

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



ANAIS DO I SEMINÁRIO DO FÓRUM PAULISTA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - ISSN: 2358-1557

31 DE OUTUBRO DE 2014

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

Av. Costábile Romano 2.201, Ribeirânia, Ribeirão Preto-SP

ABERTURA: 10h00 – Teatro Bassano Vaccarini

Palestrante: Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho. Prof. Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP

GRUPOS DE TRABALHO: 13h30, UNAERP, BLOCO B

GT1 - CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO/CRÍTICO AOS FUNDAMENTOS DA DOGMÁTICA. SALA 13B. Coordenadores: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso (INIVEM), Prof. Dr. Adalberto Simão Filho (UNAERP)

GT2 – DESAFIOS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA. SALA 15B. Coordenadores: Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso (USP – FDRP) Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira (UNAERP)

GT3 - SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DE MINORIAS. SALA 13B. Coordenadores: Prof. Dra. Eliana Franco Neme, Prof. Dr. Adalberto Simão Filho e Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva

GT4 - OS DESAFIOS DOS DIREITOS SOCIAIS DIANTE DA CRISE ECONÔMICA MUNDIAL. SALA 13B. Coordenadores: Prof. Dr. Rui Décio Martins, Prof. Adalberto Simão Filho e Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva

GT5 – DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA NO SÉCULO XXI. SALA 20B. Coordenadores: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira (UNAERP); Prof. Me. Luiz Eugênio Sacarpini Júnior (UNAERP).

GT6 - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DE CIDADANIA. SALA 16B. Coordenadores: Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP); Prof. Dra. Maria Cristina Vidotti Blanco Tárrega (UNAERP).



COMISSÃO ORGANIZADORA

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva – UNAERP
Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld – UNAERP
Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira – UNAERP
Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira - UNAERP
Profa. Dra. Flávia Trentini – USP RIBEIRÃO PRETO
Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso – USP RIBEIRÃO PRETO
Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira – USP RIBEIRÃO PRETO
Profa. Dra. Elisabete Maniglia – UNESP FRANCA
Prof. Dr. José Duarte Neto – UNESP FRANCA
Profa. Dra. Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas – UNESP FRANCA
Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP FRANCA
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso – UNIVEM
Prof. Dr. Teófilo Maciel Arêa Leão Júnior – UNIVEM
Profa. Dra. Eliana Franco Neme – ITE
Profa. Dra. Mirta Leren Manzo de Misailidis – UNIMEP
Prof. Dr. Rui Décio Martins – UNIMEP

EQUIPE DE APOIO

Ticiani Garbellini Barbosa Lima
Jacqueline Malta Salim
Gustavo Renê Mantovani Godoy
Letícia Martins de Oliveira
Carlos Marcello Rocha Mesquita
Vanderlei de Freitas Nascimento Junior
Maysa Caliman Vicente
Angelo de Almeida
Jonatas Ribeiro Benevides
Merhej Najm Neto
Gamaliel Faleiros Cardoso Filho
Rodrigo Guilherme Tomaz



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DOS ANAIS

GT1 – CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO/CRÍTICO AOS FUNDAMENTOS DA DOGMÁTICA

1. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL VERSUS A CRISE DE MOBILIDADE URBANA: O CRESCIMENTO DESORDENADO DOS CENTROS URBANOS, A FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS ADEQUADAS E EFICIENTES PARA DIRIMIREM O CAOS URBANO - UNAERP

Ticiani Garbellini Barbosa Lima; Juliana Malandrino Luciano Gomes; Ana Caroline Vasconcelos Silva; Válder Bocalon Migliorini; Luísa Alves Rodrigues da Cunha; Kerton Nascimento e Costa; Letícia Martins de Oliveira; Gustavo Renê Mantovani Godoy; Carlos Eduardo Gasparoto; Antonio José Franco de Souza Pêcego; Aline Viviane Alvarenga Silva Baioni; Roberto Inácio Barbosa Filho.

2. (RE) PENSANDO A CIDADANIA: REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA INGLESA NO MARCO TEÓRICO DE T. H. MARSHALL - UNAERP

Jacqueline Malta Salim; Ticiani Garbellini Barbosa Lima; Rafael Tomaz de Oliveira.

GT2 – DESAFIOS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO NA REALIDADE BRASILEIRA

1. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO ENQUANTO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA - UNAERP

Ana Caroline Vasconcelos Silva; Ticiani Garbellini Barbosa Lima; Juliana Malandrino Luciano Gomes; Válder Bocalon Migliorini; Luísa Alves Rodrigues da Cunha; Kerton Nascimento e Costa; Letícia Martins de Oliveira; Gustavo Renê Mantovani Godoy; Carlos Eduardo Gasparoto; Antonio José Franco de Souza Pêcego; Aline Viviane Alvarenga Silva Baioni; Roberto Inácio Barbosa Filho; Thiago Carvalho de Melo.

2. O DESAFIO DA COBRANÇA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS: A RESTRIÇÃO AO CRÉDITO DO CONTRIBUINTE NO PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – UNYAHNA



Marcela Simões Pires Ribeiro

3. A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS COMO MEIO IDÔNEO PARA A CONCREÇÃO DA CIDADANIA E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - UNAERP

Jacqueline Malta Salim; Ticiani Gaberllini Barbosa Lima; Adalberto Simão Filho.

4. SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO – UNAERP

Rodrigo Guilherme Tomaz; Ricardo dos Reis Silveira; Gamaliel Faleiros Cardoso Filho; Merhej Najm Neto; Denilson de Souza Moreira; Maria Paula Alves Faria.

5. AGRICULTURA FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL - UNAERP

Lucas de Souza Lehfeld; Vanderlei Nascimento Filho

6. A META 18 DO CNJ NA DEFESA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE SOBRE A PRODUTIVIDADE JURISDICIONAL BRASILEIRA - UNAERP

Luiz Eugênio Scarpino Junior; Sebastião Sérgio da Silveira; Ticiani Garbellini Barbosa Lima.

7. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO FERRAMENTA INSUPERÁVEL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFICÁCIA NA DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - UNAERP

Ticiani Garbellini Barbosa Lima; Luiz Eugenio Scarpino Junior; Sebastião Sérgio da Silveira.

8. O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO E SUA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE - UNAERP

Rodrigo Guilherme Tomaz; Ricardo dos Reis Silveira; Gamaliel Faleiros Cardoso Filho; Merhej Najm Neto; Denilson de Souza Moreira; Maria Paula Alves Faria.

GT3 – SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DE MINORIAS

1. O PRESENTE DE GREGO DO ATUAL CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOBRE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL - ITE e BAURU

Marco César de Carvalho



GT4 OS DESAFIOS DOS DIREITOS SOCIAIS DIANTE DA CRISE ECONÔMICA MUNDIAL

1. AS IMPLICAÇÕES DA GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO - PUC e MAX PLANCK.

Juliana Giovanetti Pereira da Silva; Apolo Antunes Filho; Mirta Gladys Leren de Misailidis

2. A PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS E SUAS PRERROGATIVAS HUMANITÁRIAS EM DECORRÊNCIA DO DIREITO NACIONAL - UNAERP

Valder Bocalon Migliorini; Ticiani Garbellini Barbosa Lima; Juliana Malandrino Luciano Gomes; Ana Caroline Vasconcelos Silva; Luísa Alves Rodrigues da Cunha; Kerton Nascimento e Costa; Letícia Martins de Oliveira; Gustavo Renê Mantovani Godoy; Carlos Eduardo Gasparoto; Antonio José Franco de Souza Pêcego; Aline Viviane Alvarenga Silva Baioni; Roberto Inácio Barbosa Filho; Thiago Carvalho de Melo.

GT5 – DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA NO SÉCULO XXI

1. A JUDICIALIZAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE - UNAERP

Mariana Junqueira Bezerra Resende; Juventino de Castro Aguado.

2. DIREITOS COLETIVOS: Educação, Direitos Humanos e Cidadania – UNICSUL

Wellington Merino Funk

3. A PREFEITURA DE RIBEIRÃO PRETO E O DIREITO DIFUSO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA - UNAERP

Marcelo Rodrigues Mazzei; Marcelo de Senzi Carvalho; Marcelo Tarlá Lorenzi; Henrique Parisi Pazeto; Alessandro Fonseca Ferreira; Zaiden Geraige Neto.

4. A DEFESA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS NO ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTOS DE CIDADANIA DOS POVOS – UNAERP e FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Ana Célia Querino; Cassiano Queiroz Avelar Silveira.



5. AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA - UNAERP

Thiago Daniel Ribeiro Tavares; Vanderlei de Freitas Nascimento Junior, Bruno Freire e Silva

6. A APROVAÇÃO DA LEI 12.965/2014 E SUA ESPECIAL CONTRIBUIÇÃO PARA A COLETIVIDADE EM RELAÇÃO AO USO DA INTERNET - UNAERP

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini; Vanderlei de Freitas Nascimento Junior; Thiago Daniel Ribeiro Tavares.

7. ALTERIDADE E CIDADANIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: PASSOS PARA INCLUSÃO - UNIVEM

Lucas Emanuel Ricci Dantas; Guilherme Domingos de Luca.

GT6 – TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DE CIDADANIA

1. O NOVO PARADIGMA ECO SOCIAL DO DIREITO AMBIENTAL NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO AMERICANO - UNAERP

Rodrigo Guilherme Tomaz; Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega; Ricardo dos Reis Silveira; Gamaliel Faleiros Cardoso Filho; Merhej Najm Neto; Denilson de Souza Moreira.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE CORRUPÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS - UNESP

Ana Cristina Gomes; Rafael Leal de Araújo.

3. ORTOTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - UNAERP

Antonio José Franco de Souza Pêcego; Ticiani Garbellini Barbosa Lima; Sebastião Sérgio da Silveira.

4. A PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO ALTERNATIVA NECESSÁRIA À TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA MACHISTA: APONTAMENTOS E EMBATES NO ENSINO FORMAL SUPERIOR - UNESP

Helena Henkin Coelho Netto; Paulo César Corrêa Borges.

5. DIREITOS COLETIVOS, UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DE SUA PROTEÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO - UNESP



Karen Affonso Bevilaqua.

6. SOCIEDADE LITIGIOSA: MOROSIDADE DA JUSTIÇA E APLICAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS - UNAERP

Ticiani Garbellini Barbosa Lima; Ana Caroline Vasconcelos Silva; Juliana Malandrino Luciano Gomes; Válder Bocalon Migliorini; Luísa Alves Rodrigues da Cunha; Kerton Nascimento e Costa; Letícia Martins de Oliveira; Gustavo Renê Mantovani Godoy; Carlos Eduardo Gasparoto; Antonio José Franco de Souza; Aline Viviane Alvarenga Silva Baioni; Roberto Inácio Barbosa Filho; Thiago Carvalho de Melo; Jacqueline Malta Salim.

7. OS PRECEDENTES VINCULANTES E A QUALIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - UNESP

Ivan Pinheiro de Figueiredo.

8. TRANSEXUAIS E TRAVESTIS: UM DIREITO DE CIDADANIA AO PRENOME SOCIAL E RESPEITO AO GÊNERO - UNESP

Hélio Veiga Júnior; Patricia Borba Marchetto; Eduardo Mendonça Salomão; Camila Magrini da Silva; Bruna Sitta Deserti; Stefania Mendes Fraga.

9. “CIFRA NEGRA” E A DELINQUENCIA CONVENCIONAL - UNESP

Renan Posella Mandarinio; Larissa Rosa; Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas.

10. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS - UNESP

Beatriz Petrechen de Vihena Moraes; Yvete Flávio da Costa.

11. O MODELO DA JUSTIÇA CONSENSUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DE DIREITOS DOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NO CONFLITO PENAL - UNESP

Larissa Rosa; Renan Posella Mandarinio; Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas.

12. AS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS E SEUS DESAFIOS DIANTE DA DINÂMICA DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - UNESP

Antônio de Pádua Faria Junior.



13. A AUTONOMIA DO DANO EXISTENCIAL E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS - UNAERP

Eduardo Souza Braga; João Bosco Penna.



APRESENTAÇÃO

Apresentamos os anais do I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido no campus da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, no dia 31 de outubro de 2014, e que contou com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito do interior do Estado de São Paulo, bem como autores de trabalhos de outros Estados do país.

Estes anais têm como objetivo contribuir para a difusão do conhecimento construído nos vários Programas de Pós-Graduação em Direito do interior paulista, decorrentes de inúmeras pesquisas envolvendo docentes e discentes destes Programas.

Os resumos expandidos constantes destes Anais constituem produções científicas de excelente qualidade, frutos de pesquisas desenvolvidas na área do direito e áreas afins, numa perspectiva pluralista e integrada, seja em estágio final, seja em fase de desenvolvimento, com o fito de serem publicados posteriormente como trabalhos completos, expressando o comprometimento com a pesquisa científica.

