente da república, que tem em suas propostas de governo a redução da maioridade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos.

O presente trabalho buscou, inicialmente, expor sobre as normas de direito internacional relativas à proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, como a Declaração de Genebra de 1924, os Pactos de Nova York de 1966, a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1959, e a Convenção Internacional de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes de 1989. Depois, abordou-se sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a sua aplicação em consequência da

inimputabilidade do menor de 18 (dezoito) anos de idade na prática do ato infracional, bem como da adoção da doutrina da proteção integral pelo Estatuto e pela Constituição Federal de 1988. Por fim, foi apontado o projeto de emenda constitucional nº 171 visando a redução da maioria penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis) anos e os principais argumentos que permeiam a discussão.

Os principais argumentos levantados pelos que defendem a redução da maioria penal são: que o adolescente de 16 (dezesesseis) anos já tem discernimento para saber o que é certo e o que é errado; que os adultos estariam se utilizando dos menores de idade para a prática de crimes e o elevado índice de criminalidade infantojuvenil. Por outro lado, quem é contrário a redução da maioria penal argumenta que: o projeto de emenda é inconstitucional porque visa abolir ou reduzir direitos e garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes, violando cláusula pétrea constante no texto constitucional; que violaria tratado internacional, que estabelece a doutrina da proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes; e que a redução seria uma medida simplista em virtude da complexidade que envolve a questão.

Ao vislumbrarmos os argumentos que envolvem o debate, verifica-se que parte do pressuposto de que o

Estatuto da Criança e do Adolescente não responsabiliza o adolescente autor de ato infracional. No entanto, no cometimento de um ato infracional, há uma apuração, um processo judicial, que pode acarretar na aplicação de uma medida socioeducativa. As medidas socioeducativas vão desde a repreensão à internação em estabelecimento apropriado e não podem ser aplicadas de maneira irresponsável pelo Estado. A medida de internação tem um limite de tempo de até três anos.

Não se deve aceitar o retrocesso quanto aos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, não obstante a discussão em ser a redução da maioridade penal cláusula pétrea ou não. O direito à proteção integral e ao tratamento diferenciado, por ser pessoa em desenvolvimento, é assegurado à criança e ao adolescente por meio de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o que não implica em perdão pelos erros e atos infracionais cometidos. Na aplicação do ECA há que se priorizar os direitos das crianças e dos adolescentes e também a sua responsabilização pela prática de atos infracionais, como contribuição para o seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa e cidadão.

Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 4 fev. de 2013.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**.

Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e da outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 03 jan. de 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm> Acesso em: 03 jan. de 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CURY, Munir (Coord). **Estatuto da Criança e do**

Adolescente comentado: comentários jurídicos e

sociais. Coord. Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional. V.1: A família no direito internacional privado. t.2 – A criança n direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MALOSSO, Tiago Felipe Colleti. **Redução da Maioridade Penal e suas implicações dogmático-constitucionais**. In: *Revistas dos Tribunais*. n. 866, v.96, 2007, p.460-474.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Método, 2018.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. O décimo-quinze aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos. In: **Revista dos Tribunais. Ano 94. N. 831. Janeiro de 2005**. *Revistas dos Tribunais*: São Paulo, 2005.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Proteção da Criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Da inconstitucionalidade do projeto de emenda à constituição federal 171/1993: um retrocesso em matéria penal. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. ano 25. v. 102. jul.-ago./2017. p.59-86.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – parte geral – parte especial. 6 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. Estatuto da Criança e do Adolescente inovando o direito de família. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva (coordenação). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. **As violações dos direitos humanos perante o direito internacional. Obra: Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, págs. 7 a 35. Material da 2ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP / REDE LFG.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Danielle Maria Espezim. **Proteção integral e proteção social de crianças e adolescentes: Brasil, políticas públicas e as cortes superiores**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/183414/350032.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 07 jan. de 2019.

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

SPOSATO, Karyna Batista. **A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo aplicado.** In: *Revistas dos Tribunais*. n. 80, v.17, 2009, p.80-118.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais.** Disponível em:
<<http://150.162.242.35/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
Acesso em: 04 jan. 2019.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais.** Brasília: Revista CEJ, Ano XI, n. 39, p.10-21, out/dez.2007. Disponível em:
<<http://pt.scribd.com/doc/64884016/evolucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-Fabio-Victorino>> Acesso em: 24 set. de 2012.

**O TERRORISMO E SEU TRATAMENTO
JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A
NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL
INTERNACIONAL PARA JULGAMENTO DOS
TERRORISTAS**

**EL TERRORISMO Y SU TRATAMIENTO
JURÍDICO: UN BREVE ANÁLISIS SOBRE LA
NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL
INTERNACIONAL PARA EL JUICIO DE LOS
TERRORISTAS**

Patrick Juliano Casagrande Trindade

RESUMO: O terrorismo é um fenômeno internacional que passou a ser uma preocupação para toda a comunidade internacional. Os Estados passaram a criar mecanismos legais de prevenção, repressão e punição dos atos terroristas com a finalidade de proteção interna dos seus bens jurídicos. No entanto, diante das novas dinâmicas desses ataques terroristas, onde os Estados passam a ser alvos fáceis das estratégias terroristas, buscou-se o reconhecimento de uma jurisdição universal para prevenção e repressão do terrorismo. Ainda que nesse intuito universal de tratamento, não existe um Tribunal Internacional competente para o julgamento dos atos terroristas. O trabalho reflete sobre a necessidade de criação de um Tribunal Internacional para perseguição e punição do terrorista para conciliar a pretendida jurisdição universal trazida os instrumentos internacionais e nacionais.

Palavras-chaves: terrorismo, Tribunal Internacional, jurisdição universal

RESUMEN: El terrorismo es un fenómeno internacional que ha pasado a ser una preocupación para toda la

comunidad internacional. Los Estados pasaron a crear mecanismos legales de prevención, represión y castigo de los actos terroristas con la finalidad de protección interna de sus bienes jurídicos. Sin embargo, ante las nuevas dinámicas de esos ataques terroristas, donde los Estados se convierten en blancos fáciles de las estrategias terroristas, se buscó el reconocimiento de una jurisdicción universal para la prevención y la represión del terrorismo. Aunque en ese sentido universal de tratamiento, no existe un Tribunal Internacional competente para el juicio de los actos terroristas. El trabajo reflexiona sobre la necesidad de crear un Tribunal Internacional para la persecución y el castigo del terrorista para conciliar la pretendida jurisdicción universal traída los instrumentos internacionales y nacionales.

Palabras clave: terrorismo, Tribunal Internacional, jurisdicción universal

Introdução

A globalização chega para modificar a forma estática pelos quais os Estados fundaram seus alicerces, necessitando de uma reformulação sobre o pensamento soberano na promoção de ações externas de colaboração e integração mútua.

É neste espaço globalizado que os ataques terroristas ocorrido nos últimos anos demonstraram as fragilidades com que os Estados possuem na luta antiterrorista, necessitando do lançamento de ações internas e externas na busca de soluções mais eficazes contra a ameaça terrorista.

Isso porque o terrorismo, com suas variadas formas de ataques, evidencia a vulnerabilidade que os Estados enfrentam frente às ameaças à paz e à segurança interna promovidas pelos agentes terroristas, estando elas, atualmente, dentre as preocupações mais relevantes nas políticas de defesa e segurança dos Estados, já que o alvo não é só o Estado, mas, também, a sua população civil.

Atenta a essa preocupação mundial, aliada à ausência de um conceito comum entre os Estados sobre o que se configura como sendo terrorismo, acentua as dificuldades de um tratamento normativo internacional sobre prevenção e combate às práticas terroristas, diante das particularidades que os Estados consignam em seu conceito.

Com isso, a comunidade internacional encontra óbices para a criação de um Tribunal Internacional para o julgamento de atos terroristas, seja pela ausência de um conceito universal sobre o que é o terrorismo ou pela soberania dos Estados que buscam exercer sua jurisdição para o julgamento de atos que ofendam os bens jurídicos protegidos pelo seus ordenamentos jurídicos internos.

O presente trabalho busca analisar a necessidade da criação de um Tribunal Internacional para o julgamento de atos terroristas para aplicação da jurisdição universal trazida por vários instrumentos internacionais que

orientam a prevenção, repressão e punição por todos os Estados.

1. A ascensão dos grupos terroristas e a problemática conceitual

O processo de globalização contribuiu com a mudança da dinâmica terrorista, em que ações, antes isoladas e que interferiam apenas em uma determinada região, passam, hoje, a gerar efeitos amplos devido ao referido processo, ao desenvolvimento da tecnologia da informação e dos meios de transporte, fazendo com que ações terroristas ultrapassem as fronteiras dos Estados e impactem todo o sistema internacional.

Com isso, o cenário internacional modifica sua maneira de desenvolver ações de repressão e combate ao terrorismo, criando mecanismos normativos, internos e externos, para o desenvolvimento de técnicas de investigação, prevenção e punição dos atores terroristas.

Cretella Neto (2008) assinala que o conjunto de convenções, tratados ou regras de direito internacional devem ser agrupados segundo a sua fonte de produção, separando-os em textos adotados dentro do sistema da ONU¹³⁹, convenções adotadas fora do sistema da ONU¹⁴⁰,

¹³⁹ A título de exemplos: Convenção Sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes

além dos instrumentos regionais promovidos nos espaços jurisdicionais e para os signatários da União Europeia, da Organização dos Estados Americanos, da Liga Árabe, dentre outros¹⁴¹.

Diplomáticos, adotada pela A-G da ONU, em 14/12/1973, por meio da Resolução 3166, que entrou em vigência em 20/2/1977; Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, adotada pela A-G da ONU em 17/12/1979, que entrou em vigência em 3/6/1983; Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, adotada pela A-G da ONU em 15/12/1997, em vigência desde 23/5/2001; Convenção Internacional sobre a Supressão do Financiamento ao Terrorismo, adotada pela A-G da ONU em 9/12/1999, em vigência desde 10/4/2002; A Decisão-Quadro da União Europeia sobre o Terrorismo, adotada em 13/6/2002 (CRETELLA NETO, 2008, p. 312-313)

¹⁴⁰ A título de exemplos: Convenção Relativa às Infrações e a Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves, concluída em Tóquio, em 14/9/1963, que entrou em vigência em 4/12/1969; Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, concluída em Haia, em 16/12/1970, que entrou em vigência em 14/10/1981; Convenção para Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, concluída em Montreal, em 23/9/1971, que entrou em vigor em 26/1/1973; Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil Internacional, suplementar à Convenção para Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, concluído em Montreal, em 24/2/1988, que entrou em vigência em 6/8/1989; Convenção para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima, concluída em Roma, em 10/3/1988, que entrou em vigor em 1/3/1992; Convenção para a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção, concluída em Montreal, em 1/3/1991 e que entrou em vigência em 21/6/1998 (CRETELLA NETO, 2008, p. 313-314)

¹⁴¹ A título de exemplos: Convenção da Organização dos Estados Americanos para Prevenir e Punir Atos de Terrorismo configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão conexa quando tiverem eles Transcendência Internacional, concluída em Washington, D. C., em 2/2/1971 e que entrou em vigor em 16/10/1973; Convenção Europeia para a Supressão do Terrorismo, concluída em Estrasburgo, em 27/1/1977 e que entrou em vigência em 4/8/1978; Convenção Regional para a Supressão do Terrorismo, da SAARC¹⁴¹, para a Cooperação Regional, concluída em Katmandu em 4/11/1987, que entrou em vigência em 22/8/1988; Tratado de Cooperação entre os Estados-Membros da Comunidade de Estados Independentes para combater o Terrorismo, concluída em Minsk, em 4/6/1999, que entrou em vigor em 3/10/2000 para o Tadjiquistão e, sucessivamente, para os demais Estados-partes; Convenção Árabe para a Supressão do Terrorismo, concluída no Cairo em 22/4/1998, que entrou em vigência em 7/5/1999; Convenção da

Salienta-se que, em nenhuma das convenções ou tratados já discutidos, encontra-se um consenso universal sobre o conceito de “terrorismo” ou estabelecem-se sanções, deixando para cada Estado signatário a tarefa de regulamentação, o que cria uma problemática conceitual que dificulta na implantação de um Tribunal único para o julgamento de atos terroristas.

Citando Iureta Gojena, SNICK demonstra a dificuldade inerente à conceituação do que vem a ser terrorismo:

El terrorismo es uno de esos vocábulos que llaman aureolados, cuyo contenido hasta a hora nadie há podido precisar. Este delito es tan vago, tan abstrato, que siento certa inquietude de darle entrada a la jurisdición mundial, para castigar um delito cuja esfera de acción, cuyos limites

Organização da Conferência Islâmica para o combate ao Terrorismo Internacional, adotada em Ouagadougou em 1/7/1999 e que entrou em vigência em 7/11/2002; Convenção da Organização da União Africana para a Prevenção e o Combate ao Terrorismo, concluída em Argel em 14/7/1999, que entrou em vigor em 6/12/2002; Convenção de Shanghai para o Combate ao Terrorismo, ao Separatismo e as Extremismo, adotada em Xangai em 15/6/2001, que entrou em vigência em 29/3/2003; Protocolo emendando a Convenção Europeia para a Supressão ao Terrorismo, adotado em Estrasburgo em 15/5/2003; Convenção Interamericana contra o Terrorismo, adotada em Bridgetown em 3/6/2002, que entrou em vigência em 10/07/2003; Protocolo Adicional à Convenção Regional para a Supressão do Terrorismo, da Associação do Sudeste Asiático para a Cooperação regional, adotado em Islamabad, em 6/1/2004; Protocolo à Convenção da Organização da União Africana para a Prevenção e o Combate ao Terrorismo, adotada em Addis Adeba em 8/7/2004; Convenção do Conselho da Europa sobre a Prevenção ao Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16/5/2005; Convenção do Conselho da Europa sobre a Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos de Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16/5/2005; USA Patriot Act (Lei Patriótica dos EUA), vigente desde 26/10/2001 (NETO, 2008, p. 314-316).

no se han podido precisar hasta a hora com la justeza necessária (SNICK, 1993, p. 162)

Diante dessa dificuldade, existem abordagens do ponto de vista governamental, psicológica, criminal, religiosa e acadêmica. Sua interpretação pode se dar de diversas maneiras, isto é, o terrorismo pode ser interpretado como um crime, como uma justificativa religiosa, como um ato de guerra ou político e até mesmo no intuito de passar uma mensagem para a ordem mundial.

Brenda Lutz e James Lutz (2010) alegam que uma definição neutra seria somente possível através da abordagem restrita, que leva em consideração apenas a natureza do ato pra caracterizar um grupo como terrorista, envolvendo seis principais elementos:

(1) o uso da violência ou ameaça de utilizar (2) por um grupo organizado (3) para alcançar objetivos políticos. A violência (4) é dirigida contra um público-alvo que se estende para além das vítimas imediatas, que são muitas vezes os civis inocentes. Além disso (5), enquanto um governo pode ser o autor da violência ou o alvo, ele é considerado um ato de terrorismo somente se um ou ambos os atores não são um governo. Por fim (6), o terrorismo é uma arma dos fracos (Lutz; Lutz, 2010, p. 341 *apud* FRIZZERA SOUZA JUNIOR, 2014, p. 117 - 118).

Já Tore Bjorgo (2005, p. 2) dá a seguinte definição:

terrorismo é um conjunto de métodos de combate ao invés de uma ideologia ou movimento identificável, e envolve o uso premeditado de violência contra (principalmente) não combatentes, a fim de conseguir um efeito psicológico de medo nos outros, os alvos imediatos.

SCHMID (2011), mesmo salientando sobre a dificuldade de uma definição, após realizar a análise de várias definições encontradas¹⁴², tanto acadêmicas quanto governamentais, define:

1. Terrorismo se refere, de um lado, a uma doutrina que presume a efetividade em uma forma especial de tática de geração de medo, violência policial coerciva ou, em outra direção, uma prática de conspiração calculada, demonstrativa, ação de violência direta sem constrangimentos legais ou morais, transformando em alvos civis e não combatentes, praticado por efeitos propagandísticos e psicológicos em variados espectadores ou conflitos políticos;
2. Terrorismo como tática é empregado em três contextos principais: (i) repressão estatal ilegal, (ii) agitação propagandística de atores não estatais em tempos de paz ou fora das zonas de conflito e (iii) como uma tática ilícita de um estado de guerra irregular empregado por atores estatais e não estatais;

¹⁴² O holandês Alex P. Schmid, em seu estudo sobre o tema, o estudioso examinou mais de duzentas definições sobre terrorismo que não eram exatamente excludentes, mas com variações e diferenças. E ainda liderou um enorme esforço para uma definição de consenso internacional entre nações e instituições, trazendo uma definição consensual acadêmica para terrorismo, reunindo um grupo de acadêmicos e profissionais de outras áreas na criação da “Academic Consensus Definition of Terrorism”, revisada em 2011.

3. A violência física ou ameaça desta empregada por atores terroristas pode envolver uma fase única de atos de violência letal (como bombardeios e atentados armados) ou uma fase dupla de ameaça a vida (como sequestros de pessoas e veículos e outras formas de tomada de refém em busca de uma barganha coerciva), bem como em uma fase múltipla de sequência de ações (como nos “desaparecimentos” decorrentes de sequestros, detenção secreta, tortura e assassinato);

4. A vitimização do terrorismo público (publicado) inicia um processo de comunicação baseado na ameaça através da qual, de um lado, demandas condicionais são feitas para indivíduos, grupos, governos, sociedades ou partes destes, e, em outra direção, para apoiar específicas causas (baseadas em laços de etnicidade, religião, afiliação política, entre outras) defendidas pelos terroristas;

5. Na origem do terrorismo, repousa o terror – medo instilado, temor, pânico ou simples ansiedade – espalhada naqueles que se identificam, ou repartem similaridades, com as vítimas diretas geradas por alguma das modalidades dos atos terroristas – é uma brutalidade chocante, indiscriminação, dramático e simbólico desprezo pelas regras do bem estar e as regras da punição;

6. As vítimas diretas dos ataques terroristas são, em geral, nenhuma força armada, mas normalmente civis, não combatentes, ou outras pessoas indefesas e inocentes que não tem direta responsabilidade pelo conflito que motivou os atos de terrorismo;

7. As vítimas diretas não são o alvo definitivo (como no caso do assassinato clássico onde a vítima e o alvo coincidem), mas servem como geradores

de mensagem, mais ou menos inconscientemente impulsionado pelos novos valores da mídia de massa, para atingir espectadores variados em conflitos políticos, que possam se identificar ou com as vítimas ou com as causas dos terroristas;

8. A procedência da violência terrorista pode ser de atores individuais, pequenos grupos, difusas redes internacionais bem como atores estatais ou agentes clandestinos patrocinados pelo Estado (como esquadrões da morte ou grupos de mercenários);

9. Ao mesmo tempo em que mostra similaridades com métodos empregados pelo crime organizado ou crimes de guerra, a violência terrorista é predominantemente política, e geralmente (ou quase sempre) tem em sua motivação a busca por repercussão na sociedade;

10. A intenção imediata dos atos de terrorismo é aterrorizar, intimidar, antagonizar, desorientar, desestabilizar, coagir, obrigar, desmoralizar ou provocar a população-alvo ou o conflito político, com a esperança de alcançar a insegurança resultante a partir de um resultado muito favorável, obtendo publicidade, dinheiro extorquido de um resgate, a submissão às demandas terroristas e/ou mobilizando ou imobilizando setores do público;

11. As motivações do engajamento terrorista tem uma extensão ampla, incluindo reparação de queixas alegadas, vingança pessoal ou por terceiros, punição coletiva, revolução, libertação nacional e promoção ideológica diversa, com causas e objetivos políticas, sociais, nacionais ou religiosos.

12. Atos de terrorismo raramente acontecem sozinhos, mas sim como parte de uma campanha de violência que, por si mesma, por conta do caráter serial dos

atos de violência e ameaças de que há mais por vir, cria um penetrante clima de medo que permite que os terroristas manipulem o processo político. (SCHMID, 2011, p. 86-87, tradução nossa).

Mesmo bastante amplo e detalhado, os conceitos trazidos estão longe de encerrar as discussões acerca de um conceito universal, mas serve como fonte para entender o terrorismo no sentido conceitual.

2. O julgamento dos terroristas: a ausência de uma jurisdição comum internacional para punição de atos terroristas

As complexas questões envolvendo a soberania entre os Estados e o seu poder de jurisdição, aliada à problemática de um conceito mundial de terrorismo, além da imunidade de jurisdição que algumas pessoas possuem, são algumas das questões que dificultam a criação de uma jurisdição universal para o julgamento de atos terroristas.

A jurisdição territorial é desenvolvida pelo princípio da territorialidade, isto é, com relação aos crimes cometidos dentro do território de cada país, este é competente para processá-los e julgá-los conforme sua legislação interna. Salienta-se que a maioria das

legislações internas reconhece território como aquele definido enquanto território físico e território jurídico.

Há a jurisdição informada pelo princípio da proteção, ou da jurisdição de potestade pública, que implica na competência que o Estado detém para processar e julgar os crimes cometidos contra bens, serviços ou funções públicas do Estado ofendido ou contra interesses vitais da nação, dentro ou fora do seu território (BASSIOUNI, 1998).

O princípio da nacionalidade estabelece que os crimes praticados pelos seus nacionais, internamente ou no estrangeiro, atraem a jurisdição pessoal ativa, uma vez que a jurisdição é ampliada para que o Estado processe e julgue seus cidadãos, evitando arbitrariedades, tribunais de exceção e penas desumanas. Quando seus nacionais são vítimas de determinados crimes, é tratada aqui a jurisdição pessoal passiva, informada pelo princípio da personalidade passiva. Embora conflitante com o princípio da territorialidade, há a intenção dos Estados julgarem aqueles que cometeram crimes contra os seus nacionais, uma vez que merece a tutela do seu Estado como forma de proteção aos seus cidadãos (BIANCHINI e GOMES, 2015).

Esse princípio vem sendo reavivado diante do crescimento do terrorismo internacional, pois, com os atos

terroristas praticados contra cidadãos diversos, jurisdições concorrentes vêm se proclamando competentes para julgar terroristas, especialmente diante da inércia daqueles Estados que poderiam julgar esses acusados, mas mostram-se relutantes em fazê-lo.

Com a dificuldade de se estabelecer um consenso quanto à jurisdição, passou-se, então, a elaborar o princípio da jurisdição universal, que se traduz no poder que os Estados possuem de perseguir, processar e punir o terrorista sem considerar sua nacionalidade ou o lugar que o ato terrorista fora cometido.

Assim, a ideia de diminuir a impunidade ou a discussão acerca da jurisdição competente cedeu lugar a uma necessidade mundial de perseguição e punição do terrorista, visando sempre à realização da chamada justiça universal, objetivo que todos os países deveriam buscar e proteger.

Lima e Brina (2006) explicam:

Verifica-se, conforme anteriormente mencionado, uma progressiva tendência das legislações nacionais em atribuir-se competência para investigar e processar as pessoas suspeitas de cometimento de crimes internacionais. Essa tendência reflete o princípio da jurisdição universal, regra do direito internacional contemporâneo, por meio do qual se faculta e, em alguns casos, obriga os Estados a exercerem sua jurisdição sobre as pessoas suspeitas de haver cometido

determinados crimes internacionais, independentemente do lugar em que tenham sido cometidos, de os suspeitos ou as vítimas não serem nacionais seus ou de os crimes não terem representado uma ameaça direta aos interesses concretos do Estado em matéria de segurança. Trata-se, então, de um princípio que permite ao juiz nacional conhecer feitos, mesmo que não tenha com eles nexos jurisdicional (p. 92-93).

Com isso, a todos os Estados é conferido o direito de deter, perseguir e punir os autores de atos terroristas, sem levar em consideração o local onde o ato ocorreu, a nacionalidade da vítima ou a nacionalidade do terrorista, tornando-se lícito, por exemplo, julgar crimes cometidos no exterior, por estrangeiro contra estrangeiro, ainda que não exista qualquer interesse violado do Estado que o julga.

O reconhecimento e o exercício da jurisdição universal, contudo, só recai sobre determinados crimes¹⁴³, justamente para não retirar da alçada interna a perseguição e o julgamento daqueles crimes que afetam diretamente os interesses e bens do Estado atacado.

¹⁴³ Crimes de guerra, contra a humanidade, genocídio, terrorismo, agressão internacional, tráfico de entorpecentes e outros.

3. O Direito Internacional e a tentativa de enquadramento de atos terroristas entre os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional

Resultante da aprovação do Estatuto de Roma, o TPI entrou em vigência em 2002, após um duradouro processo histórico de negociações entre os Estados.