Assim, sentimo-nos honrados em disponibilizar uma publicação científica que certamente contribuirá para a reflexão jurídica em várias de suas nuances, com caráter multidisciplinar, e irá ao alcance dos pesquisadores na área do direito e afins, de forma a contribuir para o aprimoramento das práticas de pesquisas.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



CONSTRUÇÃO DO SABER JURÍDICO/CRÍTICO **AOS FUNDAMENTOS DA DOGMÁTICA**



**DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL *VERSUS* A CRISE DE
MOBILIDADE URBANA: O CRESCIMENTO DESORDENADO DOS
CENTROS URBANOS, A FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS ADEQUADAS
E EFICIENTES PARA DIRIMIREM O CAOS URBANO**

Juliana Malandrino Luciano Gomes¹
Ticiani Garbellini Barbosa Lima²
Ana Caroline Vasconcelos Silva³
Válder Bocalon Migliorini⁴
Luísa Alves Rodrigues da Cunha⁵
Kerton Nascimento e Costa⁶
Letícia Martins de Oliveira⁷
Gustavo Renê Mantovani Godoy⁸
Carlos Eduardo Gasparoto⁹
Antonio José Franco de Souza Pêcego¹⁰
Aline Viviane Alvarenga Silva Baioni¹¹

¹ Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professora. Advogada e Coordenadora da Comissão de Direitos Coletivos e Cidadania da OAB São Paulo 12ª subseção.

² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Possui vínculo de pesquisa pela CAPES. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP.

³ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

⁴ Advogado. Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Paulista – UNIP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Franca – UNIFRAN.

⁵ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP/SP. Especialista em Direito Público pela Faculdade Milton Campos. Analista em auditoria, regulação e fiscalização em saúde no município de Uberaba/MG e professora do curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE).

⁶ Mestrando em Direitos Coletivos pela UNAERP, bolsista CAPES, servidor público estadual da secretária da segurança pública

⁷ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto e também pela Universidade de Coimbra. Possui vínculo de pesquisa pela Capes. UNISUL – Especialização em Ciências Criminais. UNIDERP – Especialização em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela. Advogada inscrita na OAB/SP.

⁸ Advogado, professor Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro (IMESB), Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto.

⁹ Advogado, Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania por meio da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

¹⁰ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP/REDE LFG. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Pesquisador pelo CNPq. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Politécnica de Uberlândia – FPU. Juiz de Direito de Entrância Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

¹¹ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP, Especialista em Direito Previdenciário pela Escola



Roberto Inácio Barbosa Filho¹²
Thiago Carvalho de Melo¹³

RESUMO: Propõe-se a debater o processo de urbanização das metrópoles urbanas, constituídas a partir da migração de pessoas à procura de emprego e melhores condições de vida. No final do século XIX e início do século XX, especialmente após a crise financeira da agricultura, crise do café, as indústrias brasileiras ganharam espaço na economia do país. Inicialmente, instituíram-se pequenas fábricas de bens e produtos destinados à subsistência dos cidadãos, tais como as indústrias têxteis. Tempos depois, a partir da década de 1960, surgem as primeiras indústrias automobilísticas brasileiras e, desde então, são de suma importância para a economia do país. Algumas montadoras iniciaram a produção brasileira de alguns motores e dominaram o mercado nacional até o final da década de 1990, quando houve a liberação da importação de veículos. A produção nacional, aos poucos, ganhou espaço e o setor automotivo acabou sendo responsável pelo crescimento econômico do país, nas últimas décadas. Há um aspecto positivo derivado do processo de industrialização da economia brasileira: oferta de emprego e renda à grande parte da população. Porém, o que se pretende destacar é a forma com que fora intensificada a produção nacional de veículos, sem qualquer preocupação com os efeitos desse aumento desenfreado e desorganizado, sem a implantação de políticas públicas de mobilidade urbana, condizente com o número de veículos automotores nas ruas e avenidas das cidades brasileiras. As dificuldades geradas por esse crescimento desenfreado são imensas, uma vez que não houve investimento no desenvolvimento com sustentabilidade. O acentuado aumento da frota nacional acarreta trânsito, emissão de poluentes, entre outros fatores. A preocupação deste estudo, certamente, é enfatizar a necessidade de se concretizar o urbanismo constitucional, preservando o solo urbano não somente para o nosso bem estar, mas para garantir condições de habitabilidade para as gerações futuras. Verificar-se-a que os governantes não podem mais ignorar a crise de mobilidade em que se encontram as metrópoles brasileiras, sendo necessária a elaboração de um Plano de Mobilidade Urbana, como preceitua a Lei 12.587/2013.

PALAVRAS-CHAVE: Crescimento Econômico e Mobilidade Urbana.

Paulista de Direito – EPD, Bacharel em Direito pela UNIFEB. Atualmente é advogada (Escritório de Advocacia), analista fiscal (R. da Silva Ampliando Horizontes Contabilidade) e pesquisadora da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.

¹² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Franca – UNIFRAN. Especialista em Direito Público pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP. Advogado. Vereador da Câmara Municipal de Ituverava.

¹³ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. PUC Minas – Graduado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. FACAB – Docente em Direito e Processo do Trabalho na Graduação. Advogado inscrito na OAB/SP.



INTRODUÇÃO

As indústrias brasileiras desenvolveram-se a partir de transformações estruturais de caráter econômico, social e político, ocorridas principalmente no final do século XIX, início do século XX.

A partir de 1960, durante o governo Juscelino Kubitschek, houve substancial investimento no setor industrial, nas grandes cidades da região Sudeste. A economia brasileira foi beneficiada com a abertura para o capital internacional e, dessa forma, diversas multinacionais, especialmente montadoras de veículos, edificaram suas fábricas em cidades como São Paulo, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul, Guarulhos, Santo André, Diadema, Belo Horizonte, além da capital do país, o Rio de Janeiro.

Segundo dados estatísticos:

Em 1815, a cidade se transformou em capital da Província de São Paulo. Mas somente doze anos depois ganharia sua primeira faculdade, de Direito, no Largo São Francisco. A partir de então, São Paulo se tornou um núcleo intelectual e político do país. Mas apenas se tornaria um importante centro econômico com a expansão da cafeicultura no final do século XIX. Imigrantes chegaram dos quatro cantos do mundo para trabalhar nas lavouras e, mais tarde, no crescente parque industrial da cidade. Mais da metade dos habitantes da cidade, em meados da década de 1890, era formada por imigrantes.¹⁴

Após a crise que atingiu diretamente os cafeicultores, estes sentiram a real necessidade de buscar novas alternativas de produtividade e subsistência. Dados do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, CPDOC, Escola de Ciências Sociais da Faculdade Getúlio Vargas, esclarecem a ligação existente entre a crise do café e o crescimento da indústria brasileira:

Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial em 1914, o fluxo internacional de comércio sofreu uma drástica desaceleração. Aumentaram as dificuldades para a exportação do café brasileiro, que foram ainda mais agravadas pela volumosa safra de 1917-18. Paralelamente, porém, o conflito mundial favoreceu o processo de industrialização do Brasil. A interrupção da entrada de capitais estrangeiros e a obrigação de honrar os compromissos da dívida externa minaram os estoques de divisas nacionais. Como consequência, foi necessário controlar as importações, já prejudicadas devido à guerra, e

¹⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **São Paulo: Infográfico, Históricos**. Disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/painel/historico.php?codmun=355030&lang=_EN>. Acesso em: 15 set. 2014.



promover a produção nacional de artigos industrializados. Estima-se que a produção industrial brasileira cresceu a uma taxa anual de 8,5% durante os anos de conflito.¹⁵

Muitos fatores contribuíram para o crescimento da indústria brasileira, entre eles, o primordial: crescimento desenfreado dos grandes centros urbanos, em razão do já mencionado êxodo rural, somado, também, à crise na agricultura, ou seja, crise do café.

No Brasil, a primeira indústria automobilística fora instalada em 1956, no Estado de São Paulo. Antes disso, o país importava peças e projetos de carros de indústrias européias e norte-americanas. Durante o governo do então Presidente Juscelino Kubitschek (1956 -1960), a indústria brasileira recebeu novas feições. A entrada de capital internacional na economia brasileira fora permitida, atraindo, assim, as indústrias multinacionais.

Por sua vez, algumas montadoras iniciaram a produção brasileira de alguns motores e dominaram o mercado nacional até o final da década de 1990, quando houve a liberação da importação de veículos.

Mesmo diante desse cenário, a produção nacional, aos poucos, ganhou espaço e o setor automotivo acabou sendo responsável pelo crescimento econômico do país, nas últimas décadas. É o que mostram os dados estatísticos:

A indústria automobilística encerrou 2013 com produção de 3,7 milhões de veículos, o que representa aumento de 9,9% na comparação com 2012 e indica o melhor desempenho da história do setor. Em dezembro, no entanto, a produção recuou 18,6% sobre o mês anterior e 12,1% abaixo de dezembro de 2012. Os dados foram divulgados hoje (7) pela Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores (Anfavea). O total de veículos novos nacionais licenciados também obteve desempenho recorde, com um total de 3,06 milhões de unidades, resultado 1,5% acima de 2012. Em dezembro, os licenciamentos cresceram 17% na comparação com novembro. Na comparação com dezembro de 2012, o movimento ficou estável, com variação de 0,1%. Incluindo os emplacamentos de automóveis importados, o total de veículos vendidos subiu para 3,7 milhões de unidades, quantidade 0,9% inferior à de 2012. A participação dos importados no licenciamento ficou em 18,8%, ante 20,7% no ano anterior. As exportações em 2013 atingiram o melhor desempenho da história, com crescimento de 13,5%, totalizando US\$ 16,5 milhões.¹⁶

¹⁵ CPDOC /FVG - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Anos 20 Café e indústria**. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos20/CafeEIndustria>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

¹⁶ AGÊNCIA BRASIL, Empresa Brasil de Comunicação. **Indústria automobilística fecha 2013 com crescimento de 9,9% na produção**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2014-01-07/industria-automobilistica-fecha-2013-com-crescimento-de-99-na-producao>>. Acesso em: 15 set. 2014.



O crescimento da indústria brasileira, em especial a automobilística, gerou emprego e renda à grande parte da população. Porém, o que se pretende destacar é a forma com que fora intensificada a produção nacional, sem qualquer preocupação com os efeitos desse crescimento desenfreado e desorganizado, sem a implantação de uma política sólida de mobilidade urbana, condizente com o número de veículos automotores nas ruas e avenidas das cidades brasileiras.

1 INDÚSTRIA AUTOMOBILÍSTICA – AQUECIMENTO DA ECONOMIA E CRISE DE MOBILIDADE

O processo de industrialização no Brasil gerou consequências positivas para a sociedade à época. Não se discute que a premissa de que crescer economicamente é vital. Entretanto, aspectos negativos desse crescimento foram observados em grande proporção, tais como: alta concentração populacional nas grandes cidades, com os consequentes problemas sociais (falta de moradia, aumento da violência, imobilidade urbana etc.), aumento dos níveis de poluição do ar, dos solos e rios, gerados, em boa parte, pelas indústrias.

As metrópoles brasileiras vêm enfrentando sérios desafios quanto ao crescimento econômico sem planejamento; um deles, a mobilidade urbana está diretamente atrelada à indústria de automóvel. Segundo pesquisas recentes, o Brasil é o sétimo maior produtor de automóveis do mundo¹⁷, segundo dados da *Organisation Internationale des Constructeurs d'Automobiles*, (OICA):

PAÍS	AUTOMÓVEIS	COMERCIAIS	TOTAL	EVOLUÇÃO
China	9,708,473	2,074,862	11,783,335	9.6%
USA	2,163,319	3,780,010	5,943,329	4.7%
Japan	4,319,949	746,229	5,066,178	8.7%
Germany	2,910,867	156,882	3,067,749	6.6%
South Korea	2,138,586	203,956	2,342,542	2.6%

¹⁷ OICA, *Oica é a voz que fala sobre questões automóveis em fóruns mundiais*. Disponível em: <<http://www.oica.net/category/production-statistics/>>. Acesso em: 1 out. 2014.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito



India	1,566,564	343,565	1,910,129	-6.4%
Mexico	942,402	723,230	1,665,632	7.6%
Brazil	1,154,081	411,968	1,566,049	-16.8%

As dificuldades geradas por esse crescimento desenfreado são imensas, uma vez que não houve investimento no desenvolvimento com sustentabilidade. O acentuado aumento da frota nacional acarreta trânsito, emissão de poluentes, entre outros fatores de ordem pessoal: tais como o stress de motoristas e pedestres, em suas jornadas diárias. A preocupação deste estudo, certamente, é enfatizar a necessidade de se concretizar o urbanismo constitucional, preservando o solo urbano não somente para o nosso bem estar, mas para garantir condições de habitabilidade¹⁸ para as gerações futuras.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL, Empresa Brasil de Comunicação. **Indústria automobilística fecha 2013 com crescimento de 9,9% na produção**. Disponível em:

<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2014-01-07/industria-automobilistica-fecha-2013-com-crescimento-de-99-na-producao>>. Acesso em: 15 set. 2014.

CPDOC /FVG - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Anos 20 Café e indústria**. Disponível em:

<<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos20/CafeEIndustria>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

OICA, **Oica é a voz que fala sobre questões automóveis em fóruns mundiais**. Disponível em:

<<http://www.oica.net/category/production-statistics/>>. Acesso em: 1 out. 2014.