No entanto, a questão da sua competência para processamento e julgamento de atos terroristas encontra obstáculos exatamente quanto à natureza nacional ou transnacional do ataque, tomando-se a problemática da consideração do terrorismo como crime internacional, além do dissenso sobre seu conceito.

Gaeta (2009) fomenta que o Direito Internacional deveria considerar o terrorismo internacional como “(...) pertencente a uma forma muito perigosa de criminalidade transnacional” (p. 69), uma vez que os tratados internacionais que tratam desta conduta visam garantir uma cooperação internacional para investigar, prevenir, coibir e reprimir atos considerados como terrorismo.

Em sentido contrário, Lasmar (2015) ressalta que o terrorismo exige uma maior preocupação entre as jurisdições criminais internas, mas que não se trata de um crime internacional. E enfatiza que “(...) terrorismo deve ser considerado como crime nacional com repercussão

internacional e, por isso, a responsabilidade de se julgar criminosos terroristas recaem principalmente sobre as justiças domésticas dos países”(p. 15) .

No interior dessa divergência conceitual, bem como por razões políticas, o crime de terrorismo foi afastado da competência do Tribunal Penal Internacional¹⁴⁴.

Argumentava-se que as Convenções relativas à prevenção e repressão do terrorismo não refletiam o direito consuetudinário internacional no mesmo grau que os crimes que compõem o núcleo do Estatuto, bem como na inviabilidade de se compartilhar com o TPI informações confidenciais acerca das atividades terroristas, devido ao receio de que essas pudessem prejudicar os serviços de inteligência e, principalmente, diante do fato de que nem todos os atos terroristas poderiam ser considerados crimes internacionais e o desacordo entre as noções do que vem a ser terrorismo para cada Estado (LIMA e BRINA, 2006).

Uma possível solução seria aproximar os atos de terrorismo do crime de genocídio¹⁴⁵, ou de crime contra a

¹⁴⁴ Criado em 17 de julho de 1998, através do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é competente para a perseguição penal, com caráter permanente e autônomo, dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.

¹⁴⁵ Estatuto de Roma, art. 6º - Crime de Genocídio - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de

humanidade, para efeito de dotar tribunais da necessária jurisdição universal para perseguir e julgar agentes terroristas, além de reconhecê-los como crime internacional.

Cassese (2008), ao acrescentar a prática terrorista em tempos de paz, isto é, fora de uma situação de conflito, afirma que tal ato poderia caracterizar um crime contra a humanidade¹⁴⁶ quando um ato terrorista for praticado de forma sistemática e contra civis, na forma de algumas

membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 26 mai 2018.

¹⁴⁶ Estatuto de Roma, art. 7º - Crimes contra a Humanidade - 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 27 mai 2018.

condutas definidas pelo Estatuto de Roma, como homicídios, lesões irreparáveis, tortura, etc.

Caso o ato terrorista seja praticado numa situação de conflito armado, por exemplo, poder-se-á caracterizar um dos crimes de competência do TPI quando se tratar de uma ação ou risco de ação violenta contra civis que não estejam participando do conflito e que tenha como finalidade espalhar o terror contra esta população civil, enquadrando-se em crimes de guerra¹⁴⁷, previstos no art. 8º

¹⁴⁷ Estatuto de Roma, art. 8º - Crimes de Guerra - 1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes. 2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra": a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: i) Homicídio doloso; iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares; v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território; c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo: i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas

(2) (a) (i) (iii) (iv), (b) (i) (ii) (v) (vii), (c), (i) (ii) (iii), (e) (i) (ii) (xii). Tanto no primeiro quanto no segundo enquadramento, o ato terrorista deverá preencher os requisitos previstos no Estatuto de Roma.

Diante dos impasses apresentados, o crime de terrorismo foi afastado da competência do TPI.

Assim, além da controvérsia da natureza de crime internacional para fins de atrair a complementar jurisdição do TPI, percebe-se o interesse dos Estados em perseguir e punir aqueles agentes terroristas que ofenderam alguns dos bens jurídicos protegidos, diante da responsabilidade primária dos Estados estabelecida pelo princípio da complementaridade e o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais.

4. A proposta de criação de um Tribunal Internacional contra o terrorismo

formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura; ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; iii) A tomada de reféns; e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos: i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional; xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 27 mai 2018.

Diante das tentativas por parte da comunidade internacional para que a jurisdição internacional alcançasse o crime de terrorismo¹⁴⁸, a Romênia pleiteou, por ocasião da Reunião Internacional das Sociedades de Direito Internacional, que esta considerasse a ideia de uma elaboração de uma convenção para tornar o crime de terrorismo punível universalmente.

Para tanto, chegou-se à conclusão sobre a necessidade de se estabelecer um Tribunal Internacional contra o Terrorismo, sendo a proposta apresentada em 27 de maio de 2015, pelo Ministro de Relações Exteriores da Romênia, Bogdan Aurescu, por ocasião da Reunião Internacional das Sociedades de Direito Internacional (BATISTA, 2016).

Aurescu (2015) explana:

Ao longo das últimas décadas, o terrorismo tem sido uma crescente

¹⁴⁸ O documento apresentado pelo Ministro das Relações Exteriores aponta algumas tentativas da comunidade internacional, senão vejamos: a) 1926: a Romênia pediu à Liga das Nações para analisar a elaboração de uma convenção universal para repressão e punição contra atos terroristas; b) 1934: a Liga das Nações criou um comitê especializado cujo trabalho levou à adoção da Convenção Sobre Punição e Prevenção do terrorismo, em 1937, que definia os atos de terrorismo e considerava a criação de um Tribunal Penal Internacional; 1954: a Comissão de Direito Internacional considerou o terrorismo no Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1954; d) 1998: na implantação do TPI foram apresentadas propostas de inclusão do terrorismo em sua competência; e) 2009: a Holanda propôs, novamente, durante a Conferência para a Revisão do Estatuto do TPI, a inclusão do terrorismo no âmbito da sua competência; f) 2007: a Resolução 1.757 do Conselho de Segurança criou o Tribunal Especial para o Líbano, que reconheceu a existência de uma regra costumeira internacional com relação ao crime de terrorismo (AURESCU, 2015, p. 1-2, tradução nossa).

preocupação e um assunto persistente na agenda internacional, como uma das ameaças mais sérias à paz e à segurança internacionais. Toda comunidade internacional tem a responsabilidade de contribuir efetivamente na luta contra o terrorismo. Desde 2001 (11 de setembro), o Conselho de Segurança das Nações Unidas tem expressado repetidamente suas preocupações com relação ao terrorismo. O amplo suporte às resoluções recentemente adotadas pelo Conselho de Segurança como uma reação à expansão dos grupos terroristas nos encoraja a acreditar que é o momento pertinente para a comunidade internacional agir decisivamente e assumir um papel ainda mais significativo na luta contra o terrorismo, inclusive através de ferramentas legais mais efetivas. Esforços nesta direção não são novos, e se ocuparam tanto com a elaboração de uma convenção completa sobre o terrorismo quando com o estabelecimento de um tribunal internacional para investigar e punir os crimes de terrorismo (p. 1, tradução nossa).

O documento, apresentado pelo Ministro das Relações Exteriores, ainda apontava falhas por parte da comunidade internacional, que ainda não permitia a adoção de uma Convenção Universal sobre o Terrorismo, mencionando as tentativas frustradas de elaboração de uma Convenção e que não obtiveram êxito¹⁴⁹, sendo que as

¹⁴⁹ A Convenção de 1937 nunca entrou em vigor; a negativa da Assembleia Geral da ONU de elaborar uma convenção, segundo o pedido americano de 1972; a tentativa de elaboração de uma Convenção pela Comissão *Ad Hoc*, criada pela Resolução 51/2010.

legislações internacionais existentes até o momento tratam de aspectos específicos relacionados ao terrorismo, já que foram criadas e adotadas em certas áreas como a segurança aérea, marítima, financiamento, dentre outras, bem como uma regulamentação fragmentada por parte das Nações Unidas, provocando uma diversidade de ações regionais para reprimir e combater o terrorismo (BATISTA, 2016).

Assim, a proposta promovia a adoção de um Tribunal Internacional, criado através de um tratado ou de uma resolução da ONU, para promover a inclusão do crime de terrorismo na sua competência, diante da necessidade global de dispor de meios suficientes para combater o terrorismo para promoção da paz e da segurança mundial.

A criação de um Tribunal Internacional universal para o combate ao terrorismo ainda encontraria óbices diante das divergências acerca do conceito de terrorismo a ser adotado, o que levaria tempo para uma definição única, frustrando a necessidade imediata da criação deste Tribunal.

Aurescu (2015), assim, propõe a criação desse Tribunal através de uma resolução do Conselho de Segurança da ONU:

Estabelecendo o Tribunal como um tribunal penal internacional ad hoc, subsidiário ao Conselho de Segurança, nos

moldes dos Tribunais estabelecidos para a ex Iugoslávia¹⁵⁰ e para Ruanda¹⁵¹, o que parece, desta forma, responde melhor às necessidades e rapidez e da universalidade. A resolução se basearia no Capítulo VII da Carta¹⁵², demonstrando que os atos submetidos à jurisdição do tribunal representaram uma ameaça à paz e à segurança internacionais. (p. 3, tradução nossa)

A questão discutida é se a criação de um Tribunal geral, diante das competências que já foram atribuídas ao TPI, não esvaziaria a competência deste tribunal para o julgamento de atos terroristas que fossem considerados

¹⁵⁰ O Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia foi estabelecido em 25 de maio de 1993, através da Resolução n. 827 do Conselho de Segurança, cuja competência limitava-se ao julgamento de atos cometidos no território da ex-Iugoslávia a partir de primeiro de abril de 1991 e compreende quatro categorias de crimes: violações graves às Convenções de Genebra de 1949; violações das leis e costumes de guerra; genocídio e crimes contra a humanidade, julgando os responsáveis por graves violações ao Direito Internacional Humanitário (LIMA, 2012).

¹⁵¹ O Tribunal Penal para Ruanda foi criado em 8 de novembro de 1994, através da resolução n. 955 do Conselho de Segurança, para processar e julgar os crimes de genocídio e outras violações de leis humanitárias internacionais, cuja competência limitava-se ao julgamento de infrações cometidas em território ruandês ou em Estado vizinho, de primeiro de janeiro a trinta e um de dezembro de 1994 (LIMA, 2012).

¹⁵² O Capítulo VII da Carta das Nações Unidas estabelece que, quando se possível verificar graves violações de Direito Internacional Humanitário, o seu principal órgão executivo é capaz de estabelecer meios jurídicos para a perseguição e punição dos responsáveis por aquelas violações, desde que, conforme seus artigos 39 a 51, que trata da “Ação Relativa a Ameaça à Paz e à Ato de Agressão, dispondo em seu art. 39 que “o Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacional”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 27 mai 2018.

crimes internacionais conforme a competência em razão da matéria fixada pelo Estatuto de Roma.

Diante deste impasse, a proposta romena deveria atentar-se quanto à competência em razão da matéria, em razão do tempo, em razão da pessoa e, por fim, em razão do local do Tribunal proposto, para que se definisse a sua atuação e os seus limites a ele incumbidos.

No tocante à competência *ratione materiae*:

Apesar de conhecidas as dificuldades em alcançar uma definição legal geralmente aceita para o terrorismo, elementos suficientes deste conceito tem se materializado no direito costumeiro internacional, para permitir a determinação do crime de terrorismo como uma matéria de discussão jurisdicional para o futuro Tribunal Internacional. Uma definição baseada em dois segmentos pode, assim, ser imaginada: (I) os atos listados em convenções setoriais contraterrorismo da ONU, e (II) uma definição geral “aberta”, fundada em elementos reconhecidos nos costumes de direito internacional e da jurisprudência (especialmente o caso jurídico do Tribunal Especial do Líbano): a existência da intenção criminosa na perpetração dos atos (dolo), a intenção específica de causar terror ou coagir autoridade (dolo especial), a perpetração de um ato criminoso, e, quando aplicável, a gravidade dos atos, que podem constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais (AURESCU, 2015, p. 4, tradução nossa)

Percebe-se que a definição de “terrorismo”, por demais controversa, assumiria uma contextualização costumeira, aliada a elementos essenciais e comuns entre os conceitos já trazidos no decorrer deste trabalho, sempre quando cometidos em tempos de paz.

Com relação à competência do tempo (*ratione temporis*), a proposta é pela criação de um Tribunal permanente e não temporário, mas que tratasse de atos cometidos somente após a sua criação, promovido por uma resolução do Conselho de Segurança como já abordado acima.

A competência *ratione persone* propõe estabelecer a responsabilidade penal individual do terrorista, desde que maior de 18 anos, independentemente da posição que ocupa no seu Estado de origem.

Por fim, a competência *ratione loci* propõe que a jurisdição seja universal, dada a amplitude das ocorrências de ataques terroristas em locais múltiplos (AURESCU, 2015).

Definidas as competências deste Tribunal, estabeleceria a competência complementar deste, quando houver a competência do direito interno de cada Estado, bem como a competência do TPI.

A proposta, assim, desenvolveria um mecanismo de complementaridade diante da competência concorrente

deste Tribunal com os Tribunais internos e o TPI, filtrando os atos que não fossem levados a julgamento pela competência originária destes órgãos.

Assim, embora a proposta de criação de um Tribunal Internacional contra o terrorismo seja um pleito internacional, a dificuldade da definição universal do conceito de “terrorismo”, especialmente a competência interna, aliada com o desejo dos Estados perseguirem e punirem aqueles que atentam contra sua ordem jurídica, democrática e social, dificultariam a implementação de um Tribunal universal para a perseguição e punição dos agentes terroristas.

Conclusão

O terrorismo, por ser um fenômeno global, demanda dos Estados o desenvolvimento de estratégias para a sua prevenção, repressão e resposta, diante da incapacidade que os sistemas jurídicos internos possuem, por si só, para enfrentar ataques terroristas.

Com o dissenso quanto à definição de seu conceito na nova ordem mundial, os países encontram ainda dificuldades na adoção conjunta de determinados diplomas normativos e estratégias comuns, já que o conteúdo das práticas ofensivas que podem configurar atos terroristas

encontram posições diversas no plano jurídico interno de cada Estado, ensejando na adoção de instrumentos jurídicos regionais de prevenção e combate, diante da particularidade da definição adotada por parte de cada Estado.

Essa dificuldade na definição conjunta do conceito de “terrorismo” em uma ordem global acarreta a ausência de um instrumento jurídico internacional comum, necessitando que os Estados enfrentem desafios na promoção e produção de ferramentas gerais de prevenção e combate aos atos que internamente consideram terroristas.

Nesse sentido, ainda, com a ascensão de grupos terroristas e a capacitação dos meios de promoção de seus ataques, torna-se impossível adotar uma jurisdição comum para a perseguição e punição do terrorista, especialmente no tocante à criação de um Tribunal para a perseguição e punição dos terroristas.

Isso, devido ao fato de que esse dissenso acerca da conceituação global do que é o terrorismo faz com que quaisquer pretensões acerca da adoção de um conceito para a criação de uma jurisdição universal caia no obstáculo normativo imposto pelo princípio da legalidade, já que para que haja uma perseguição e punição por um Tribunal comum é necessário que o crime de terrorismo seja definido de forma universal.

Portanto, os Estados devem promover estudos conceituais consensuais, além de compartilhar sua soberania para fins de promoção de instrumentos comuns de investigação e cooperação internacional, na busca pela criação de um Tribunal universal que seja competente para o julgamento imparcial dos terroristas, contribuindo com a prevenção e a repressão do terrorismo internacional.

Referências

AMBOS, KAI. Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: is there a crime of terrorism under International Law? **Leiden Journal of International Law**, 2011. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/judicial-creativity-at-the-special-tribunal-for-lebanon-is-there-a-crime-of-terrorism-under-international-law/8BAEBC0A79EA77ABC0BE2559DD3825A9>.

Acesso em: 5 maio 2019.

AURESCU, Bogdan. **Setting up na International Criminal Court against Terrorism**. In: International Meeting of International Law Societies 27-28 May, 2015. Strasbourg, 2015. Disponível em <http://balti.mae.ro/en/romania-news/5976>. Acesso em: 10 abr 2019.

BASSIOUNI, M. Cherif. **International Criminal Law**, 2 ed. Ardesley, N. Y., Transnational Publishers, 1998. Disponível em: <http://mcherifbassiouni.com/library/>. Acesso em: 10 abr 2019.

BATISTA, Michelle Aparecida. **Terrorismo e tribunais internacionais penais “PUROS”: a proposta romena**

de criação de um Tribunal Internacional contra o terrorismo diante da existência do TPI. Dissertação de Mestrado. Universidade de Itaúna – Programa de Pós-Graduação em Direitos em Proteção dos Direitos Fundamentais, 2016.

BIANCHINI, Alice. GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1ª a 120).** Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BJORGO, Tore (org.). **Root Causes of Terrorism: Myths, reality and ways forward.** 1. ed. Nova Iorque: Routledge Taylor & Francis Group, 2005. Disponível em: <https://the-eye.eu/public/WorldTracker.org/Military/Terrorism%20and%20Counterterrorism/Root%20causes%20of%20Terrorism.pdf>. Acesso em: 20 abr 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz dos Santos. NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Terrorismo: Lei 13.260/16 comentada.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

CARR, Caleb. **A assustadora história do terrorismo.** São Paulo. Ed. Ediouro, 2002.

CASSESE, Antonio. **International Criminal Law.** 2 ed. Oxford University Press, 2008. Disponível em: <https://global.oup.com/academic/product/casses-international-criminal-law-9780199694921?cc=us&lang=en> Acesso em: 3 abr 2019..

FRIZZERA Guilherme; SOUZA JUNIOR, José Maria de. **Tipificando o Terrorismo no Congresso Brasileiro: os projetos de lei e literatura acadêmica.** Brazilian Journal of International Relations, Marília, v. 4, n. 1, , jan/abr. 2015. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/bjir/articloe/view/4998>. Acesso em: 13 mar 2019.

GAETA, Paola. International Criminalization of Prohibited Conduct. In: CASSESE, Antonio. **The Oxford companion to international criminal justice.** Oxford University Press, 2009.

- LASMAR, Jorge Mascarenhas. **A legislação brasileira de combate e prevenção ao terrorismo quatorze anos após 11 de Setembro: limites, falhas e reflexões para o futuro**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, v. 23, n. 53, 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782015000100047 Acesso em: 11 abr 2019.
- LIMA, Renata Mantovani de. BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.
- NETO, José Cretella. **Terrorismo Internacional: Inimigo sem rosto – Combatente sem pátria**. Campinas: Millennium Editora, 2008.
- PONTES, Marcos Rosas D. **Terrorismo. Características, Tipologia e Presença nas Relações Internacionais**. Brasília, 1999.
- SCHMID, Alex P. **The Routledge Handbook Of Terrorism Research**. 1. ed. Estados Unidos: Routledge Taylor & Francis Group, 2011.
- SIMIONI, Alexandre Arthur Cavalcanti. **O terrorismo contemporâneo: consequências para a defesa e segurança do Brasil**. Dissertação de mestrado da UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro/RJ, 2008.
- SNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. 3ª ed. São Paulo: Leud, 1993.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

**UMA ANÁLISE DO ANTISSEMITISMO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A
EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO NACIONAL
FRENTE AO CASO ELLWANGER**

***AN ANALYSIS OF ANTI-SEMITISM BY THE
SUPREME FEDERAL COURT: THE
EFFECTIVENESS OF NATIONAL JURISDICTION
IN THE ELLWANGER CASE***

*Elaine Aparecida Barbosa Gomes
Maria Laura Vargas Cabral*

Resumo: O presente artigo apresenta uma breve análise da decisão ao pedido de *Habeas Corpus* em nome de Siegfried Ellwanger (1928-2010), no ano de 2003, dispensada pelo Supremo Tribunal Federal. Busca-se demonstrar a necessidade da discussão sobre as práticas discriminatórias baseadas no racismo, combatendo o racismo e garantido ao indivíduo o reconhecimento da sua identidade cultural e a promoção da igualdade para todos. Sustentar-se-á que a referida decisão com respaldo no art. 5º, LXII, que exprime a especificação do princípio geral da igualdade e da não-discriminação, demonstra o entendimento acerca do crime de racismo quanto a prática do preconceito cometido contra os judeus. Utilizou-se de pesquisa teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo analítico que instruiu a análise de leis e doutrinas relacionadas ao tema e aos conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chaves: Antissemitismo, Direitos Fundamentais, Racismo, Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article presents a brief analysis of the decision to the *Habeas Corpus* petition in the name of Siegfried Ellwanger (1928-2010), in the year 2003, dispensed by the Federal Supreme Court. It seeks to demonstrate the need to discuss discriminatory practices based on racism, combating racism and guaranteeing individuals the recognition of their cultural identity and the promotion of equality for all. It shall be

maintained that said decision, supported by art. 5, LXII, which expresses the general principle of equality and non-discrimination, demonstrates the understanding of the crime of racism regarding the practice of prejudice against Jews. Theoretical-bibliographic research was used following the analytical descriptive method that instructed the analysis of laws and doctrines related to the theme and concepts of dogmatic order.

Key words: Antisemitism, Fundamental Rights, Racism, Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

Tema de grande relevância na atualidade é o debate das questões étnico raciais e da prevalência da ideia constitucional de proibição as práticas discriminatórias inspiradas no racismo, um desafio a ser enfrentado por todos. Haja vista que afetam diretamente, de maneira profunda e negativa a convivência dos indivíduos ao estabelecerem diferenças graves entre as pessoas, negando direitos fundamentais, inspirando a intolerância e gerando conflitos sócias.

Percebe-se, então, que as práticas discriminatórias baseadas no racismo são tão comuns entre os cidadãos que na grande maioria dos casos não é dado o tratamento necessário para coibir esses atos.

Deste modo, o presente estudo perpassa a questão da igualdade e do pluralismo étnico racial como elementos

da dignidade humana e responsáveis pelo processo de formação e construção da identidade do indivíduo.

Assim, utilizando-se das reflexões produzidas acerca do tema proposto, intenta-se expor um questionamento central que norteará a pesquisa, qual seja: qual a contribuição do Supremo Tribunal Federal, para a discussão jurídica dessa problemática, ao decidir o caso de Siegfried Ellwanger?

A relevância da discussão sobre a decisão do caso de Siegfried Ellwanger está evidenciada na necessidade da discussão sobre as práticas discriminatórias inspiradas no racismo, no caso em análise a prática do antisemitismo como uma forma de racismo. Uma vez que ofende os princípios constitucionais da igualdade e dignidade humana no plano dos Direitos Fundamentais.

Estruturalmente, o artigo se divide em duas seções, mais introdução e conclusão. Sendo que na primeira seção, intitulada Da raça ao racismo: a origem dos conceitos de raça que levaram à prática do racismo que o Direito brasileiro condena e repudia, faz-se necessário o desenvolvimento de uma análise descritiva da ideia de evolução da raça ao racismo segundo os conceitos de Celso Lafer.

Na segunda seção intitulada Análise do caso histórico de Siegfried Ellwanger: uma afronta aos

princípios da igualdade e não-discriminação, o intuito é de definir o conceito de antissemitismo, em seguida, discutir sobre o antissemitismo como uma prática discriminatória inspirada no racismo, para do pressuposto de seu conhecimento, apresentar, ainda que rapidamente, o caso histórico de grande repercussão pública, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o *Habeas Corpus* nº 82.424-2, impetrado por Siegfried Ellwanger.

É a partir dos argumentos expostos anteriormente que se verifica a necessidade e a urgência de expor e analisar ideias e fatos relacionados com a presença e a influência das práticas discriminatórias inspiradas no racismo, em especial o antissemitismo, especialmente nas atividades relacionadas com a afirmação e a garantia dos direitos fundamentais.

2 DO REFERENCIAL TEÓRICO

Como destacado, utilizou-se o referencial teórico de Celso Lafer, *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, para tecer discussões sobre a origem da raça e as questões étnico raciais.

Outras obras perpendiculares à análise de Celso Lafer foram utilizadas para aprofundar a análise sobre a questão étnico racial. Deste modo, cabe ressaltar que muitos

autores e teorias aparecerão com centralidade ao longo deste estudo, sem os quais não seria possível um maior acesso à problemática.

3 DA METODOLOGIA UTILIZADA

Quanto à metodologia, para a realização do estudo, utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, documental disponível, com a utilização de livros, textos e artigos doutrinários, além de leis que possuam relação direta ou indireta com o assunto em comento, tendo em vista que a construção do debate teórico se embasa, de maneira considerável, em doutrina.