Habitabilidade- s.f. Estado, particularidade ou condição do que é habitável; qualidade daquilo que se pode habitar. (Etm. habitável - vel + bil(i) + dade). **Dicionário Online de Português**.

Disponível em:<<http://www.dicio.com.br/habitabilidade/>>. Acesso em: 23 set. 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **São Paulo: Infográfico, Históricos**.

Disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/painel/historico.php?codmun=355030&lang=_EN>.

Acesso em: 15 set. 2014.

¹⁸ Habitabilidade- s.f. Estado, particularidade ou condição do que é habitável; qualidade daquilo que se pode habitar.

(Etm. habitável - vel + bil(i) + dade). **Dicionário Online de Português**. Disponível

em:<<http://www.dicio.com.br/habitabilidade/>>. Acesso em: 23 set. 2014.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



Portal do Planalto. **Decretos anunciam redução do IPI sobre automóveis e utilitários e queda do IOF no crédito para pessoa física.** Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/excluir-historico-nao-sera-migrado/decretos-anunciam-reducao-do-ipi-sobre-automoveis-e-utilitarios-e-queda-do-iof-no-credito-para-pessoa-fisica>>. Acesso em: 01 out. 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.



**(RE)PENSANDO A CIDADANIA: REFLEXÕES A PARTIR DA
EXPERIÊNCIA INGLESA NO MARCO TEÓRICO DE T.H. MARSHALL**

**(RE)THINKING CITIZENSHIP: REFLECTIONS FROM THE BRITISH
EXPERIENCE IN THE THEORETICAL FRAMEWORK OF T.H.
MARSHALL**

Jacqueline Malta Salim¹⁹
Ticiani Garbellini Barbosa Lima²⁰

RESUMO: T. H. Marshall, em Conferência realizada em Cambridge, em 1949, utilizou um ensaio de Alfred Marshall, de 1873, intitulado *The Future of the Working Classes*, em que examinava o problema da igualdade social sob o ângulo do custo econômico, para analisar o conceito de cidadania, sob uma perspectiva diferente da qual usualmente o termo é tratado pela teoria jurídico-constitucional. Em vez de associá-lo, simplesmente, com as questões ligadas aos direitos políticos e de nacionalidade, sua construção aponta para a ideia de cidadania como marco fundante da igualdade em sentido político (e não, econômico). Deste modo, é de salutar importância refletir sobre as considerações feitas por Marshall em relação à experiência inglesa de construção da noção de cidadania, para podermos compreender as formas assumidas por ela na democracia brasileira. Objetivamos neste estudo, a partir da obra de T.H. Marshall, demonstrar que a ideia de cidadania deve ser associada a um processo de universalização da igualdade em sentido político, e não apenas a fatores jurídicos decorrentes do vínculo de nacionalidade e do exercício das liberdades positivas ou políticas.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais. Cidadania. Classe social. *Status*.

SUMMARY: T. H. Marshall in Conference held in Cambridge in 1949, used a test of Alfred Marshall, 1873, entitled *The Future of the Working Classes*, which examined the issue of social equality from the angle of economic cost, to analyze the concept of citizenship under a different perspective from which the term is usually handled by legal and constitutional theory. Rather

¹⁹ Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROSUP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

²⁰ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Possui vínculo de pesquisa pela CAPES. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP.



than associate it simply with issues relating to political rights and nationality, its construction points to the idea of citizenship as a foundational framework of equality in the political sense (and not economic). Thus, it is salutary to reflect on the important observations made by Marshall in relation to the English experience in building the concept of citizenship, in order to understand the forms assumed by citizenship in Brazilian democracy. We aimed in this study, from the work of TH Marshall demonstrating that the concept of citizenship must be associated with a process of universal equality in the political sense and not just legal factors arising from the exercise of citizenship and political rights.

KEYWORDS: fundamental rights. Citizenship. Social class. *Status*.

INTRODUÇÃO

A origem do conceito de cidadania está intimamente relacionada às revoluções burguesas, dos séculos XVII e XVIII, em especial à Revolução Francesa (1789), na qual a burguesia, que desejava participar das decisões políticas e limitar os poderes dos reis e nobres, passou a defender a ideia de que todos os seres humanos nascem livres e são iguais, devendo ter, portanto, os mesmos direitos. Deste modo, com o intuito de afirmar a liberdade e a igualdade como direitos universais, foi proclamada, no mesmo ano, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”.

Em 1791, foi aprovada a primeira Constituição Francesa, que, paradoxalmente contrária aos ideais da Revolução, estabelecia algumas limitações ao exercício de participação no governo. Assim, para exercer o direito de votar e ser eleito para a Assembleia Nacional, bem como para ocupar cargos elevados na Administração Pública, era necessário ser *cidadão ativo* (*i.e.* ser francês, do sexo masculino, não ostentar a condição de empregado, pagar uma contribuição equivalente a três jornadas – cujo valor era ficado pelo Legislativo – e ser inscrito na municipalidade de seu domicílio como integrante da Guarda Nacional).²¹

A partir destes fatos históricos é que a doutrina pátria, quase uníssona, estabeleceu as seguintes premissas: i. a cidadania expressa um conjunto de direitos e deveres jurídicos, que permite ao indivíduo participar ativamente da vida pública; ii. cidadão é aquele vinculado à ordem jurídica de um determinado Estado, que estabelece as regras para aquisição e perda da

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004. p. 21.



cidadania, bem como as condições para o seu gozo. Nasce aí a aceção de cidadania ligada aos direitos políticos e à nacionalidade.

No entanto, acreditamos que o conteúdo da cidadania é muito mais amplo do que o tradicionalmente aceito pelos estudiosos. Nossa Constituição, ao eleger a cidadania como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), pretendeu que o Estado balizasse suas ações respeitando uma gama de direitos imprescindíveis ao convívio social numa democracia.

Por isso, passaremos a analisar as principais conclusões apresentadas por T. H. Marshall, em Conferência dedicada a Alfred Marshall, proferida em Cambridge, no ano de 1949, e publicada no ano seguinte sob o título “Cidadania, classe social e *status*”, em relação à experiência inglesa de construção do ideário de cidadania, com o fito de tentar melhor compreender a significação deste importante conceito para a sociedade brasileira.

1 O CONCEITO DE CIDADANIA SEGUNDO T. H. MARSHALL

T. H. Marshall, referindo-se ao ensaio *The future of the working classes* (1873), do economista Alfred Marshall, afirma que nele se encerrava uma hipótese sociológica implícita de que haveria uma espécie de igualdade humana básica associada a uma ideia de participação integral na comunidade, as quais não seriam incompatíveis com as desigualdades das classes sociais. E mais, que tal igualdade teria sido enriquecida com nova substância e investida de um conjunto formidável de direitos, identificados com o *status* de cidadania, nas últimas décadas. Tais constatações fizeram com que T. H. Marshall refletisse sobre os elementos que compunham o substrato da cidadania, bem como sua inter-relação com as aceções de classe social e *status*, para que pudesse analisar o impacto da cidadania sobre a desigualdade social, decorrente do sistema capitalista.

Deste modo, ao analisar o desenvolvimento da cidadania na Inglaterra, elaborou um modelo conceitual composto por três elementos: o **civil** (correspondente aos direitos necessários à liberdade individual, tais como a liberdade de ir e vir, a liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos, e o direito à justiça); o **político** (*i.e.* o direito



de participar no exercício do poder político, seja como membro de um organismo investido da autoridade política ou como eleitor dos membros de tal organismo); e o **social** (direito ao bem-estar econômico e social, em especial, o direito à educação e à assistência social).

O aparecimento dos direitos civis, políticos e sociais corresponderia aproximadamente aos séculos XVIII, XIX e XX (não obstante haja um considerável entrelaçamento entre os dois últimos), e as suas congêneres institucionais seriam, respectivamente, os tribunais de justiça, o Parlamento e as instituições do poder local, e o sistema educacional e os serviços sociais.

2 A RELAÇÃO ENTRE CIDADANIA, CLASSE SOCIAL E *STATUS*

Segundo T. H. Marshall, a **cidadania** é um “*status*” concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem “*status*” são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao “*status*”.²²

Prossegue o autor: “a classe social, por outro lado, é um sistema de desigualdade. (...) E, portanto, compreensível que se espere que o impacto da cidadania sobre a classe social tomasse a forma de um conflito entre princípios opostos”²³. Marshall buscava compreender como duas noções tão antagônicas como **cidadania**, que pressupunha uma igualdade implícita, e o **capitalismo**, baseado numa estrutura hierárquica de classes sociais e desigualdades econômicas, poderiam subsistir e desenvolver-se, lado a lado.

Para Marshall, nas modernas sociedades capitalistas, não existe mais espaço para afirmação de desigualdades políticas entre os cidadãos, uma vez que, em seu interior, todos gozam do mesmo *status* político. Com isso não quer afirmar que a noção de cidadania importa na inexistência de estratificação social; ao revés, dentro de uma sociedade liberal, pode haver diferenciação de classes sociais, uma vez que lhe é ínsita a desigualdade econômica. Mas em um ponto há que se reconhecer um sentido de universalidade: o *status* de cidadão, ou seja, ainda que

²² MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e *status***. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 76.

²³ MARSHALL, T. H., *op. cit.*, p. 76.



as classes possam ser diferentes e desiguais entre si, todos devem ser reconhecidos como cidadãos, tendo os mesmos direitos e deveres.

3 BREVE PANORAMA DA CIDADANIA NO BRASIL

A evolução dos direitos e liberdades públicas no Brasil encontrou diversos entraves de ordem econômica, política, social e cultural. O passado colonial, a escravidão, o coronelismo, o populismo, os golpes de Estado, os regimes ditatoriais civis e militares, a corrupção endêmica, enfim os diversos fatos históricos e políticos vividos pelo País deixaram um legado de injustiça social difícil de ser combatido.

O cientista político e historiador – José Murilo de Carvalho – em interessante obra sobre o processo de desenvolvimento da cidadania no Brasil²⁴ adota a distinção feita por T. H. Marshall, que a compreende como a junção de três fatores (os direitos civis, políticos e sociais), com a ressalva de que, no Brasil, a cronologia e a lógica descrita pelo sociólogo inglês foram invertidas:

Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. (...) Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam, inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.²⁵

Em tempo, os governos militares investiam na expansão dos direitos sociais ao mesmo tempo em que cerceavam os direitos políticos e civis, utilizando a tática de compensar a falta de liberdade política com o paternalismo social. Com a redemocratização do País e a promulgação da Constituição de 1988, os direitos políticos adquiriram amplitude nunca antes verificada, embora a democracia política não tenha resolvido os problemas econômicos mais sérios, como a desigualdade de oportunidades e o desemprego, nem os da área social, sobretudo na educação, saúde e saneamento.

²⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

²⁵ Id., *Ibid.*, p. 219-220.



Alerta Carvalho que a inversão dos direitos favoreceu uma visão corporativa dos interesses coletivos, onde **os benefícios sociais não eram tratados como direitos de todos, mas como fruto da negociação de cada categoria com o governo. A sociedade passou a se organizar para garantir os direitos e privilégios distribuídos pelo Estado**²⁶. A consequência nefasta desta prática é a ausência de uma autêntica organização da sociedade, fazendo com que os interesses corporativos de banqueiros, comerciantes, industriais, empregados públicos etc. possam prevalecer sobre o interesse público primário – o bem geral.

CONCLUSÃO

O processo de construção da cidadania é marcado não por uma evolução linear, mas por uma sucessão de avanços e retrocessos, cujo marco determinante é sempre a equação dos problemas derivados da desigualdade política. Vimos que a desigualdade decorrente do sistema econômico (em especial, do capitalismo) e da estrutura de classes sociais pode até ser aceitável nas sociedades modernas, desde que a igualdade dos direitos inerentes à cidadania seja reconhecida a todos.

A Constituição Federal de 1988, considerada um marco na redemocratização brasileira, consagrou a cidadania como um dos princípios fundamentais de nosso Estado, tendo ampliado consideravelmente o seu conteúdo através do fortalecimento dos processos de participação da sociedade nas decisões políticas, bem como em espaços públicos de interlocução com o Estado. Um novo conceito de cidadania vislumbra no horizonte: a cidadania *apresenta-se como uma pluralidade de direitos reciprocamente partilhados e exercitáveis contra o Estado, em permanente ampliação com a emergência de novos direitos*²⁷, e com um viés de inclusão social nos diferentes discursos da esfera pública e procedimentos constitucionais.

Assim, o maior desafio para este novo milênio será tornar efetiva a normatividade de nosso texto constitucional, que enfrenta um Estado ausente em boa parte do País e um povo que desconhece seus direitos ou não está acostumado a reivindicá-los. Por outro lado, sempre há a

²⁶ CARVALHO, José Murilo de, *op. cit.*, p. 223.