No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, haja vista partir-se de uma concepção macro para uma concepção microanalítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Finalmente, no procedimento técnico, foram adotadas as análises interpretativas, comparativas, temáticas e históricas, para possibilitar uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

Apresentada a descrição minuciosa do objeto da pesquisa, analisar-se-á, nas seções subsequentes, o recorte do tema com base exclusivamente na esfera jurídica. Tendo na primeira seção desse artigo, como frisado, um

estudo sobre a origem dos conceitos de raça que levaram à prática do racismo que o Direito brasileiro condena e repudia.

4 DA RAÇA AO RACISMO: a origem dos conceitos de raça que levaram à prática do racismo que o Direito brasileiro condena e repudia

De tal modo que, para tecer diálogos mais expansivos e eficazes para a resolução dos problemas étnico raciais, o objetivo, nos limites da pesquisa, é apresentar uma análise descritiva da ideia de evolução da raça proposta por Magnolio (2009a) e Lafer (2005). Como demonstra o autor a ideia de raça passa a ser discutida por linhas teóricas diversas, com seus dilemas e implicações sociais.

Com o botânico e zoólogo Carolus Linnaeus (1707-1778) o responsável pela invenção da classificação biológica, dividiu-se a população mundial em 4 raças, a raça Europeia, a raça Africana, a raça Asiática e a raça Americana, e ainda acrescentou-se uma subraça formada por seres diversos.

Para Carolus Linnaeus (1707-1778) “[...] *Europeanus* era constituída por indivíduos inteligentes, inventivos e gentis, os índios americanos seriam teimosos e irritadiços, os asiáticos com inatas dificuldades de

concentração e os africanos com lassidão e preguiça” (MAGNOLIO, 2009a, p. 24). Em seguida, com o médico, antropólogo e zoólogo alemão, Johann Friedrich Blumenbach (1752-1840) surge uma redefinição da raça passando a ser classificada em “brancos”, “amarelos”, “vermelhos” e os “marrons” (MAGNOLIO, 2009a).

Magnolio (2009a) aponta que ambas as definições estavam ligadas a ciências biológicas, utilizando para a classificação da raça humana os mesmos critérios utilizados para a classificação dos animais, a título exemplificativo “[...] apontando exemplos de híbridos férteis gerados por cruzamentos entre raposas, lobos e chacais” (MAGNOLIO, 2009a, p. 24).

Sendo apenas com o escritor e filósofo francês Arthur de Gobineau (1816-1882) que surge a classificação de raça humana com base na história protagonizada por esses indivíduos. Segundo Magnolio (2009a) a humanidade passa a ser dividida em três raças “[...] brancos, amarelos e negros - e o progresso histórico dependeria da ação direta ou indireta das raças brancas” (MAGNOLIO, 2009a, p. 24).

Neste histórico e contexto, Magnolio (2009a) aponta que a conceituação de raça utilizada na contemporaneidade se consolidou com a Teoria do Darwinismo, juntamente com a ideia de evolução, “a

publicação da obra clássica de Darwin, em 1859, praticamente cancelou os argumentos criacionistas e estabeleceu o conceito da unidade da espécie humana” (MAGNOLIO, 2009a, p. 26). Nesse viés, o conceito de raça passa a ser discutido juntamente com o conceito de evolução seguindo as ideias de Charles Darwin (1809-1882).

Dos ensinamentos de Lafer (2005) entende-se que a base de existência da prática do racismo está na errônea concepção sobre a existência de raças humanas e sua hierarquização.

Em relação a terminologia raça, José Antônio Marçal e Silvia Maria Amorim Lima (2015) ressaltam que “[...] a representação social de *raça* adotada estrategicamente em certos momentos históricos aconteceu nas relações de poder objetivando instaurar ou fortalecer a dominação” (MARÇAL; LIMA, 2015, p. 18). E afirma, “no século XX, a ciência começou a ser utilizada para dar valor racional à dominação racial. Estudos foram realizados, de forma tendenciosa, a fim de comprovar a superioridade da raça branca sobre as não brancas” (MARÇAL; LIMA, 2015, p. 37).

Por sua vez, Aguinaldo Fenelon de Barros (2013), analisando a igualdade racial no Brasil dentro do contexto da dignidade humana, salienta que “ninguém é melhor que

ninguém por causa da cor da pele. Além disso, a discriminação, o ódio, a intolerância e a violência são atitudes que devem ser repudiadas pela sociedade, em nome do respeito à dignidade humana” (BARROS, 2013, p. 15).

Em relação ao racismo, crime previsto na Lei n. 7.716/1989, o Conselho Nacional de Justiça (2015) o define como uma “[...] conduta discriminatória dirigida a determinado grupo ou coletividade e, geralmente, refere-se a crimes mais amplos que atinge uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça” (CNJ, 2015).

Para Carcará (2013) a definição do termo racismo representa o ápice da consumação do preconceito, “[...] é passagem da condição de mero juízo ultrageneralizado que se manifesta não apenas com a exclusão de direitos, como na discriminação, mas possuída com a verdadeira constatação de que o domínio é a realidade a ser alcançada” (CARCARÁ, 2013, p. 72).

A lei¹⁵³ traz várias situações que configuram o crime de racismo, por exemplo, recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, impedir o acesso às entradas

¹⁵³ BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou às escadas de acesso, negar ou obstar emprego em empresa privada, entre outros visa atingir uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça. Entende-se que a prática do racismo está direcionada a segregação de um indivíduo ou grupo de pessoas a determinados bens e/ou direitos.

Pode-se afirmar que “o Brasil, Colônia, Império e República, teve historicamente, no aspecto legal, uma postura ativa e permissiva diante da discriminação e do racismo que atinge a população afrodescendente brasileira até hoje” (BRASIL, 2004, p. 7).

Quanto a questão da igualdade frente as discriminações étnicas raciais Gomes (2007, p. 51-52) argumenta que a discriminação é fruto das relações intersubjetivas entre os indivíduos que buscam a competitividade como forma de manter seu *status quo*.

No caso do Brasil como destaca Flávia Piovesan (2007) com relação a questão étnica racial “[...] é o segundo país do mundo com o maior contingente populacional afrodescendente (44% da população brasileira, perdendo apenas para a Nigéria), tendo sido, contudo, o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão” (PIOVESAN, 2007, p. 43). Fato é que faz-se “[...] emergencial a adoção de medidas eficazes para

romper com o legado de a exclusão étnico-racial, que compromete não só a plena vigência dos direitos humanos, mas a própria democracia no país - sob pena de termos democracia sem cidadania” (PIOVESAN, 2007, p. 44).

No tocante as experiências de ofensa, desrespeito e principalmente segregação social a população negra vem sendo submetida a estas situações desde a colonização do Brasil em 1500 quando foram trazidos como mercadorias, tendo sido escravizados por um longo período, uma construção social ao longo do tempo.

Como aponta Sales Augusto dos Santos (2005) “a profunda desigualdade racial entre negros e brancos em praticamente todas as esferas sociais brasileiras é fruto de mais de quinhentos anos de opressão e/ou discriminação racial contra os negros” (SANTOS, 2005, p. 15). Corroborando com o pensamento acima, Sarita Amaro (2015) afirma que “o racismo se instala nas relações e as deteriora, no compasso em que corrói esperanças, limita perspectivas e precariza a vida de quem vitima” (AMARO, 2015, p. 42).

Diante dessas considerações, de acordo com os ensinamentos de Celso Lafer (2005) com o desenvolvimento do conhecimento ficou mais evidente que “[...] não há fundamento biológico em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios de diferenças

visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência” (LAFER, 2005, p. 58). O que temos é uma “[...] unidade do gênero humano” onde todos têm direito a igualdade e não discriminação (LAFER, 2005, p. 58).

Conforme conclui Roberto Brayner Sampaio (2013) o racismo é uma violação aos direitos fundamentais, onde “o fundamento ideológico desse mal reside na hedionda concepção da superioridade/inferioridade de grupos de pessoas em função da raça ou origem” (SAMPAIO, 2013, p. 137).

Em suma, como aponta Celso Lafer (2005) o ser humano não deve utilizar o critério biológico para justificar as práticas discriminatórias inspiradas no racismo, contudo o que enfrentamos diuturnamente é a abordagem dessas práticas como um fenômeno social que está enraizado na nossa sociedade e na grande maioria dos casos é aceito como algo que faz parte do cotidiano do povo brasileira. Visão errônea.

Passa-se, na seção seguinte, à discussão do caso que trata-se de um marco do judiciário brasileiro e merece ser examinado, para que práticas discriminatórias inspiradas no racismo como os praticados por Siegfried Ellwanger sejam reprimidas pela sociedade brasileira.

5 ANÁLISE DO CASO HISTÓRICO DE SIEGFRIED ELLWANGER: uma afronta aos princípios da igualdade e não-discriminação

Para que se possa dar sentido ao tema discutido no referente artigo, mister se faz que seja feita uma explicação, ainda que breve, acerca dos aspectos relativos ao caso histórico de Siegfried Ellwanger.

Siegfried Ellwanger (1928-2010), foi o fundador e proprietário da editora mais polêmica do Brasil – a editora Revisão, brasileiro, natural de Candelária, Rio Grande do Sul, na data dos fatos com 71 anos de idade¹⁵⁴. Defensor do ideal revisionista histórico, onde aponta que não há fatos históricos inquestionáveis, sendo muitas vezes divulgada a versão dos fatos dada pelos vencedores (como em uma guerra, por exemplo)¹⁵⁵.

Conforme aponta Lafer (2005) o editor e autor é defensor dos ideais nazistas, o que tem influenciado na reedição de forma sistemática de livros que disseminam o antissemitismo, dentre as obras, destaca: “*Holocausto - Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século,*

¹⁵⁴ Conforme reportagem do site Inacreditável.com.br, disponível em: < <http://inacreditavel.com.br/wp/revisando-a-historia/> >. Acesso em: 11 ago. 2018

¹⁵⁵ Conforme reportagem do site Jusbrasil, disponível em: < <https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

que denega o fato histórico do crime de genocídio” (LAFER, 2005, p. 97).

Ellwanger se dedicava à publicação e divulgação de livros que exploravam uma outra visão dos fatos ocorridos na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, chegando a negar ao longo das obras que os judeus tenham sofrido o Holocausto

A relevância da discussão sobre a decisão do caso de Siegfried Ellwanger está evidenciada na necessidade de discutirmos as práticas discriminatórias inspiradas no racismo, no caso em análise a prática do antissemitismo como uma forma de racismo. Uma vez que ofende os princípios constitucionais da igualdade e dignidade humana no plano dos Direitos Fundamentais.

Dos ensinamentos de Celso Lafer (2005) entende-se que biologicamente não podemos classificar a população em raças, tanto judeus, quanto os brancos, os negros, os mulatos, os índios, os ciganos e os árabes são integrantes da espécie humana “o sequenciamento do genoma humano confirmou que só existe uma raça- a raça humana” (LAFER, 2005, p. 101).

E tal modo que, a partir do momento que grupos humanos, cultural e etnicamente determinados e também cada indivíduo tem sua imagem pessoal diminuída pela

depreciação de sua cor de pele, religião e de sua origem, estamos diante da prática do crime de racismo.

Como afirma Lafer (2005) “o crime da prática do racismo tem sua base e reside nas teorias e preceitos que discriminam grupos ou pessoas a eles atribuindo características “raciais” (LAFER, 2005, p. 102). A divisão do ser humano em raças não possui base científica, na atualidade é vista como uma construção político-social tendo origem na intolerância humana.

O caso histórico de Siegfried Ellwanger se baseia na publicação de uma obra literária que pregava a inferioridade dos judeus como raça, uma obra que prega uma discriminação direta defendendo a existência de uma raça inferior, que dentro da concepção biológica não existe, contudo é discutida como uma construção sociológica, o que, para muitos indivíduos justifica uma série de atos contra os judeus.

Devido a publicação de suas obras, Siegfried Ellwanger sofreu acusações de racismo e antissemitismo. E em 1986 o Mopar - Movimento Popular Antirracista é formado pelo Movimento Judeu (representado por Luis Milman e Mauro Nadvorny), Movimento Negro (liderado por Luis Francisco Barbosa, juiz aposentado, hoje advogado) e Movimento de Justiça e Direitos Humanos (na época dos fatos, Jair Krischke era o presidente)

denunciou as suas obras à Coordenadoria das Promotorias Criminais sob a alegação de que continham "conteúdo racista" (CONJUR, 2004).