²⁷ Neste sentido: NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 175.



esperança de transformações sociais que alterem nosso cenário político: vivemos um novo momento, em que gradativamente a sociedade amadurece, passa a organizar-se em movimentos sociais com a expectativa de exercitar as liberdades democráticas e reclamar a realização dos direitos proclamados. O que se espera, para o futuro, não é simplesmente a discussão de princípios, sobre os quais todos estão de acordo, mas a sua satisfação plena.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/dialogo-juridico-07-outubro-2001-calmon-passos.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Juvêncio Borges Silva. TAVARES NETO, José Querino. Cidadania, movimentos sociais e democracia na realidade social e política brasileira. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges. **Ações coletivas e construção da cidadania**. Curitiba: Juruá, 2013.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



DESAFIOS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO **NA REALIDADE BRASILEIRA**



MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO ENQUANTO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Ana Caroline Vasconcelos Silva²⁸, Ticiani Garbellini Barbosa Lima²⁹, Juliana Malandrino Luciano Gomes³⁰, Válder Bocalon Migliorini³¹, Luísa Alves Rodrigues da Cunha³², Kerton Nascimento e Costa³³, Letícia Martins de Oliveira³⁴, Gustavo Renê Mantovani Godoy³⁵, Carlos Eduardo Gasparoto³⁶, Antonio José Franco de Souza Pêcego³⁷, Aline Viviane Alvarenga Silva Baioni³⁸, Roberto Inácio Barbosa Filho³⁹ e Thiago Carvalho de Melo⁴⁰

²⁸ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

²⁹ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Possui vínculo de pesquisa pela CAPES. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP.

³⁰ Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professora. Advogada e Coordenadora da Comissão de Direitos Coletivos e Cidadania da OAB São Paulo 12ª subseção.

³¹ Advogado. Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Paulista – UNIP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Franca – UNIFRAN.

³² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP/SP. Especialista em Direito Público pela Faculdade Milton Campos. Analista em auditoria, regulação e fiscalização em saúde no município de Uberaba/MG e professora do curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE).

³³ Mestrando em Direitos Coletivos pela UNAERP, bolsista CAPES, servidor público estadual da secretária da segurança pública

³⁴ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto e também pela Universidade de Coimbra. Possui vínculo de pesquisa pela Capes. UNISUL – Especialização em Ciências Criminais. UNIDERP – Especialização em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela. Advogada inscrita na OAB/SP.

³⁵ Advogado, professor Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro (IMESB), Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto.

³⁶ Advogado, Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania por meio da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

³⁷ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP/REDE LFG. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Pesquisador pelo CNPq. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Politécnica de Uberlândia – FPU. Juiz de Direito de Entrância Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

³⁸ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP, Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito – EPD, Bacharel em Direito pela UNIFEB. Atualmente é advogada (Escritório de Advocacia), analista fiscal (R. da Silva Ampliando Horizontes Contabilidade) e pesquisadora da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.

³⁹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Franca – UNIFRAN. Especialista em Direito Público pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP. Advogado. Vereador da Câmara Municipal de Ituverava.

⁴⁰ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. PUC Minas – Graduado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. FACAB – Docente em Direito e Processo do Trabalho na Graduação. Advogado inscrito na OAB/SP.



RESUMO: O presente estudo visa chamar a atenção para um ponto de extrema relevância no cenário atual do Judiciário, qual seja a inclusão dos meios pacificadores de resolução de conflitos no processo civil enquanto fase processual necessária. Inicialmente traçaremos breve análise do conceito de acesso à justiça, passando por pontuações históricas sobre o tema que será tratado nas formas de mediação e conciliação, sem o intuito, no entanto, de esgotar as possibilidades de discussão neste sentido, concluindo no sentido de que todo conflito deve ser sempre preferido em detrimento da forma, assegurando assim o verdadeiro acesso à justiça que pretendeu o legislador constituinte, ou seja, um acesso efetivo, que ocorra em tempo hábil e coloque fim de fato à questão que o fez surgir, devendo sempre, na medida do possível, primar pelo reequilíbrio das relações entre as partes, possibilitando com isso sua continuidade mesmo após o fim do conflito, pois acreditamos ser este o fim último pretendido pela Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS CHAVE: Acesso à Justiça. Pacificação de Conflitos. Mediação. Conciliação.

1 BREVE PARÂMETRO HISTÓRICO NO BRASIL

A primeira previsão constitucional no Brasil que disciplinou a matéria ora tratada foi a Constituição do Império, de 1824, segundo a qual, conforme art. 161, nenhum processo poderia ter início antes de que fosse tentada a reconciliação entre as partes⁴¹, situação que nos leva a crer ter havido preocupação do legislador imperial em trazer a tona o dever do cidadão de tentar uma composição para todos os seus litígios antes que viesse a instaurar um processo, evitando, tanto quanto fosse possível, a intervenção estatal.

Referida previsão acabou se perdendo no tempo, não mais fazendo parte da atual Constituição Federal de 1988 - um verdadeiro retrocesso -, sendo que, hoje, quando se fala em acesso à justiça, tem-se a impressão de que este só pode ser considerado garantido de fato, através do direito de ação, ou seja, parece que o Estado deve se preocupar apenas em amenizar custos e legalizar direitos, criando cada vez mais normas neste sentido, tudo em torno de garantir o direito à lide, à ação, a um advogado e a um juiz.

O problema surge exatamente neste ponto, pois quando há o julgamento de uma lide, a decisão é quase sempre pautada em legislação e jurisprudência, vindo a impor uma solução por

⁴¹ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem / coordenação Armando Sérgio de Prado de Toledo, Jorge Tosta, José Carlos Ferreira Alves. - 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.86



força de lei, fazendo com que o sujeito processual se torne mais um número na fila de espera do Judiciário em busca da solução de um problema seu sem, no entanto, se responsabilizar pela verdadeira causa que deu origem àquela questão, gerando assim inúmeras outras demandas sempre que dali brotarem novas divergências, advindas da própria natureza processual de defesa e acusação. Definitivamente, não é isso que se espera de uma Constituição “apelidada” de cidadã.

2 DO ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente deve-se ter em mente que o acesso à justiça é requisito básico de qualquer sistema jurídico moderno que tenha o intuito de garantir efetivamente direitos ao invés de apenas proclamá-los.

O acesso à justiça que aqui se defende, é aquele baseado na desnecessidade de se demandar em tantas instâncias, instâncias estas muitas vezes percorridas por meio de incontáveis interposições de recursos quase sempre meramente protelatórios e que só fazem surgir mais e mais morosidade, tendo como consequência imediata o distanciamento do cidadão jurisdicionado que fica por anos na espera de uma resolução de seu conflito enquanto necessita de decisão judicial para tanto.

Defendemos que o acesso à justiça deve ser garantido através do direito de “acesso ao juiz”, apenas na causas que assim exigirem, ou seja, naquelas cuja complexidade dos direitos envolvidos exija a presença deste terceiro imparcial preparado para julgar, situação que deverá ser definida a partir do momento em que restar clara e concreta a impossibilidade de reconciliar, ou seja, apenas após a designação e realização das respectivas audiências de conciliação ou mediação, tudo a depender do caso concreto, sem que haja sucesso, no entanto.

Os métodos pacificadores se mostram muito adequados quando os conflitos envolvem questões cotidianas ou principalmente, quando dependem de relacionamento posterior para fluir, pois, a decisão quando parte dos próprios indivíduos envolvidos no conflito traz maior sensação de justiça por não haver ao final um veredicto que os distingue entre “vencedor” e “vencido”.



Delegar a busca pela solução dos problemas cotidianos a um terceiro imparcial parece ser a melhor maneira de se resolver um conflito, no entanto, é apenas a maneira mais fácil de fazê-lo, posto que a responsabilidade pelas eventuais e possíveis consequências advindas da lide fica exclusivamente nas mãos daquele terceiro, o que pode - e, na maioria das vezes, vai - desencadear novos conflitos, fazendo com que uma ação judicial nos leve a outra e assim por diante, como num ciclo sem fim.

3 PRINCIPAIS VANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS PACIFICADORES

De acordo com Maria Lúcia Pizzotti, ela explica que “quanto mais o processo tramita, maior fica a latência do conflito e, por via de consequência seus nefastos efeitos” (MENDES, 2014, p. 90 *in* Estudos Avançados de Mediação e Conciliação), sendo a agilidade alcançada por intermédio da mediação e da conciliação, uma das maiores vantagens apontadas pela desembargadora, já que, neste caso as proporções do conflito diminuem tanto quanto sua latência e seus efeitos.

Há que se considerar ainda as características processuais formais da lide, a partir das quais, diante do atual Sistema Judiciário, o conflito das partes que deveria ser o eixo central da questão, perde lugar para as formalidades legais que lhe são exigidas e que podem inclusive acabar por distorcer o verdadeiro interesse das partes para a elaboração formal de defesa e acusação, momento no qual aguça-se em ambas as partes a vontade de vencer e o desejo de vingança, sendo que, em havendo ausência de algum requisito formal, o fim do processo pode ser ainda sua extinção sem resolução de mérito, causando mais um mal estar social.

Isto sem considerar a necessidade de manutenção das relações entre os envolvidos no conflito e o alto custo das demandas judiciais que podem ir desde despesas com oficiais de justiça, tais como citações e intimações, simples certidões de cartório e taxas judiciais, até perícias de alta complexidade.

Nas hipóteses em que há a análise de mérito com decisão por meio de sentença, vale lembrar que esta decisão imposta é, em geral, objeto de execução judicial, o que não ocorre com acordos avençados pelas partes envolvidas, ou, ainda, consideremos que diante do número



excessivo de recursos possíveis de serem interpostos nos moldes do processo civil brasileiro, há a impossibilidade de efetivação das determinações judiciais, o que nos remete à antiga máxima do “ganha, mas não leva”, perdendo-se com isso, a efetividade das decisões judiciais.

4 O MODELO DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS

Os meios “pacificadores” de resolução de conflitos, ainda segundo Maria Lúcia Pizzotti ao analisar aquelas previsões da Constituição do Império, vêm para reconciliar, ou seja, para mostrar ao cidadão envolvido na lide que o conflito pelo qual está passando adveio de uma situação pretérita, a qual restou obstruída durante seu trajeto por algum motivo, levando à ruptura total ou parcial daquela relação que, por óbvio, teve origem no consenso dos termos pactuados à época de sua formação.

Em geral, antes de surgir uma questão sob a tutela do judiciário, havia entre as partes ali envolvidas algum tipo de relação, seja pessoal, comercial ou contratual, sendo que no decorrer destas relações algum fato fez surgir um desequilíbrio que é foi o desencadeador da lide.

Sendo assim, a análise em pauta é para que dentro das normas de processo civil, todo cidadão deva necessariamente buscar sempre, antes de dar início a uma demanda judicial, alcançar novamente o equilíbrio que já existiu ali e, fazendo isso através da mediação e da conciliação, é certo que encontrarão o ponto que desencadeou a insatisfação, motivo do desequilíbrio da relação, fazendo surgir a partir de então, a possibilidade de uma nova negociação, estabelecendo-se ao final novas formas e regras no intuito de manter a antiga relação da melhor forma possível, seja ela de família, contratual, comercial, societária, etc.

Neste sentido, visando coibir a banalização do próprio judiciário, defende-se a implantação efetiva da conciliação e da mediação no nosso sistema judiciário, enquanto parte processual necessária, trazendo a título de exemplo a experiência implantada no Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP - que editou o Provimento 903/05 segundo o qual as práticas de mediação e conciliação deveriam ser aplicadas tanto de forma incidental, como previamente,



devendo o juiz designar a audiência antes mesmo de determinar a citação do réu, ou ainda, antes que fosse apresentada contestação, suspendendo para tanto, o prazo de resposta no processo.⁴²

Houve naquela oportunidade a preocupação com detalhes que fazem toda diferença, tais como, o fato de que as audiências de mediação e conciliação devem ser realizadas por profissionais capacitados para tanto, sem a presença do juiz e com local para instalação do Setor de Conciliação fora do espaço físico das varas e cartórios judiciais, para que se garanta com isso, o ambiente acolhedor necessário à qualquer boa tentativa de pacificação, reduzindo o formalismo e viabilizando a comunicação.

Referida experiência foi implantada no Fórum de João Mendes na cidade de São Paulo, capital, sendo este o maior fórum da América Latina e, lá obteve resultados bastante expressivos, tendo um índice de 78% de resolução amistosa nos casos ainda não judicializados e 25% nos casos já em sede processual.⁴³

CONCLUSÃO

Percebe-se que desde a Constituição do Império houve a preocupação por parte do legislador em pacificar os conflitos de forma auto compositiva e, naquela época, antes mesmo de que fosse instaurado processo judicial, isso obrigatoriamente.

Hoje, com a industrialização dos processos, fato que ocorreu a partir do enraizamento de uma cultura individualista e, conseqüentemente demandista, criou-se a impressão de que, para cada descontentamento deve haver uma ação judicial sem que haja qualquer tipo de contato prévio com a parte contrária, preferindo submeter o conflito ao controle estatal para ver “quem ganha”, quase que uma questão “de honra”.

O que deve restar claro é que não é este o papel do judiciário e mudança cultural que se pretende, deve ocorrer no sentido de se compreender que qualquer tipo de demanda pode e

⁴² MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem / coordenação Armando Sérgio de Prado de Toledo, Jorge Tosta, José Carlos Ferreira Alves. - 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 97/98.

⁴³ MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem / coordenação Armando Sérgio de Prado de Toledo, Jorge Tosta, José Carlos Ferreira Alves. - 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 98/99.



deve ser resolvida por meio de conciliação e mediação, já que, quase sempre, há pontos positivos e negativos na conduta de todos os envolvidos, sendo raras as vezes em que uma parte está totalmente certa ao ponto de se tornar impossível alcançar o consenso.

A dificuldade a ser combatida para que se alcance o fim almejado no presente estudo encontra-se no fato de que é característica natural do ser humano refutar novos hábitos e abandonar velhas práticas, fato que surge da insegurança quanto aos resultados que, a princípio não podem ser garantidos, mesmo havendo experiências excelentes, tais como a supracitada no TJSP que nos levam a crer ser a implantação do referido sistema a melhor opção para um país que preza a democracia e a participação.

REFERÊNCIAS

BRUNO, Susana. **Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MENDES, Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti. **Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. / coordenação Armando Sérgio de Prado de Toledo, Jorge Tosta, José Carlos Ferreira Alves. - 1 ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos**. / Lia Regina Castaldi Sampaio, Adolfo Braga Neto. São Paulo: Brasiliense, 2007.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça**. Revista NEJ Eletrônica, vol 17 -n2 - p.241, maio-ago 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/214> acesso em 03 de setembro de 2014.



O DESAFIO DA COBRANÇA DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS: A RESTRIÇÃO AO CRÉDITO DO CONTRIBUINTE NO PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

THE CHALLENGE OF COLLECTION OF TAX CREDITS: THE RESTRICTION TO TAXPAYER'S CREDIT IN THE PROTEST OF CERTIFICATE OF DEBT ACTIVE

Marcela Simões Pires Ribeiro

RESUMO: A cobrança de crédito tributário no ordenamento jurídico brasileiro é caracterizada pela primazia da exigência na via judicial, em virtude do monopólio regulatório exercido pela Lei de Execução Fiscal - Lei nº 6.830/1980. A sobrecarga do Poder Judiciário conduz à necessidade de revisão deste sistema, ocasionando a adoção, no campo fiscal, de procedimentos extrajudiciais inerentes à iniciativa privada. Neste contexto, destaca-se o protesto da Certidão de Dívida Ativa como primeira medida extrajudicial legalmente admitida para fins de exigência da dívida fazendária, sendo imperativo analisar sua adequação com a relação jurídico-tributária, perquirindo-se sobre a legitimidade do cerceamento do crédito de consumo do contribuinte como meio indireto de cobrança da dívida tributária. Até mesmo porque, uma vez restringido o crédito do contribuinte, torna-se necessário analisar e repensar as questões inerentes à negatização pelos órgãos restritivos de crédito, bem como suas implicações na atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: certidão de dívida ativa; protesto; crédito.

ABSTRACT: In the Brazilian legal system, the collection of tax credit is performed mainly through the courts, because of the regulatory monopoly done by the Law of Tax Enforcement - Act 6.830/1980. The overload of the Judiciary leads to a need for revision of this system, demanding the adoption, in the fiscal field, of extrajudicial procedures inherent to the private sector. In this context, we highlight the protest of the Tax Compliance Certificate as the first extrajudicial lawfully admitted measure for requiring the treasury debt, being necessary to analyze its suitability to the legal-tax relationship, in relation to the legitimacy of the restriction of credit consumption of the taxpayer as an indirect way of collecting the tax debt. Even because, once restricted the credit of the taxpayer, it becomes necessary to analyze and rethink the inherent negativity by restrictive credit bureaus issues and their implications today.

KEYWORDS: Certificate of active debt; protest; credit.



INTRODUÇÃO

A cobrança do crédito tributário no ordenamento jurídico brasileiro é predominantemente exercida no âmbito do Poder Judiciário, cuja sobrecarga impõe-se como óbice à pretensão satisfativa, circunstância que tem levado os entes públicos a adotar mecanismos de cobrança afetos ao direito privado, os quais que se mostram eficazes e céleres por promoverem a quitação do débito fora do eixo judicial.

Este artigo visa analisar o protesto da Certidão de Dívida Ativa como medida extrajudicial de recuperação de créditos fiscais e a compatibilidade de seus efeitos com a relação jurídico-tributária, em face da natureza do crédito que dela decorre.

1 O PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA COMO INSTRUMENTO DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS E A RESTRIÇÃO DO CRÉDITO DO CONTRIBUINTE

O procedimento vigente de cobrança do crédito tributário é marcado pela predominância da persecução na via judicial. Embora o CTN institua procedimentos que viabilizam o adimplemento no âmbito administrativo⁴⁴, a execução fiscal consubstancia-se como principal instrumento de recuperação de créditos fazendários⁴⁵.

Discorrendo sobre a estruturação do sistema de exigência fiscal no Brasil, leciona Leonardo José Carneiro da Cunha que:

O valor devido à Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, deve ser inscrito na dívida ativa. Tal inscrição é feita por meio de um procedimento administrativo destinado a apurar a liquidez e certeza do crédito. Assim, instaurado o procedimento administrativo, o devedor será notificado para pagar o valor devido ou apresentar suas razões de defesa. Não efetuado o pagamento, não apresentada defesa ou vindo esta a ser rejeitada, sobrevirá o ato administrativo de inscrição do valor na dívida

44 Nesse sentido, prevê o art. 151, VI, do CTN, o parcelamento.

45 A teor do art. 2º da Lei nº 6.830/80, a Dívida Ativa da Fazenda Pública compreende a tributária e a não tributária. A despeito da eventual referência neste artigo ao gênero dívida fiscal, o tema proposto é analisado sob a perspectiva do crédito tributário.



ativa.⁴⁶

Verifica-se, assim, que, antes da constituição definitiva do crédito tributário, resta impossível ao Fisco operar procedimentos de cobrança, isto porque a dívida ainda não adquiriu os atributos de liquidez, certeza e exigibilidade. Outrossim, seguindo-se a inscrição do valor na dívida ativa, figura a execução fiscal como via única para a satisfação do débito.

Conclui-se, pois, que a praxe fiscal desconhece procedimento complexo de cobrança administrativa, assim entendida aquela promovida por meio de mecanismos indiretos tendentes a forçar o cumprimento voluntário da obrigação, tais como notificações extrajudiciais, cobrança por meio telefônico e medidas restritivas ao crédito, práticas comuns no âmbito privado.

Este engessamento, porém, não é ocasional, mas decorrente da natureza do crédito tributário, indisponível por sua essência. Acentuando a distinção entre o crédito comum e o fazendário, leciona Sacha Calmon Navarro Coelho que “no Direito privado prevalece o império da vontade das partes capazes, que podem livremente dispor de seus direitos. Em Direito Tributário, o sujeito ativo não pode dispor do crédito tributário, que é público e indisponível. Somente a lei pode dele dispor”.⁴⁷

Portanto, o ente fazendário não detém poder de negociação, o qual é ínsito à iniciativa privada, onde os interesses conflitantes são disponíveis. Por conseguinte, as modalidades de extinção do crédito tributário que não importam em pagamento do débito, via regular de quitação prevista no inciso I do art. 156 do Código Tributário Nacional, estão adstritas à iniciativa legislativa.

Nesse sentido, a primazia da judicialização da recuperação de créditos fiscais não decorre da mera liberalidade do Legislador, coadunando-se, em verdade, com a própria essência da relação jurídico-tributária.

Esta concentração, porém, não se mostra eficaz, mesmo diante da excelência do procedimento previsto na Lei de Execução Fiscal, o qual, embora traçado em atenção às peculiaridades que envolvem a Fazenda Pública, termina por sobrecarregar a máquina judiciária,

46 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 289.

47 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.740.



porquanto seja utilizado praticamente de modo exclusivo.

Enquanto não operada a alteração formal do sistema, matéria objeto do Projeto de Lei nº 5.080/2009, as Procuradorias Fiscais tem adotado medidas no sentido de deslocar do Poder Judiciário determinados atos de cobrança da dívida fiscal, importando para o campo tributário medidas originárias do setor privado que costumam lograr êxito na empreitada satisfativa.

Destaca-se neste contexto o protesto da Certidão de Dívida Ativa, medida extrajudicial que vem sendo utilizada como mecanismos de cobrança do crédito fiscal.

Regulado pela Lei nº 9.492/97, o protesto é ato administrativo de competência do Tabelião de Protesto de Títulos, sendo definido pelo art. 1º do aludido diploma legal como “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

Adstrito à vinculação embrionária do protesto ao Direito Cambial, e, sobretudo, ciente da eficácia da Certidão de Dívida como título executivo extrajudicial, a teor do 585, VII, do CPC, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela desnecessidade do referido ato para a cobrança da dívida fiscal.⁴⁸

Posteriormente, a Lei nº 12.767/2012 introduziu significativa alteração no art. 1º da Lei nº 9.492/97, cujo parágrafo único passou a contemplar a Certidão de Dívida Ativa como título passível de ser levado a protesto. O STJ se manifestou sobre o tema, sustentando a natureza bifronte do citado ato, posicionando-se favoravelmente à sua aceitação na seara fazendária, mormente diante do "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", que definiu como meta específica, para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional, a "revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo”.⁴⁹

A despeito da importância da admissão pela jurisprudência da possibilidade de manejo de instrumentos extrajudiciais de cobrança na seara fiscal, careceu de apreciação a

48 Nesse sentido o AgRg no REsp 1120673 / PR, Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122), onde decidiu-se que “O protesto da CDA é desnecessário haja vista que, por força da dicção legal (CTN, art. 204), a dívida regularmente inscrita goza de presunção relativa de liquidez e certeza, com efeito de prova pré-constituída, a dispensar que por outros meios tenha a Administração de demonstrar a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte”. 03/09/2010.

49 REsp 1126515 / PR. RECURSO ESPECIAL 2009/0042064-8; Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN.



questão da adequação dos efeitos do protesto à natureza da dívida tributária.

Como visto, uma das funções deste ato formal é a de conferir publicidade à dívida, sendo um de seus efeitos a comunicação às instituições financeiras e de proteção ao crédito da existência de determinado débito⁵⁰. Como consequência do compartilhamento desta informação, o crédito do devedor será substancialmente limitado pelos sobreditos agentes financeiros.

Entretanto, o crédito é instituto de suma importância no seio social, mormente na realidade brasileira, em que guarda forte ligação com o poder de consumo, haja vista a baixa renda da maior parte da população.

Relacionando o consumo ao crédito, destaca Philippe Flores que este possibilita a realização de projetos que a princípio só poderiam ser efetivados em momento futuro, salientando, assim, tratar-se de instrumento “essencial, tanto no plano macroeconômico, para acompanhar o desenvolvimento, como sobre o plano microeconômico, para favorecer o incremento do plano de vida dos consumidores”.⁵¹

Patente, pois, a relevância social do crédito, sua limitação somente pode ser admitida quando outro interesse igualmente pertinente estiver em risco, tal como ocorre com a restrição ao crédito de consumo para fins de preservação da integridade das instituições financeiras, que merecem proteção por exercerem, com predominância, a atividade econômica, à luz do art. 173 da Constituição Federal.⁵²

Assim, para que seja legítima a restrição ao crédito, tem-se como premissas sua oferta anterior por um agente financeiro e a inadimplência posterior, a qual precisa ser comunicada para que o mercado reste íntegro, evitando-se a concessão de novo crédito da mesma natureza para o devedor.

50 Conforme prevê o art. 29 da Lei do Protesto, “Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente”.

51 FLORES, Philippe. A prevenção do superendividamento pelo Código de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 78, p. 68, abr/2011.

52 Também nesse sentido, Alexandre Torres Petry e Dominik Manuel Bouza da Costa afirmam que “a questão do crédito passa da esfera do mero interesse privado para o âmbito do interesse público e social”. PETRY, Alexandre Torres; COSTA, Dominik. Os bancos de dados de crédito e os direitos dos consumidores: A realidade na Alemanha e no Brasil. In: **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba, Curitiba, v. 3, n. 10, p. 33-86, jun. 2013. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/72533>.



Esta lógica não pode ser observada no contexto tributário, onde a limitação ao crédito seria justificada pela inadimplência de um tributo, devido em virtude da verificação no mundo fático de determinada situação prevista em lei e cujo credor é um ente público, inexistindo situação de risco que torne necessária e legítima a restrição operada.

Feitas estas ponderações, e considerando que a efetivação do protesto revela-se desnecessária para que a dívida tenha publicidade, qualidade adquirida com sua inscrição em dívida ativa, depreende-se que o referido ato é manejado na seara tributária apenas como instrumento de coerção indireta ao contribuinte, que, por ter seu direito ao crédito cerceado, será forçado a adimplir a obrigação tributária. Ou seja, a publicidade da certidão de dívida ativa, por si só, teria o condão de tornar público o estado de insolvência para com o Fisco, não necessitando, pois, da negatização pelos órgãos restritivos de crédito.

Até mesmo porque, o crédito é elemento fundamental na sociedade atual, o que agrava ainda mais as consequências deste procedimento, sendo necessário, assim, que este seja apreciado e repensado à luz da proporcionalidade no caso concreto e da ponderação dos interesses tutelados.