De acordo com a denúncia de novembro de 1991, os livros vendidos por Siegfried Ellwanger, a partir de 2 de novembro de 1996, na Feira do Livro, “trazem mensagens racistas, discriminatórias e preconceituosas, incitando e induzindo ao ódio e ao desprezo contra povo de origem judaica” (CONJUR, 2004).

Foi então que em outubro de 1996, Siegfried Ellwanger foi condenado pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul calcado no crime de racismo com fundamento no artigo 5º, XLII e no artigo 20 da Lei 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor- Interpretação do alcance e conteúdo do crime de prática do racismo (LAFER, 2005). A pena fixada foi de dois anos de reclusão, com benefício de *sursis* e a exigência do réu prestar um ano de serviço à comunidade¹⁵⁶.

Após uma tentativa frustrada de obter êxito em um *Habeas Corpus* junto ao STJ, em novembro de 2002, que manteve a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul,

¹⁵⁶ Conforme reportagem do site Jusbrasil, disponível em: < <https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

buscou a defesa de Siegfried Ellwanger desqualificar o crime de racismo junto ao STF, através de novo *Habeas Corpus* (HC nº. 82.424-2). Segundo Celso Lafer (2005) a defesa intentava afastar a imprescritibilidade do crime cometido, alegando que este era de “[...] incitamento contra judeus e não o da prática do racismo” (LAFER, 2005, p. 33).

Nesse momento é fundamental salientar que a defesa de Siegfried Ellwanger estava voltada para uma decisão absolutória que desclassificasse o crime de racismo afastando assim a cláusula da imprescritibilidade nos crimes de racismo imposta pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XLII¹⁵⁷.

O caso percorreu todas as instâncias no Judiciário brasileiro, utilizando como argumento, em prol da desclassificação de sua conduta enquanto racismo, que os judeus não se enquadravam na categoria de raça imposta pela lei: não eram os judeus uma raça, senão um grupo étnico-religioso de indivíduos (STF, 2004).

Na hipótese de o argumento ser acolhido pelo Supremo Tribunal Federal a pretensão executória da pena

¹⁵⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (BRASIL, 1988).

estaria prescrita o que ocorreria devido a prescrição da pretensão punitiva do Estado nos moldes do artigo 109, inciso V, do Código Penal Brasileiro de 1940¹⁵⁸. Uma vez que, como a denúncia foi recebida em novembro de 1991 e a condenação só teria ocorrido em outubro de 1996, quase cinco anos após o recebimento da denúncia, onde o prazo prescricional que seria de quatro anos já teria decorrido.

Uma data em especial despertou a atenção nesse julgamento, 24 de março de 2003 quando Celso Lafer, que atuou como *amicus curiae* no caso, defendendo o posicionamento que considera o antissemitismo uma forma de racismo, opinou pelo indeferimento do *Habeas Corpus* (HC nº. 82.424-2) por meio do parecer “O caso Ellwanger: antissemitismo como crime da prática do racismo”.

Nessa perspectiva, tem-se como entendimento a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº. 82.424-2 que a disseminação de ideias discriminatórias ao povo judeu é crime de racismo, pois o crime de racismo independe da existência de raças, e que qualquer incitamento contra um grupo étnico, uma determinada religião ou cultura constitui o crime de racismo, sendo o referido HC indeferido pela

¹⁵⁸ **Art. 109.** A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). **V** - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois (BRASIL, 1940).

maioria de oito votos dos ministros, como aponta a Ementa do Acórdão relatado pelo ministro Maurício Corrêa:

Escrever, editar, divulgar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei nº. 7.716/89, artigo 20 na redação dada pela Lei nº. 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, art. 5º, XLII) (STF, 2004).

A condenação de Siegfried Ellwanger em 2003 pelo Supremo Tribunal Federal é considerada o primeiro caso de condenação definitiva por antissemitismo na América Latina, segundo o MJDH (Movimento de Justiça e Direitos Humanos) do Rio Grande do Sul¹⁵⁹.

Um ponto que se mostra interessante e será desenvolvido neste artigo sobre o caso Siegfried Ellwanger é que, em diversas passagens da decisão do *Habeas Corpus* (HC nº. 82.424-2) junto ao Supremo Tribunal Federal têm-se discussões acerca do que são raças, o que é o racismo, e sobre as práticas discriminatórias inspiradas no racismo, em especial sobre a prática do antissemitismo.

Quando um indivíduo pratica discriminação inspirado no racismo o faz acreditando que aqueles

¹⁵⁹ Conforme reportagem do site Folha de São Paulo, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0604200011.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

sujeitos por pertencerem a um determinado grupo étnico, diferente do seu, carregam consigo desde o nascimento características biológicas que definem seu comportamento como sendo de uma raça inferior. Logo, fazem jus a tais atos. E uma das formas de manifestação do racismo é por meio do antissemitismo.

Relatos evidenciam que o antissemitismo vem persistindo na sociedade mundial há mais de dois mil anos, ora de modo velado, ora imponente, e está presente no cotidiano de milhares de pessoas, onde são aceitos e reiterados como expressões de normalidade, mas que na realidade são essencialmente, preconceituosos e frutos da intolerância, da discriminação com a cultura do “outro” e, como tais, discriminatórios e negadores da igualdade de direitos, implicando a ofensa da dignidade dos seres humanos.

O "racismo" contra os judeus é denominado antissemitismo, que é o preconceito contra ou ódio contra os judeus baseados em falsas teorias biológicas, uma parte essencial do Nacional Socialismo alemão, i.e. o nazismo. Que com a chegada ao poder dos nazista e a criação das

Leis de Nuremberg trouxeram uma definição biológica errônea do que é ser judeu¹⁶⁰.

De acordo com Zygmunt Bauman (1998) em sua obra, *Modernidade e Holocausto* de 1998, o termo “antissemitismo” foi inventado e passou a ser amplamente utilizado a partir do século XIX, apesar de possuir uma falha etimológica por ser demasiadamente amplo “evidência a histórica do ressentimento e discriminação contra os judeus por mais de dois milênios”. (BAUMAN, 1998, p. 36).

E afirma: “Refere-se à concepção dos judeus como um grupo estranho, hostil e indesejável e às práticas que derivam dessa concepção e a sustentam”. (BAUMAN, 1998, p. 37). Sustentando que o antissemitismo surgiu com a destruição do segundo templo de Jerusalém no ano 70 d.C. (BAUMAN, 1998, p. 36).

Nesse sentido, Bauman (1998) aponta o Holocausto como um exemplo relevante do antissemitismo cristão-europeu, que disseminou preconceitos e agressões étnicos religiosos. Carregado com uma carga ideológica, que buscava uma disseminação supranacional e supraterritorial.

¹⁶⁰ Conforme reportagem do site *Ushmm.org*, disponível em: < <https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10005184>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Em relação as práticas discriminatórias inspiradas no racismo, Celso Lafer (2005) observa que a discussão sobre as teorias racistas além de ser uma questão complexa é urgente, pois traz como consequência “o racismo biológico institucionalizado” da Alemanha nazista que afirmava ao mesmo tempo a superioridade da raça germânico-ariana e a luta contra as raças inferiores”. (LAFER, 2005, p. 57).

Está pesquisa trouxe o caso histórico de Siegfried Ellwanger que ocorreu em âmbito nacional tendo percorrido todas as instâncias possíveis, mas tem-se casos semelhantes em âmbito internacional.

Numa matéria com a relevância desta que está sendo examinada pelo Supremo Tribunal Federal, é sempre útil apresentar a linha de raciocínio que vem sendo desenvolvido, mediante referências a casos decididos por Tribunais Superiores de outros países, que têm relevantes pontos de contato com as questões suscitadas pelo HC 82424-2. Como o ocorrido na França em 1990 com a profanação de sepulturas e pintura de cruzes suásticas em cemitérios judaicos, que levou a promulgação da *Lei Gayssot*¹⁶¹.

¹⁶¹ Em 13 de julho de 1990: O governo francês aprova a *Lei Gayssot*, segundo a qual questionar a escala de existência de crimes contra a humanidade (conforme definido na Carta de Londres de 1945) é um delito criminal. Esta lei foi o primeiro estatuto europeu a declarar ilegal a negação do Holocausto.

No plano internacional, conforme salientado por Celso Lafer, o Brasil vem buscando afirmar o princípio da igualdade e não-discriminação objetivando combater as práticas discriminatórias inspiradas no racismo.

A luz dessa discussão, pode-se ressaltar que o Brasil é signatário dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, que dispõe em seu artigo 1º, parágrafo 4:

Art. 1º, parágrafo 4: Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos (BRASIL, 1968).

Conforme reportagem do site Ummm.org, disponível em: <<https://www.usmmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10008003>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Maria Luiza Tucci Carneiro (2008) afirma que a sociedade brasileira é racista, apesar do “negacionismo” que alguns ainda defendem, o que “[...] pode variar desde o mais sutil sentimento de desconfiança e de desprezo até o mais violento ato de hostilidade física” (CARNEIRO, 2008).

Fato é que a existência em São Paulo de uma “[...] Delegacia de Crimes Raciais, de o Direito brasileiro condenar e repudiar a prática do racismo [...] demonstra que a nossa realidade, ainda que expressiva do fenômeno da mestiçagem, não é tão cordial assim”. (CARNEIRO, 2008).

A discussão sobre a identidade étnico racial de um povo ainda é algo que merece muita atenção, pois requer superar as barreiras do preconceito e da intolerância com relação a cultura do “outro”. Assim, não se pode olhar a cultura do “outro” somente a partir do olhar, do ponto de vista daquele que a observa.

6 CONCLUSÃO

As discussões sobre os problemas étnico raciais torna-se algo corriqueiro nos dias atuais, a todo momento tem-se informações das mais diversas, seja para conscientizar a sociedade sobre os impactos que ações de cunho racista, discriminatório e/ou preconceituoso

praticado pelo ser humano tem provocado, ou para propor políticas de conscientização.

O trabalho ora realizado escolheu como objeto de estudo a prática do antissemitismo como uma forma de racismo. Respondendo à questão exposta na introdução da pesquisa, qual seja: qual a contribuição do Supremo Tribunal Federal, para a discussão jurídica dessa problemática, ao decidir o caso de Siegfried Ellwanger? Tem-se a conclusão a seguir apresentada.

Foi possível constatar que Siegfried Ellwanger cometeu o crime de racismo e, como tal, imprescritível. A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) ora em análise trata-se de um marco do judiciário brasileiro quanto a existência atual do preconceito e a necessidade de combate de qualquer tipo de discriminação por parte do Poder Judiciário.

Além de contribuir para uma reflexão sobre o racismo no país, onde a sociedade necessita ter reconhecida sua etnia plural e ao mesmo tempo igual. Onde todos devem ser tratados com mesmo respeito e dignidade.

REFERÊNCIAS

AMARO, Sarita. **Racismo, igualdade racial e políticas de ações afirmativas no Brasil**. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2015.

ANTISSEMITISMO NA HISTÓRIA: DA IGREJA PRIMITIVA A 1400. Disponível em: <
<https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007170>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BARROS, Aguinaldo Fenelon de. **Em nome da igualdade racial.** In: MORAES, Fabiana. No país do racismo institucional: dez anos de ações do GT Racismo no MPPE. Coordenação Assessoria Ministerial de Comunicação Social do MPPE, Grupo de Trabalho sobre Discriminação Racial do MPPE - GT Racismo. Recife; Procuradoria Geral de Justiça, 2013, p. 15.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BRASIL. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.** Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas corpus n.º 82.424-2/RS. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Substituído pelo Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 17 de janeiro de 2003. Diário da Justiça. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro Teor HC / 82424](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%2082424)>.
Acesso em: 12 ago. de 2018.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. de 2018.

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais-1966**. Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Disponível em:<

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>.
Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.459**, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9459.htm>.
Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.288**, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347,

de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BOGOTÁ. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – 1948. Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. Disponível em: <
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discursos do ódio no Brasil: leitura histórica e compreensão jurídica sob a vigência da constituição de 1988. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2013.

CARNEIRO, MARIA LUIZA TUCCI. A raça ‘indesejável’. **Revista Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).** Abril, 2008. Entrevista realizada por Carlos Haag. Disponível em:<
<http://revistapesquisa.fapesp.br/2008/04/01/a-raca-indesejavel/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CONJUR. Consultor jurídico. Editor nazista é condenado a quase dois anos de reclusão. 10 de setembro de 2004. Disponível em:<
https://www.conjur.com.br/2004-set-10/editor_nazista_condenado_dois_anos_reclusao>. Acesso em: 12 ago. de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ. Conheça a diferença entre racismo e injúria racial. 08 de junho de 2015. Disponível em:<
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79571-conheca-a>

diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial>. Acesso em: 05 jun. 2018.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas. Brasília, MEC/Unesco, 2007, p. 47-82.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Preconceito de cor e racismo no Brasil**. Revista de Antropologia, v. 47, n. 1, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012004000100001>. Acesso em: 15 jul. 2018.

JACCOUD, Luciana. Racismo e república: o debate sobre o branqueamento e a discriminação racial no Brasil. In: THEODORO, Mário (organizador). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição**. Brasília: Ipea, 2008, p. 45-64.

JACCOUD, Luciana. O combate ao racismo e à desigualdade: o desafio das políticas públicas de promoção da igualdade racial. In: THEODORO, Mário (organizador). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição**. Brasília: Ipea, 2008a, p. 131-166.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri, São Paulo, Manole, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

LEWIN, Helena coord. **Judaísmo e modernidade**: suas múltiplas interrelações. Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

MAGNOLI, Demétrio. Racismo na escola. **Revista Nova Escola**, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/revistanovaescola/search?q=uary=racismo>>. Acesso em: 20 de jun. 2018.

MAGNOLIO, Demétrio. **Uma gota de sangue**: história do pensamento racial. São Paulo, Contexto, 2009a.

MARÇAL, José Antônio; LIMA, Silvia Maria Amorim. Educação escolar das relações étnico raciais: história e cultura afro brasileira e indígena no Brasil. Curitiba, InterSaberes, 2015.

MATTOS, Hebe; ABREU, Martha; VIANNA, Carolina. **O Negro na História do Brasil**.

In: OLIVEIRA, Iolanda de (coord.). Cadernos Penesb – Periódico do Programa de Educação sobre o Negro na Sociedade Brasileira – FEUFF (n. 12) (2010) Rio de Janeiro/Niterói – Ed. ALTERNATIVA/Ed. UFF/2010, p.69-79.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Método, 2015, 2 edição.

MORAES, Fabiana. **No país do racismo institucional**: dez anos de ações do GT Racismo no MPPE. Coordenação Assessoria Ministerial de Comunicação Social do MPPE, Grupo de Trabalho sobre Discriminação Racial do MPPE - GT Racismo. Recife; Procuradoria Geral de Justiça, 2013.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra.** Petrópolis, RJ, Vozes, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas.** Brasília, MEC/Unesco, 2007, p. 35-45.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set.

1996. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>.

Acesso em: 14 jun. 2018.

SANTOS, Sales Augusto dos (Organizador). Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas.

Brasília, **Ministério da Educação**, UNESCO, 2005.

Disponível em:<

http://etnicoracial.mec.gov.br/images/pdf/publicacoes/acoes_afirm_combate_racismo_americas.pdf>. Acesso em: 15

jun. 2018.

ASSEDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO

MORAL ASSISTANCE IN PUBLIC SERVICE

*Fernando Antônio de Souza Dias
Rogerio de Oliveira Borges*

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o instituto do assédio moral com ênfase no serviço público buscando orientar o leitor sobre as principais atitudes e maneiras deste atuar. Para tanto, tivemos contato com várias jurisprudências que nos forneceu conteúdo robusto para descrever sobre o tema. A partir de uma metodologia empírica e fundamentada entre artigos e decisões jurisprudenciais pode-se constar a grande atuação do Assédio Moral no serviço público bem como a forma deste atuar que é sempre surpreendente e inovadora.

PALAVRAS CHAVE: Assédio Moral, Serviço Público; Constituição Federal.

ABSTRACT: This article aims to analyze the moral harassment institute with an emphasis on public service, seeking to guide the reader about the main attitudes and ways of acting. To that end, we have had contact with several jurisprudences that provided us with robust content to describe on the subject. From an empirical and grounded methodology between articles and jurisprudential decisions can be recorded the great action of the Moral Harassment in the public service as well as the form of this act that is always surprising and innovative.

KEY WORDS: Moral Harassment, Public Service; Federal Constitution.

INTRODUÇÃO:

A priori vale destacar que as agressões costumam ser por motivos diversos como econômicos, sociais, pessoais (ciúmes, inveja e outros). O desprezo e a humilhação os quais os trabalhadores são sujeitos nos locais de trabalho exercidos de diversas formas, sendo conhecido no Brasil como assédio moral.

No ano de 2000, foi iniciado o combate e fiscalização do assédio moral no Brasil iniciando-se o seu crescimento da atuação dos órgãos governamentais sendo criadas normas nos âmbito municipais, estaduais e federais visando a sua regularização.

Vale ressaltar que o assédio moral ocorre desde o início das relações humanas e o intuito deste artigo é abordar o conceito, as formas de sua ocorrência e a maneira utilizada pelos agressores, apesar da criatividade e inovação dos mesmos. Tais situações ofendem o psíquico da vítima assediada podendo ocorrer até o pedido de demissão ou licença médica.

Nota-se que objeto deste artigo é analisar o instituto do assédio moral no âmbito público buscando focar nas formas, conceitos e maneiras de atuação do agressor.

CONCEITO:

Segundo Marie France Hirigoyen (1998), o Assédio Moral significa toda e qualquer conduta abusiva que se manifesta por atos, atitudes, comportamentos, palavras, gestos, escritos, que possam trazer dano à dignidade, integridade psíquica e física de

uma pessoa, colocando em perigo ou tumultuando o ambiente de trabalho.

É visível que o conceito de Assédio Moral deve ser explanado na busca de uma melhor compreensão sobre o assunto, e segundo o site Guia Trabalhista, classifica o tema como:

É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e sem simetrias, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego.

Assim, pode-se entender como Assédio Moral qualquer conduta que causa abalos psíquicos e/ou físico a um trabalhador denegrindo a sua saúde. Ainda, no citado diploma acrescenta:

Caracteriza-se pela degradação deliberada das condições de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas negativas dos chefes em relação a seus subordinados, constituindo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador e a organização. A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos pares. Estes, por medo do desemprego e a vergonha de serem também humilhados associado ao

estímulo constante à competitividade, rompem os laços afetivos com a vítima e, frequentemente, reproduzem e reatualizam ações e atos do agressor no ambiente de trabalho, instaurando o pacto da tolerância e do silêncio no coletivo, enquanto a vítima vai gradativamente se desestabilizando e fragilizando, perdendo sua autoestima.

Assim, o Assédio Moral caracteriza-se pelo ato abusivo eventual e/ou habitual evidenciado por ações, condutas, gestos, palavras, escritos que ofendam à dignidade, a personalidade ou à integridade psíquica ou física de um cidadão, pôr em perigo seu emprego, ou degradar o ambiente de trabalho.

Nota-se que André Aguiar (2006) defende que o Assédio Moral como maus tratos imposto aos indivíduos nas organizações, destinados a aplicação da lógica perversa na relação de poder no mesmo ambiente, manifestando como relações autoritárias e abusivas sobre as variadas maneiras de punição, perseguição, peregrinação e atrito de chefes com seus subordinados e / ou até entre colegas de trabalho do mesmo setor e hierarquia funcional apagando a convivência harmoniosa, pacífica e produtiva dos indivíduos no ambiente de trabalho.

Na atualidade, o país capitalista como o Brasil incentiva o individualismo o que acarreta a insegurança da perda do trabalho e a obsessão pelo crescimento rápido de cargos maiores e mais bem remunerados, ocasionando inveja, desrespeito, ciúmes, despeito e complexo de inferioridade.

O número de casos, nos últimos tempos, tem aumentado gradativamente o que ofende a o o estabelecido na Constituição Federal de se manter uma sociedade livre e justa.

Nota-se que quando este fato expõe o trabalhador a situações constrangedoras, discriminatórias e agressivas, costumeiramente por pessoas hierarquicamente superiores, podendo também ocorrer entre colegas de trabalho, sendo conhecido como assédio horizontal.

No pensamento de Dornellas (2001) as reais características de um superior hierárquico em seu ambiente de trabalho devem ser as seguintes: saber tomar decisões importantes, ter disciplina com horários, ser dinâmico, otimista, independente, ter organização, ser líder, formador de equipes e incentivador, ser bem relacionado (networking), conhecer a área que trabalha, conhecer o mercado para assumir os riscos, criar valorização para a sociedade, saber aproveitar as oportunidades, prever riscos do mercado e não agir de maneira repressiva, punitiva e humilhante.

Gradativamente, o assédio moral tem aumentado nos ambientes de trabalho, uma vez que o capitalismo influencia o individualismo, o medo do desemprego, a desvalorização do ser humano o que acarreta a forte tendência dessas manifestações.

Nota-se que são vários os atos que geram o Assédio Moral dentre eles comentários maldosos, isolamento, ócio forçado, fragilização, brincadeiras excessivas, ridicularização, humilhação pública, menosprezo, uso de metas inatingíveis, apelidos, empecilhos (criando dificuldades de labuta); falta de

informações precisas sobre o serviço, exagero na vigilância, fofocas sobre a índole, exigência desnecessária, de atividade/trabalhos,

Na Espanha o Assédio Moral é conhecido como “bulling” e de acordo com um dos julgados do Tribunal Constitucional Espanhol, que afirma que o assédio moral é uma prática ofensiva à dignidade da pessoa humana, e qualquer ato que ofenda a Dignidade da Pessoa Humana deve ser considerado como Assédio Moral, tendo em vista que a Dignidade é um bem invulnerável, impenhorável e indisponível devendo ser garantido por todo ordenamento jurídico.

O assédio moral acontece também com o sexo feminino de formas variadas no intuito de intimidá-las, coagir, coibir determinadas condutas, forçar a submissão, controle de idas e vindas nos banheiros, retaliação dos benefícios e corte dos dias de atestado médico.

FORMAS DE ATUAÇÃO DO AGRESSOR:

É possível destacar diante da análise empírica e bibliográfica que o agressor costuma agir utilizando estratégias para coibir a vítima, sem motivos notórios, aplicando contra esta brincadeiras de mau gosto, impedindo e/ou proibindo que a vítima exponha a sua opinião; não dirige a palavra a esta, coloca sempre um terceiro para comunicar em seu lugar, mesmo a vítima estando presente; coloca a ofendida isolada, a ridiculariza; conduz a

agredida ao erro e a responsabiliza publicamente; fragilizando-a.

Estas atitudes são as mais comuns podendo configurar o Assédio Moral, contudo a na maioria das vezes este ocorre de maneira sorrateira e as escuras, envolvendo a vítima em severos constrangimentos e uma teia de pensamentos ofensivos afastando esta do seu local de trabalho através de atestado médico e/ou a pedir demissão.

ASSEDIO SEXUAL:

Em alguns casos o assédio moral é cumulado com o Assédio Sexual que é o ato de amedrontar; fragilizar (deixa-la impotente), chantagear; manipular situações nas quais a vítima poderá ser prejudicada e a única pessoa que pode ajuda-la é o agressor. Daí, exige favores sexuais para que ajudar a vítima.

Neste sentido, a vítima em situação de risco de “perder o seu emprego”, ser “transferida de setor”; sofrer “boicote nos benefícios e vantagens” com a sua autoestima e confiança reduzida isola-se de amigos e familiares e começa a buscar refúgio no álcool e drogas e após ceder ao assédio sexual pela primeira vez a tendência é que os abusos se repitam.

DA DENUNCIA:

A vítima assediada deve denunciar os fatos e atos que sofreu e que foi obrigada a sofrer, pois a intenção da declaração

desfavorável ao agressor é extirpar as agressões sofridas para que estas não venham a se repetir. Contudo, para se alcance o objetivo desejado é necessário possuir provas da ocorrência do assédio, por todos os meios possíveis como por exemplo: mensagens de whats app, e-mail, mensagens de texto, cartas, bilhetes, recados, laudos psicológicos, filmagens, gravações, testemunhas, outras vítimas, bem como outros meios legais de comprovação dos abusos sexuais. A identificação do agressor é de fundamental importância para a sua punição, apesar das dificuldades da vítima assediada irá possuir não é recomendável que está se sujeite a imposições imorais e antiéticas devendo denunciar qualquer tipo de abuso.