Neste diapasão, embora seja necessária a intersecção entre os regimes jurídicos de Direito Público e de Direito Privado, impõe-se a verificação da adequação mínima entre os institutos objeto da simbiose, o que não se verifica no caso do protesto da Certidão de Dívida Ativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a judicialização da cobrança do crédito fazendário seja compatível com as características da relação jurídico-tributária, a sobrecarga que representa para o Poder Judiciário é patente, sendo pertinente a busca por vias extrajudiciais de exigência fiscal.

Todavia, a mera transposição para o campo tributário de medidas eficazes adotadas no direito privado pode se revelar ilegítima, sendo imperiosa a adequação entre tais mecanismos e as características da relação jurídico-tributária, requisito não cumprido pelo protesto da Certidão de Dívida Ativa.



REFERÊNCIAS

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FLORES, Philipe. **A prevenção do superendividamento pelo Código de Consumo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 78, p. 67, abr/2011.

PETRY, Alexandre Torres; COSTA, Dominik. Os bancos de dados de crédito e os direitos dos consumidores: A realidade na Alemanha e no Brasil. In: **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 3, n. 10, p. 33-86, jun. 2013.



**A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS COMO MEIO
IDÔNEO PARA A CONCREÇÃO DA CIDADANIA E DO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

**SOCIAL RESPONSIBILITY OF BUSINESS AS A MEANS SUITABLE FOR
THE CONCRETION OF CITIZENSHIP AND SUSTAINABLE
DEVELOPMENT**

Jacqueline Malta Salim⁵³
Ticiani Garbellini Barbosa Lima⁵⁴

RESUMO: O mundo contemporâneo foi cenário de profundas transformações nos campos político, econômico, social e cultural nos últimos séculos: novas tecnologias permitiram a comunicação em rede mundial e a difusão de informações, reduzindo distâncias geográficas e culturais entre os povos; a expansão transfronteiriça da atividade empresarial e a intensificação dos negócios internacionais contribuíram para a consolidação de uma economia de proporções globais; os índices de desenvolvimento humano apresentaram melhoras significativas nos países periféricos, contudo as desigualdades sociais que ainda perduram neste modelo obrigam a uma reflexão com vistas a implementar um novo modelo, pautado no desenvolvimento sustentável. As empresas – forças motrizes da economia de mercado – também devem repensar seu papel na sociedade e investirem em novos processos de gestão, visando obter diferenciais competitivos. Preço e qualidade não bastam, são igualmente importantes a confiabilidade e a boa-fé, relacionamentos éticos com consumidores e fornecedores, produtos ambientalmente corretos, além da valorização de práticas ligadas à segurança dos funcionários e à preservação ambiental. Assim, é na responsabilidade social que o empresariado encontra a resposta para aumentar seu lucro e potencializar o desenvolvimento de seus negócios de forma socialmente correta, ambientalmente sustentável e economicamente viável!

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade social. Cidadania. Desenvolvimento sustentável.

⁵³ Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROSUP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

⁵⁴ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Possui vínculo de pesquisa pela CAPES. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP.



ABSTRACT: The contemporary world has been setting the stage of substantial changes in the political scenario, economic, social and cultural environment over the most recent centuries: new technologies enabled network communication and information broadcasting at global scale, reducing geographical and cultural distances among nations; cross-border expansion of business activity and the intensification of international trading contributed to the consolidation of an economy with global proportions; the human development indices have showed significant improvements in the peripheral countries, albeit social inequalities still outlast in this model imposing a reflection in order to implement a new model, based on sustainable development. Businesses - one of the driving forces of market economy - should also rethink their role in society and invest in new management models in order to obtain competitive advantages. Price and quality are not only the main drivers, but also trustworthiness and good faith are equally important, ethical relationships standards with customers and suppliers, environmentally friendly products, likewise the appreciation of practices related to employee safety and environmental preservation. Thus, it is on social responsibility where relies the answer for businessmen to increase profits and stimulate development in a socially correct manner, environmentally sustainable and economically feasible!

KEYWORDS: social responsibility. Citizen. Sustainable development.

INTRODUÇÃO

O aumento da complexidade dos negócios e da competitividade entre as empresas, em decorrência da revolução tecnológica e do processo de globalização econômica, obrigou aos administradores adotarem novas estratégias de gestão a fim de viabilizar a atividade empresarial, capazes não só de maximizar os lucros para os acionistas e investidores, mas também de atender às expectativas e interesses dos diversos *stakeholders*.⁵⁵

A adoção de padrões de comportamento socialmente responsáveis pareceu ser uma alternativa considerável no sentido de desenvolver vantagens competitivas para as empresas ao assegurar, por exemplo, o respeito aos direitos dos empregados e dos consumidores, assim como privilegiar o bom relacionamento com fornecedores e com a comunidade onde atua.

⁵⁵ *Stakeholders* é um termo que teve origem com o lançamento da obra *Strategic management: a stakeholder approach*, de R. E. Freeman (1984), sendo utilizado para referir-se às partes direta ou indiretamente interessadas na criação de riquezas pela empresa e que não são coincidentes com os acionistas e credores. São funcionários, clientes, fornecedores, organizações não-governamentais e comunidade na qual a organização está inserida.



É importante ressaltar que a busca por resultados sociais não prejudica a lucratividade das empresas, ao contrário, algumas pesquisas⁵⁶ têm demonstrado que a adoção de tais práticas pode ser utilizada pelas organizações como instrumento de marketing interno (fortalecendo o comprometimento dos funcionários) e externo (em relação aos clientes), resultando, inclusive, em acréscimo de lucros.

1 FUNÇÃO SOCIAL E RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS: UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO

Cada empresa representa um universo integrado pelas pessoas a seu serviço direto, pelos fornecedores, consumidores, investidores, empresas concorrentes e mercado em geral. As decisões adotadas por seus gestores ultrapassam o âmbito da organização para projetarem-se nas esferas familiar e social. Logo, a existência deste **poder empresarial**, de tão extraordinário relevo na sociedade moderna, importa necessariamente em uma contrapartida: o **dever social da empresa**.

Feitas estas considerações, passaremos à distinção entre **função social** e **responsabilidade social** das empresas, pois embora sejam conceitos correlatos, lastreados na ideia de dever social, possuem certas particularidades.

Atualmente, têm-se como parâmetro para a construção dos deveres positivos relacionados à função social da empresa os princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170 da Constituição), assentada sob o trabalho e o capital. Isto significa que o Estado permite o livre exercício da atividade econômica, desde que o exercício desta liberdade atenda a uma função social, qual seja: a de assegurar a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Salienta-se que o cumprimento da função social está vinculado diretamente ao objeto social da empresa, porque ali está delimitada sua função econômica, ou seja, o objeto social

⁵⁶ PINTO, Marcelo de Rezende; LARA, José Edson. A cidadania corporativa como uma orientação de marketing: um estudo no varejo. **Revista de Administração de Empresas**, Minas Gerais, v. 44, p. 48-60, 2004.



revela a finalidade para a qual a empresa foi criada e, na consecução destes objetivos, é que será possível a aferição do cumprimento da função social da empresa.

Quanto à responsabilidade social das empresas, sua noção evoluiu da mera filantropia, fruto da benemerência do empresário que realizava doações ocasionais, para um processo de interação voluntária entre empresa e *stakeholders*. Como bem sintetiza Patrícia Almeida Ashley, a responsabilidade social das empresas pode ser traduzida no:

Compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela. A organização, nesse sentido, assume obrigações de caráter moral, além das estabelecidas em lei, mesmo que não diretamente vinculadas a suas atividades, mas que possam contribuir para o desenvolvimento sustentável dos povos. Assim, numa visão expandida, responsabilidade social é toda e qualquer ação que possa contribuir para a melhoria da qualidade de vida da sociedade.⁵⁷

Em suma, a **função social** refere-se apenas às atividades econômicas desenvolvidas pelo empresário ou pela sociedade empresária, consubstanciadas no objeto social da empresa e exigíveis pela imposição de deveres jurídicos ao titular desse direito, enquanto a **responsabilidade social** consiste no cumprimento de obrigações morais que, tradicionalmente, competem ao Estado, mas que passam a ser executadas pelas empresas, ou ao menos são exigidas delas, em razão de seu papel na sociedade.

2 GOVERNANÇA CORPORATIVA: UMA NOVA ESTRATÉGIA DE GESTÃO

Governança é um conceito difuso que pode ser aplicado, por exemplo, ao sistema de gestão de empresas, envolvendo o relacionamento ético e responsável entre acionistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal (governança corporativa); à gestão compartilhada das responsabilidades relativas à preservação dos recursos naturais (governança ambiental) entre outros, sempre com vistas a aperfeiçoar o comportamento das pessoas físicas e jurídicas.

⁵⁷ ASHELEY, Patrícia de Almeida (Coord.). **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 6-7.



Segundo Adalberto Simão Filho, governança corporativa é o método de gestão:

Onde se prega a submissão da empresa e de seus órgãos sociais a um sistema de regras impositivas de conduta que abrange, de forma positiva, determinadas práticas de fundo ético e moral, criadas para esta finalidade ou pré-existentes, que se refletem na sua administração, nos relacionamentos entre os sócios, administradores e os grupos de interesse social com os quais há interação, tais como: funcionários, prepostos, acionistas, fornecedores, clientes, além do Estado e do mercado em geral, práticas estas que culminam por contribuir com o bom cumprimento do objetivo social e da busca do fim social dentro de certos parâmetros tidos por razoáveis.⁵⁸

Dentro do contexto de governança corporativa, pode ser incluída a “cidadania empresarial, entendida como um conjunto de princípios e sistemas de gestão destinados à criação ou preservação de valor para a sociedade”⁵⁹. Seu exercício é resultante das **ações de gestão interna de responsabilidade social** (focada nos funcionários e seus dependentes, através de programas de treinamento e capacitação, assistência médica e odontológica etc.) e **externa**⁶⁰ (por meio do desenvolvimento de ações sociais que beneficiem a comunidade local, como por exemplo: a doação de produtos, equipamentos e materiais etc.).

3 RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS: UM CAMINHO PARA A CIDADANIA E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A responsabilidade social corporativa requer, como premissa para sua aplicabilidade, uma nova concepção de empresa, voltada à geração de riquezas e de valor para a sociedade. A empresa moderna tem direcionado suas atividades para o engajamento em papéis sociais não legalmente obrigatórios, mas que estão se tornando cada vez mais estratégicos para perpetuar sua existência. Assim, as organizações passaram a atuar fortemente nos três pilares básicos do

⁵⁸ SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. In: **Revista Curso Direitos Cent. Univ. Fac. Metrop – UniFMU**, São Paulo, a. 17, n. 25, p. 11-51, 2003.

⁵⁹ ALVES, Lauro Eduardo Soutello. Governança e cidadania empresarial. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 41, n. 4, out./dez. 2001. p. 81.

⁶⁰ Neste sentido: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *RT*, São Paulo, Ano 92, v. 810, abr. 2003. p. 47. e MELO NETO, Francisco Paulo; FROES, César. **Responsabilidade social e cidadania empresarial**: a administração do Terceiro Setor. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999. p. 85-89.



desenvolvimento sustentável (o econômico, o ambiental e o social), contribuindo para o desenvolvimento humano e do mercado globalizado.

A atuação das empresas na dimensão econômica traduz-se pela geração de empregos, realização de investimentos financeiros e pagamento de impostos ao Estado. A dimensão ambiental refere-se à atuação da empresa no campo da educação ambiental, da tecnologia de sistemas de preservação ambiental e garantia da qualidade em proteção ambiental, como por ex. a obtenção do certificado ISO 14000.

Já a atuação social da empresa implica em investimentos no bem-estar dos funcionários e seus dependentes, na avaliação de desempenho de seus empregados e no reconhecimento de seus esforços e competências por meio de incentivos, no respeito aos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, no relacionamento ético com os fornecedores, no envolvimento em ações de interesse da comunidade etc.

Agindo desta forma, as empresas não apenas atingem seus objetivos societários, como colaboram para a promoção da cidadania e concretização do desenvolvimento sustentável nos países em que estão instaladas, confirmando sua importante missão na sociedade contemporânea.

CONCLUSÃO

O objetivo primordial da empresa continua a ser o de produzir bens e prestar serviços em condições eficientes, de modo a potencializar e perpetuar a atividade empresarial, porém o papel das empresas na nova economia global consiste em gerar riquezas num sentido mais amplo, que podem ser traduzidas em conhecimento, tecnologia, empregos, infraestrutura e, até mesmo, valores intangíveis e de caráter universal, como a preservação do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável, a dignidade no trabalho e a defesa do consumidor.

A empresa que atua de forma socialmente responsável, em cumprimento aos princípios da cidadania empresarial, participa de um processo produtivo que agrega valor social e se mostra mais sustentável em longo prazo. Uma ação social bem conduzida melhora a reputação da empresa frente ao governo, cidadãos, consumidores, fornecedores e até concorrentes. Esta



posição de destaque na sociedade é fator decisivo na autopreservação empresarial, sobretudo num cenário de competição acirrada como o atual. Sendo assim, esta nova performance empresarial é benéfica tanto para a empresa como para a sociedade, proporcionando o crescimento econômico e a divisão mais justa das riquezas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lauro Eduardo Soutello. Governança e cidadania empresarial. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 41, n. 4, p. 78-86, out./dez. 2001.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil**, n. 117, p. 157-162, 2000.