A exposição constante a situações degradantes e repetitivas compromete a saúde mental de qualquer ser humano, pois ofende a sua dignidade, as suas relações sociais e afetivas, a sua virilidade, trazendo danos extensivos a sua saúde mental e física, evoluindo para a incapacidade de trabalho (atestado médico) pedido de demissão, desemprego, suicídio conseqüentemente morte, além do risco imperceptível, mas evidente para a vítima nas condições e relações de trabalho.

Além das conseqüências psíquicas, o assédio moral causa na vítima outros efeitos na vida em sociedade, como perda da autoconfiança, torna-se uma pessoa extremamente desconfiada, além de desmotivada a reagir e buscar outros meios de viver bem socialmente e financeiramente.

A situação a qual a vítima de assédio é exposta tem um quadro negro ou negativo tem poder de destruição silencioso e letal,

pois vai além do ato da ofensa mas atingi o intimo da pessoa abusada. Frente a uma situação desfavorável no trabalho que lhe foi conferido o trabalhador assediado se trona mais ansioso que o normal, cria a sensação de despreparo, insegurança e, se inclina para o uso de álcool e drogas.

Posteriormente, aos atos de assédio moral, os efeitos que permanecem, são:

Estresse e a Ansiedade: Acontece quando há uma hiper estimulação do organismo, uma maneira de proteção e autodefesa para permanecer no ambiente hostil;

Depressão: Ocorre quando a vítima é exposta constante e permanentemente a estresses;

Distúrbios psicossomáticos: É a maneira que o organismo tem de alertar que tem algo errado acontecendo, aumentando a pressão arterial sem motivo aparente, dores de cabeça, enxaquecas, a pessoa engorda ou emagrece repentinamente por questões hormonais, tonteiras, tremuras nas mãos, desmaios e até irritações nas relações do dia a dia;

Desilusão: com a redução da auto estima, a pessoa fica desmotivada a fazer qualquer atividade, sente-se menosprezada e envergonhada de se expressar, chora e grita facilmente;

A vítima quando exposta a muito tempo sofrendo assedio na influência do assediador, ela perde a sua identidade e tem dificuldades de diferenciar as situações do dia a dia, se tronando irritadiça e hostil em alguns casos chega a loucura.

ASSEDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO:

O assédio moral no serviço público é mais que uma provocação, mas é um meio de coibir e/ou intimidar a vítima, quando submetida a difamação, abusos verbais, agressões, tratamentos frios e impessoais.

O STJ através de uma decisão que teve como relatora a Ministra Eliana Calmon destacou em um dos vários casos de assédio moral contra servidores públicos como:

Quando o ambiente profissional é privado, a competência para julgar casos de assédio é da Justiça do Trabalho. Se ocorre em órgão público, a jurisdição é da Justiça comum. Embora trabalhadores da iniciativa privada sejam mais vulneráveis a esse tipo de abuso, a estabilidade no emprego dos servidores públicos não impede o assédio, seja moral ou sexual.

Nota-se que a Lei 10.224/01 defendeu no artigo 216-A no Código Penal, enquadrando como crime de assédio sexual. A reprimenda prevista é de detenção de 01 a 02 anos, aumentando-a de um terço se a vítima for menor de idade. Com relação ao assédio moral, embora não esteja incluído no diploma legal, não tem sido tolerado pelo Judiciário, porém se tem a dificuldade de se provar.

São vários os casos recebidos pela corte de assédio moral e sexual contra servidores públicos em cargos hierarquicamente

superiores e colegas de trabalho na mesma ordem hierárquica, sendo publicada a primeira jurisprudência reconhecendo o assédio moral como improbidade administrativa.

A ministra Eliana Calmon relatora afirma que a servidora gaúcha sofreu um caso “clássico de Assédio Moral agravado por motivo torpe” pôr o prefeito ter colocado a servidora de “castigo” em uma sala de reuniões por 04 (quatro) dias, colocando-a de férias forçadas por 30 dias bem como ameaçou de colocá-la em disponibilidade.

Na votação neste caso em tela não foi reconhecido a improbidade administrativa, contudo, determinou a perda dos direitos políticos e multa equivalente a cinco anos de vencimentos (remuneração) da época dos fatos tendo esta decisão sido prolatada na decisão de Recurso Especial de n°. (REsp 1.286.466).

Além do assédio moral que é, indiscutivelmente, abusivo e antiético, é possível verificar outros casos que norteiam o serviço público como por exemplo os caso de perseguição política.

DO ASSEDIO MORAL POR PERSEGUIÇÃO POLÍTICA:

É muito comum o assédio moral por perseguição política tendo em vista que nem sempre o governante, em qualquer esfera, bem como os seus representantes comissionados que exercem cargo de direção/chefia são do mesmo partido político e sempre existe uma perseguição desnecessária e antiprofissional.

Nota que uma orientadora escolar requereu a justiça de primeira instancia Danos Morais por Assédio Moral, pois adquiriu ansiedade e depressão que foi negado em 1º e 2º instancia por não haver nexo de causalidade entre a conduta da administração e os Danos Morais que a servidora havia sofrido.

Posteriormente, foi apresentado recurso ao STJ, alegando omissões e contradições na verificação das provas do Assédio Moral. Em análise o relator do caso o ministro Benedito Gonçalves destacou o reconhecimento da anulação da transferência da servidora sem motivação, o que é fundamental para validar os atos, não reconhecendo o assédio moral e a perseguição política.

Ainda, ao concluir a decisão de segunda instancia o Desembargador afirmou que “não se conhece a prática de atos de perseguição política ou de assédio moral, de sorte que as doenças de que foi acometida a autora não podem ter suas causas atribuídas ao município”. Neste sentido, que é visível a dificuldade de se provar a ocorrência do Assédio Moral por Perseguição Política.

Neste caminho, a 1º Turma negou o recurso com base na Sumula 7 do Superior Tribunal de Justiça por não ser possível a reexame de provas em sede de recurso Especial, conforme o Agravo em Recurso Especial 51.551.

ASSEDIO SEXUAL NO SERVIÇO PÚBLICO:

A Justiça Catarinense condenou o professor de matemática denunciado por assediar sexualmente suas alunas em troca de boas notas impondo a perda do cargo com base na lei de Improbidade Administrativa de nº. 8429/92 com base no artigo 11 do citado diploma que rege:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Para a condenação pela Lei de Improbidade Administrativa a jurisprudência exige a presença do dolo na conduta para que se enquadre o delito

No entender do ministro Humberto Martins, ora relator, o dolo foi nitidamente demonstrado, pois o condenado executou a sua intenção de assediar as alunas e obter vantagem sexual indevida pela função do cargo que exercia.

Muitos dos casos como este podem ser oriundos de distúrbios psicológicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Conclui-se que o Assédio Moral acontece desde o início das relações humanas devido a condutas antiéticas e imorais, desde a um apelido, brincadeiras degradantes e desmerecedoras de uma pessoa, como também tratar um servidor na terceira pessoa não direcionando a palavra ao mesmo, como também fofocas, responsabilização na frente de terceiros do mal causado bem como outras atitudes que foram discriminadas neste artigo.

Como é visível na jurisprudência dominante e no dia a dia a dificuldade de se provar o assédio ocorrido, para tanto, é necessário trazer à baila algumas orientações arrecadadas neste período de pesquisa.

Para melhor esclarecimento do tema se faz necessário destacar que a dificuldade que uma vítima tem, é a mesma de todas as outras e que esta não deve se sentir sozinha, pois as orientações abaixo são baseadas em relatos de casos reais.

Deve-se se atentar de registrar todas as mensagens, recados, desenhos, bilhetes, tudo que foi escrito e que comprove determinado grau de abusividade. Tomar conhecimento com os colegas de trabalho mais próximos se este fato acontece com eles também e avisar a família o que está acontecendo, para que esta forneça um emocional.

Se tiver alguém que esteja sofrendo assedio junto com a vítima no local de trabalho e quando o assediador vir conversar com a pessoa assediada é primordial que se convoque outras pessoas para presenciar e coibir o agressor.

Procure relatar o assédio, seja ele qual for, junto a Ouvidoria bem como no setor de Recursos Humanos e solicite uma interferência para resolver a situação;

Também, é muito importante informar ao sindicato o acontecido para o diretor que buscará um meio, juntamente com os advogados e a psicóloga, para solucionar o problema de forma amigável, caso não surta efeito, acione o poder judiciário e notifique o Ministério Público.

Enfim, diante destas orientações acredita-se que se pode reduzir este tipo de humilhação, por isso é importante se informar, organizar e mobilizar a todos os servidores e trabalhadores em geral. Para que seja criado um ambiente de trabalho tranquilo e saudável, temos que lutar diariamente, pois só o conquistamos pelo trabalho persistente na busca pela dignidade, respeito, cooperação e incentivo de todos.

REFERÊNCIAS:

AGUIAR André Luiz Souza. Assédio Moral: O Direito a Indenização pelos Maus Tratos e Humilhações. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006. 144 pg;

AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garcia de. Assédio moral: problema antigo, interesse recente . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1907, 20 set. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11741> Acesso em: 20 de abril de 2019;

BARRETO Margarida. Violência, saúde, trabalho uma jornada de humilhações. 2.ed. São Paulo: PUC, 2000. 233 pg;

Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/assediomoral.htm> acesso dia 07 de maio de 2019 as 10:00 horas;

Disponível em <https://administradores.com.br/artigos/causas-e-consequencias-do-assedio-moral-nas-organizacoes> acesso dia 15 de abril de 2019, as 10 horas;

Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-nov-11/stj-assedio-moral-servico-publico-considerado-ato-improbidade> acesso dia 10 de abril de 2019, as 11 horas;

FREITAS, Luciana Oliveira Police de. Mas o que foi que eu fiz? Considerações sobre o assédio moral e as implicações tangíveis pelo ordenamento jurídico brasileiro na atualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2051, 11 fev. 2009 . Disponível em: Acesso em: 20 de abril de 2019;

GUEDES, Márcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. São Paulo: LTr, 2003;

GUEDES Márcia Novaes. Terror psicológico no Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTR, 2006. 176 pg;

HELOANI Roberto. Gestão e organização no capitalismo globalizado. História da manipulação psicológica no mundo do trabalho. São Paulo: Atlas, 2003. 240 pg;

HIRIGOYEN Marie-France. Assédio Moral A violência perversa no cotidiano. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 224 pg;

JALORETO, Junior. Criminalizar o assédio moral? Direito e Justiça. Curitiba: O Estado do Paraná S/A, 2004;

LIMA FILHO, Francisco das C.Elementos Constitutivos do Assédio Moral nas Relações Laborais e a Responsabilização do Empregador. Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul, n 01, 2007;

_____ Mal-estar no trabalho redefinido o assédio moral. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 352 pg;

MOLON, Rodrigo Cristiano. Assédio moral no ambiente do trabalho e a responsabilidade civil: empregado e empregador. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em: Acesso em: 20 de abril de 2019;

PAROSKI, Mauro Vasni. Assédio moral no trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1196, 10 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9021>. Acesso em: 02 de março de 2019;

ROSA, Ana M. de O. Assédio moral: comprometendo a convivência harmônica nas organizações. Disponível em <http://www.castroalves/eventos/menuassedio>. Acesso em: 15 de abril de 2019, as 15 horas;

SALVADOR, L. Assédio moral. Direito e Justiça. Curitiba: O Estado do Paraná S/A, 2002, p. 8-9.

SILVA, Aida Maria Monteiro. A Violência na Escola: a Percepção dos Alunos e Professores. Disponível em: www.eurooscar.com.br. Acesso em 15 de abril de 2019;

SILVA, F. A. da. As legislações aplicáveis ao assédio moral. DireitoNet, São Paulo, 15 out. 2008. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos>

ZIMMERMANN, Silvia Maria. Cartilha do Assédio Moral no Local de Trabalho. Procuradoria regional do Trabalho da 12ª Região. Santa Catarina. Disponível em: <http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/cartilha/cartilha.php> Acesso em: 05 de março de 2019, as 9 horas;

SCHMIDT, M. H. F. de M. O assédio moral no direito do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, Serviço de Biblioteca e Jurisprudência, a. 27, n. 47, jan./jun. 2002, p. 177-227.



Conhecimento

ISBN 978-65-86529-01-2



www.conhecimentolivros.com.br