ASHLEY, Patrícia de Almeida (Coord.). **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CESAR, Monica de Jesus. **Empresa-cidadã: uma estratégia de hegemonia**. São Paulo: Cortez, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, n. 63, p. 71-79, 1986.

_____. Estado, empresa e função social. **RT/Fasc. Civ.**, ano 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

LAMY FILHO, Alfredo. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 54-60, out./dez. 1992.

MELO NETO, Francisco Paulo de; FROES, César. **Responsabilidade social e cidadania empresarial: a administração do Terceiro Setor**. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999.

PINTO, Marcelo de Rezende; LARA, José Edson. A cidadania corporativa como uma orientação de marketing: um estudo no varejo. **Revista de Administração de Empresas**, Minas Gerais – edição especial, v. 44, p. 48-60, 2004.

SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. **R. Curso Dir. Cent. Univ. Fac. Metrop. Unidas – UNIFMU**, São Paulo, a. 17, n. 25, p. 11-51, 2003.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *RT*, São Paulo, Ano 92, v. 810, p. 33-50, abr. 2003.



SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

SAFETY AND HEALTH WORKER'S IN THE WORK ENVIRONMENT

Rodrigo Guilherme Tomaz
Gamaliel Faleiros Cardoso Filho
Merhej Najm Neto
Denilson de Souza Moreira
Maria Paula Alves Faria
Orientador: Ricardo dos Reis Silveira

RESUMO: Ao analisar a evolução histórica do trabalho, tanto no Brasil quanto no cenário mundial, notaremos que existe uma ligação profunda entre a estrutura do mercado e a subjetividade do trabalhador. Veremos também que a implantação de metas por parte dos empregadores fez com que os empregados enfrentassem o sofrimento no próprio ambiente do trabalho. Fato esse que faz exigência de que existam normas atualizadas que tratem da proteção do ambiente do trabalho, priorizando não somente o lucro, mas lembrando-se do fator humanitário. Tanto a Constituição Federal, quanto a legislação infraconstitucional, trazem normas concretizadoras para proteção da saúde do trabalhador, na tentativa de preservar equitativamente o ambiente laboral, evitando o desequilíbrio e a perda da saúde e qualidade de vida do empregado. Os ditames legais, se cumpridos, representariam grandiosamente um ganho na preservação da saúde do trabalhador, mas a falta de eficiência estatal em fiscalizar e aplicar as normas positivas contribuem para o meio ambiente desequilibrado e prejudicial à saúde do operário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Meio Ambiente do Trabalho. Saúde do Trabalho. Segurança do Trabalho.

ABSTRACT: When analyzing the historical evolution of the work, both in Brazil and in the world scenario, we will notice that there is a profound connection between market structure and the subjectivity of the worker. We will also see that the implementation of targets did by employers that the employees faced with suffering in their own work environment. This fact does the requirement that there updated rules dealing with the protection of the working environment, by prioritizing not just profit, but remembering the humanitarian factor. Both the Federal Constitution, as infra constitutional legislation, bring rules implements to protect the health of workers in the attempt to keep equitably workplace standards, preventing the unbalance and the loss of quality of life and health of the employee. The legal dictates, if fulfilled, will represent a



gain in preserving the health of the worker, but the lack of efficiency in state monitor and apply e positive norms contribute to the unbalanced and detrimental a health of the worker.

KEYWORDS: Fundamental rights. Environment Labour. Occupational Health. Safety.

INTRODUÇÃO

As legislações que tratam do assunto precisam ser revisadas para que busquem um melhoramento das condições trabalhistas, extinguindo a exploração da força de trabalho e priorizando a garantia de que o trabalhador deve viver em um ambiente de qualidade e respeito.

A Constituição Federal de 1988 traz como dispositivo legal que todos os cidadãos têm direito a um meio ambiente equilibrado e saudável, elevando a preservação deste ao patamar de direito fundamental.

Os demais direcionamentos são encontrados nas Constituições Estaduais, em leis infraconstitucionais, na Consolidação das Leis do Trabalho, em normas internacionais da OIT, nas Normas Regulamentares, no Código Penal, na Lei de Crimes Ambientais e em diversos outros dispositivos legais.

1 SAÚDE NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Os ambientes do trabalho estão doentes: o assédio moral, a falta de equipamentos, a falta de campanhas de prevenção por parte do Estado, a exigência por mais produções e principalmente o que alguns doutrinadores denominam como novo capitalismo.

O novo sistema implantado passou a afligir os trabalhadores, deixando-os inseguros e fazendo com que prezem pela construção de instrumentos de defesa que resguardem sua saúde psíquica e somática e a sua segurança. Contudo, a eficácia de tais mecanismos está comprometida já que o operário sente-se sempre oprimido e pressionado, levando-o a adoecer em razão do trabalho.

Nem sempre é o cansaço e as doenças físicas advindas do trabalho, como a tensão em vários músculos, as dores no tórax e até mesmo doenças cardiovasculares, são os culpados pela



fragilidade da saúde do trabalhador: o esgotamento psicológico por causa do estresse, da ansiedade e da depressão, contribui de forma grandiosa para o adoecimento. Essas enfermidades demonstram de forma objetiva que o trabalhador foi excluído do meio social e que sua qualidade de vida vem decrescendo com o sistema atual.

As legislações que tratam dos imprevistos e do acometimento de doenças inerentes ao trabalho, abordam o assunto tecnicamente e deixa de ponderar os fatores psicológicos e sociológicos, designando essa função a cargo da Psicologia e não do Direito, mesmo que o assunto seja de crucial importância nas relações jurídicas.

O tecnicismo da doutrina causa a carência de veemência do mercado de consumo ao regulamentar a questão, mostrando que são insuficientes as normas que tratam da saúde mental e da qualidade do meio ambiente de trabalho.

Essa discussão acerca da saúde do trabalhador é há muito tempo salientada, apresentado conteúdo suficiente para a criação de outras normas que regulamentem a questão da qualidade de vida do trabalhador, como proferiu o Desembargador Sebastião Geraldo Oliveira:

O tema da saúde do trabalhador passou por longo amadurecimento, especialmente ao longo do século XX, e já sedimenta conhecimentos científicos suficientes para inspirar a criação de normas jurídicas adequadas para oferecer ao empregado condições de poder trabalhar sem comprometer seu direito de viver com qualidade.⁶¹

Sobre a saúde, a Constituição Federal traz em seu texto legal nos artigos 196 e 198 o dever do estado em garanti-las, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

O Estado tem a responsabilidade objetiva de proteger o meio ambiente do trabalho e promover a fiscalização para este seja um ambiente equilibrado e de qualidade, respeitando a saúde e a segurança do trabalhador.

2 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE

⁶¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.



O Brasil e a China propuseram, em 1945, na Conferência Internacional das Nações Unidas, a inauguração de uma organização internacional de saúde independente. Em 1946, durante uma Conferência Internacional de Saúde em Nova Iorque, é aprovada a Constituição da Organização Mundial de Saúde, vigorando desde 1948.

Em um dispositivo legal da referida Constituição encontra-se um capítulo sobre a proteção do Meio Ambiente Humano, caracterizando meio ambiente do trabalho como o lugar em que o trabalhador passa a maior parte de seu tempo.

Traz também que o ímpeto à saúde no ambiente trabalhista ocorre de forma mais relevante, já que o trabalhador corre riscos de ser lesado com acidentes de trabalho e com doenças físicas ou mentais.

Segundo pesquisa realizada pela OIT⁶² E OMS⁶³, por ano ocorrem aproximadamente 250 milhões de acidentes de trabalho, onde 330 mil são fatais.

As soluções propostas pela OMS consideram, no ambiente de trabalho, as questões físicas, ruídos, radiações; os aspectos mecânicos, que são os instrumentos de trabalho; e os fatores biológicos e químicos. Não deixa de lembrar também – e isso é essencial – dos desgastes emocionais, como o estresse.

3 A SEGURANÇA DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O artigo 200 da CLT, dado pela Portaria n° 3214/78, traz normas complementares que dispõem sobre a segurança no ambiente de trabalho.

Como salienta Sérgio Pinto Martins:

Nos locais de trabalho rural serão observadas as normas de segurança e higiene estabelecidas em portaria do Ministério do Trabalho (art. 13 da Lei n° 5.889/73). A Portaria TEM N° 86, DE 3-3-05, trata de segurança e saúde no trabalho na agricultura, na pecuária, na silvicultura, na exploração de floresta e na aquicultura.⁶⁴

⁶² Organização Internacional do Trabalho.

⁶³ Organização Mundial da Saúde.

⁶⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 707



Quando o assunto é a segurança do trabalhador no ambiente de trabalho, é de crucial importância nos atermos a entender e conhecer certas normas regulamentadoras, conhecidas também como NR's. Elas regulamentam e fornecem orientações acerca dos procedimentos obrigatórios relacionados à segurança e medicina do trabalho. Estão previstas no Capítulo V, da Consolidação das Leis do Trabalho. São de observância obrigatória por todas as empresas brasileiras regidas pela CLT.

O empregador tem obrigação de adotar alternativas necessárias para conter os acidentes e doenças relacionadas com o trabalho, ponderando todas as hipóteses razoavelmente previsíveis de danos ou ofensas à saúde do trabalhador.

3.1 A REALIDADE DO BRASIL

Ao analisar o contexto geral e atual do nosso país, nota-se que existe uma ausência de cultura empresarial apropriada e voltada para a prevenção dos riscos ambientais no trabalho, levando a uma desvalorização do fator humanitário e banalizando as regras que tratam da Educação Ambiental.⁶⁵

De outro modo, nossa cultura volta-se para o lucro que nunca deve cessar. Para o Brasil seria necessária uma mudança no cenário cultural, transmitindo o foco do lucro para o meio ambiente e trazendo à tona políticas ambientalistas, principalmente no que concerne ao trabalho, pois é onde os cidadãos são atingidos diretamente. Os empresários também têm a obrigação de inaugurar uma cultura solidária e de responsabilidade com todos os seres humanos.

Os acidentes do trabalho acontecem em função de métodos inadequados que serão elencados a seguir. A falta de investimento das empresas para prevenir que os acidentes de trabalho ocorram. Em segundo lugar, como já foi dito anteriormente, encontram-se as questões culturais que têm sido um grande impeditivo para a priorização da prevenção dos acidentes laborais. Isto porque a postura adotada pelas classes se divide em duas: patronal e profissional.

⁶⁵ É uma metodologia de análise que surge a partir do crescente interesse do ser humano em assuntos como o ambiente devido às grandes catástrofes naturais que têm assolado o mundo nas últimas décadas.



Contribuí também para os acidentes de trabalho a ineficiência dos Poderes Públicos no que diz respeito à imposição de políticas que previnem e fiscalizam o ambiente de trabalho. Soma-se a isso o fato de que os maquinários utilizados pelos trabalhadores não são completamente seguros, já que os fabricantes desses produtos não se atentam as normas que devem ser respeitadas para garantir a segurança dos responsáveis pela execução dessas máquinas.

Outra situação desfavorável é a forma precária em que as condições de trabalho se encontram, devido às práticas de flexibilização do Direito do Trabalho⁶⁶ equivocadas. Existe uma polêmica acerca da solução para o referido problema: a forma mais eficaz seria a conscientização de cada cidadão, já que ao diminuir os riscos ambientais estaria levando à erradicação dos fatores que põem em risco a saúde do trabalhador, demonstrando que estas duas realidades estão diretamente ligadas.

Sabendo que a legislação brasileira é de primeiro mundo, culpa-se o Estado pelas falhas do sistema. Acontece que a legislação não é aplicada de forma correta e a fiscalização não se mostra eficiente.

O Ministério Público tem se preocupado com a situação das empresas, que são as primeiras a responderem pelo meio ambiente adequado. Contudo, a discussão dos doutrinadores é que o estado tem responsabilidade. Isso porque a Constituição Federal designa ao Estado a responsabilidade pela fiscalização das condições do meio ambiente trabalhista.

Fiscalizações essas que não ocorrem porque o Ministério do Trabalho se encontra em dificuldades financeiras, além de não possuírem auditores e equipamentos.

Falta um gerenciamento por parte do Estado sobre a questão da segurança e saúde no meio ambiente do trabalho. A contradição é que a União vem a cada dia mais ajuizando ações regressivas contra as empresas em razão dos acidentes de trabalho. Tal fato ocorre porque o Estado não possui condições financeiras para responder objetivamente por todos os acidentes no ambiente.

Existe uma não compatibilidade de um governo que se diz social e que não analisa as condições da sociedade e não prima pelas questões fundamentais.

⁶⁶ Direito do Trabalho é o conjunto de normas jurídicas que regem as relações entre empregados e empregadores.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imprescindível a existência de normas que tratem do meio ambiente do trabalho especificamente, já que os outros campos do meio ambiente possuem características próprias e distintas do tema tratado.

Há tempos atrás a questão dos problemas ambientais era assunto pertinente as organizações que lutavam pela preservação do meio ambiente. Atualmente essa preocupação se globalizou e atingiu até o setor empresarial.

Com a economia sendo globalizada e as multinacionais surgindo, a competição elevou-se até atingir um padrão de qualidade total. Isso fez com que surgissem certificados como o ISO 9000 e ISO 14000, que as empresas conquistam através das atividades de ponta e de atividades específicas de produção que possuem um padrão de qualidade.

A mudança pela qual o setor empresarial está passando é visível desde os anos 80. A imposição de legislações por todo o mundo que resguardam o meio ambiente do trabalho fizeram com que os empresários notassem que um meio ambiente – inclusive do trabalho – sem equilíbrio é a causa da queda na produção e na qualidade, que influenciam diretamente no lucro, fazendo com que a empresa saia prejudicada.

Alcançar a plena e completa adequação do meio ambiente do trabalho, com a segurança e a saúde sendo respeitadas como direito dos trabalhadores, é o mais importante e fundamental objetivo. O não acatamento desses direitos constitui agressão não só aos trabalhadores, mas a sociedade em geral, que é a responsável pelos gastos dos acidentes e que assume o custo da Previdência Social e do Sistema Único de Saúde (SUS).

Essas questões podem ser solucionadas com os princípios da prevenção e da precaução. Princípios estes que devem levar à educação ambiental dos cidadãos - prevista na Constituição Federal - desde o ensino fundamental. Cabe ao cidadão defender o meio ambiente em todas as suas esferas, inclusive o meio ambiente artificial do trabalho.

REFERÊNCIAS

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**. Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 ago 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio Moral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.



AGRICULTURA FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

FAMILY FARM AS A TOOL FOR DEVELOPMENT OF THE STATE OF ENVIRONMENTAL LAW

Lucas de Souza Lehfeld⁶⁷
Marina Ribeiro Guimarães Mendonça⁶⁸
Vanderlei de Freitas Nascimento Junior⁶⁹

RESUMO: A partir do momento em que se constata que o meio ambiente sadio é condição para a qualidade de vida e que a sociedade de risco, oriunda da pós-modernidade, demanda transformações no Estado e Direito de forma a minimizar os impactos da crise na exploração dos recursos naturais, torna-se emergencial a estruturação de um Estado preocupado com a questão ecológica associada ao desenvolvimento econômico. De uma forma objetiva, o progresso do direito ambiental está atrelado ao progresso da sociedade e a busca por um o Estado de Direito Ambiental pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais da sociedade e particularizado pela ênfase que se confere à proteção ambiental, ou seja, um desafio para o Direito brasileiro. Para tanto, a construção desse Estado pressupõe a aplicação de princípios estruturantes, em destaque para o trabalho, o princípio da solidariedade. O intuito é desenvolver a aplicação do referido princípio ao contexto socioeconômico com o propósito de se alcançar um modelo de desenvolvimento duradouro, orientado para a busca de um equilíbrio socioambiental mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural na atividade agrícola. Nesse contexto a agricultura familiar torna-se instrumento de efetividade dos princípios ambientais, em razão da sua propositura de proteção dos recursos ambientais, integrados ao desenvolvimento econômico que se faz necessário para suprir as necessidades humana sob um viés de sustentabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: AGRICULTURA FAMILIAR- ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL- PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

⁶⁷ Professor Doutor do Programa de Mestrado pela Universidade de Ribeirão Preto- direitos coletivos e cidadania-UNAERP. lehfeld@gmail.com

⁶⁸ Mestranda do Programa de mestrado pela Universidade de Ribeirão Preto em direitos coletivos e cidadania-UNAERP. advmarinamendonca@hotmail.com

⁶⁹ Mestrando do programa de mestrado pela Universidade De Ribeirão preto em direitos coletivos e cidadania-UNAERP. advmarinamendonca@hotmail.com



ABSTRACT: From the moment it appears that a healthy environment is a prerequisite for quality of life and the risk society, coming of postmodernity, demand changes in state law and to minimize the impacts of the crisis on the exploitation of natural resources, emergency becomes the structuring of a State concerned with ecological issues associated with economic development. In an objective way, the progress of environmental law is linked to the progress of society and the search for a state of environmental law can be understood as the product of fundamental new CLAIMS society and particularized by the emphasis it gives to environmental protection, ie a challenge for the Brazilian law. To this end, the construction of this state presupposes the application of structural principles, especially the work on the principle of solidarity. The aim is to develop the application of that principle to the socio-economic context in order to achieve a model of sustainable development, oriented towards the search for an environmental balance by the legal control of the rational use of natural heritage in agriculture. In this context the family farm becomes an instrument of effectiveness of environmental principles, because of its filing for protection of environmental resources, integrated economic development that is needed to meet human needs in a bias of sustainability.

KEYWORD: AGRICULTURE FAMILIAR- ENVIRONMENTALLY RULE OF LAW PRINCIPLE OF SOLIDARITY

1 ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL E O PRINCIPIO DA SOLIDARIEDADE

No direito brasileiro, percebe-se a preocupação do legislador e intérprete com as questões ambientais, principalmente em razão da transtemporaneidade do conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado, em uma sociedade pós-moderna complexa. Na realidade, o tratamento constitucional do meio ambiente como direito fundamental implica numa obrigação solidária entre Estado e sociedade na sua constante melhoria. Um desafio gigantesco uma vez que o território brasileiro possui dimensões continentais, sendo um país com uma economia fincada em pilares do agronegócio que se utiliza de patrimônios naturais.

No entanto, a tendência evolutiva do direito atrelada às questões ambientais vislumbra a obrigação constitucional do Estado em adotar medidas legislativas e administrativas de tutela ambiental que busquem efetivar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.



Explica Benjamin⁷⁰ que a Constituição Federal de 1988, ao utilizar técnicas dos imperativos- jurídicos ambientais- mínimos assegura “três núcleos jurídicos duros” vinculados à proteção ambiental: os processos ecológicos essenciais, a diversidade e integridade genética e a extinção de espécies conforme redação do artigo 225, parágrafo 1º, I, II e VI do diploma constitucional. Dessa forma, fica o Estado responsável por garantir e promover processos ecológicos essenciais seja na perspectiva de que ele não pode piorar o conteúdo normativo-ambiental atingido (imperativo mínimo negativo), seja pelo enfoque de que ele é obrigado a promover melhorias constantes a tutela ambiental, devido às incertezas científicas e às novas tecnologias (imperativo mínimo positivo). Vincula-se aqui, quanto à obrigação constitucional do Estado, o princípio da proibição do retrocesso ambiental.

É salutar que os imperativos jurídicos-ambientais buscam proteger o mínimo existencial ecológico, ou seja, o já conhecido mínimo existencial se alarga para incluir a qualidade ambiental. Além, dos direitos já identificados pela doutrina como integrantes do mínimo existencial (saneamento básico, moradia digna, educação fundamental, alimentação suficiente, saúde básica, entre outros) , deve-se incluir dentro desse conjunto a qualidade ambiental, com vistas a concretizar” uma existência humana digna e saudável, ajustada aos novos valores e direitos constitucionais da matriz ecológica” (FENS-TERSEIFER,2008).

No entanto, a proteção ambiental do meio ambiente não é apenas um dever do Estado, é dever da coletividade e a sociedade acaba por ser sujeito passivo e ativo do direito-dever. Em outras palavras, todos tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, como consequência, o dever de preservá-lo também. O dever, portanto, fundamental de proteção ao meio ambiente tem natureza jurídica e moral, sendo norteador de condutas entre humanos, do homem consigo mesmo, bem como da relação do ser humano com todas as formas de vida

Observa Capella⁷¹ (1994) que a construção do Estado de Direito Ambiental pressupõe a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social com o propósito de se alcançar um modelo de desenvolvimento duradouro, orientado para a busca da igualdade substancial entre cidadãos mediante o controle jurídico racional do patrimônio natural. Trata-se de um princípio

⁷⁰ BENJAMIS, Antonio Herman> constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. Ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

⁷¹ CAPELLA, Vicente Bellver. ECOLOGIA. De las razones a los derechos. Granada: Ecorama, 1994.



inserido nos objetivos da Magna Carta de 1988 ao prever em seu artigo 3º, I “a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria”.

É, entretanto, o princípio da solidariedade, um dos grandes desafios aos juristas, devido, principalmente, a teoria do risco, na medida em que demanda relacionamento entre diversas gerações, o que torna a temática complexa. Nunca se sabe o que está por vir, ou melhor, quem habitara o planeta num futuro muito além dos dias de hoje; as consequências remotas que nossas ações atuais provocarão nesses habitantes incertos e os tipos de preferência aditados por tais gerações”. Pois, a falta de consciência local e global, no que concerne as consequências dos impactos negativos ao meio ambiente é uma das causas mais graves da problemática ambiental.

Ademais, os imperativos jurídicos-ambientais que buscam efetivar o Estado de Direito Ambiental não atingirão sua positividade, mesmo recepcionados pela Constituição Federal e estruturados por princípios se a sociedade não despertar para sua função e dever de integração, prevenção precaução e solidariedade, enfatizada no trabalho.

2 AGRICULTURA FAMILIAR

A partir do ponto de vista do princípio da solidariedade, o presente trabalho procura relacionar a agricultura familiar como instrumento viabilizador de desenvolvimento do Estado de Direito Ambiental, pois devido a complexidade da concretização do referido Estado ao entrelaçar dever da sociedade e racionalidade jurídica, adquirindo assim, o tema, um caráter transdisciplinar.

Destaca-se a função social da agricultura familiar para então, atribuir seu caráter solidário na busca pelo Estado de Direito Ambiental.

Conforme assegura LEHFELD.

sociais da propriedade a agricultura familiar ganha especial trata-se de atividade que deve ser protegida, fomentada e compatibilizada com a proteção ambiental, na medida em que possibilita a subsistência de um grande numero de famílias e ao mesmo tempo,



pode se tornar um excelente instrumento para a implantação de boas praticas voltadas a preservação do meio ambiente.⁷²

Portanto, além de uma função social, destaca-se a agricultura familiar por uma função socioambiental. Importante ressaltar que a função socioambiental

especialmente em razão da tutela dos bens ambientais como florestas e demais formas de vegetação nativa, passou a informar toda a politica agrícola, já que não é mais possível contrato agrário sem clausula de preservação, não é mais possível entender a propriedade agraria e sua utilização sem limites impostos pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, como solenemente declara a constituição cidadã (NOME, Ano, p.).

Ainda sobre a função socioambiental, Lehfeld⁷³ relata que “impõe a sustentabilidade no uso de recursos naturais quando do processo produtividade, especialmente agropecuário”. Nesse sentido é que se observa agricultura familiar como instrumento viabilizador do Estado de Direito Ambiental, sob o enfoque do principio da solidariedade, pois desenvolve praticas saudáveis em sua produção, por exemplo, ao se evitar demandas altas de agrotóxicos por se tratar de agricultura local e, portanto, de fácil venda não torando precíveis os alimentos produzidos naturalmente. Assim, na contramão na agricultura industrial, atingindo o ideário de prevenção para o bem comum da coletividade e gerações futuras.

Ainda, a agricultura familiar é caracterizada como agricultura de vizinhança, em que há uma troca de experiências e contatos entre os produtores que auxiliam no desenvolvimento promissor e de menor impacto no meio ambiente. As linhas de financiamento diferenciadas também auxiliam na preservação e recuperação de áreas pequenas, juntamente com benefícios disponibilizados pelo Novo Código Florestal que integram desenvolvimento econômico e sustentável.

CONCLUSÃO

⁷² LEHFELD, Lucas de Souza. Código florestal comentado e anotado (artigo por artigo). Lucas de Souza Lehfeld, Nathan castelo Branco, Leonardo Iper Nassif Balbim, 2ª ed. Ver. Atual-são Paulo: método.

⁷³ LEHFELD, Lucas de Souza. Código florestal comentado e anotado (artigo por artigo). Lucas de Souza Lehfeld, Nathan castelo Branco, Leonardo Iper Nassif Balbim, 2ª ed. Ver. Atual-são Paulo: método



A agricultura familiar é elo de ligação entre agricultura sustentável, função social da propriedade e desenvolvimento do Estado de Direito Ambiental por ser pautada pelas características do princípio da solidariedade e em destaque, a cooperação dos produtores como ser observado na produção familiar, o uso reduzido de agrotóxicos, preservando a agrobiodiversidade para futuras gerações e a troca de experiências socioambientais por se tratar de agricultura de vizinhança.

É claro que o nome dado a um Estado não transformara a realidade do dia para a noite, mesmo com todos mecanismos jurídicos desenvolvidos e fundamentados na Magna Carta. O que pretende é buscar o fortalecimento de um novo olhar, de uma consciência ecológica, de diferentes funções, metas e tarefas que possam e devam ser utilizadas pelo Poder Público e pela coletividade na concretização desse Estado de Direito Ambiental, a partir do entendimento do princípio da solidariedade.

Em se tratando de agricultura familiar, o paradigma se torna possível de ser efetivado na atual necessidade da pos-modernidade e complexidade social. Não se nega, entretanto, as dificuldades de efetivação, com elementos integrantes sólidos e adequados, a fim de que sejam implementados pelo Estados hodiernos na concretização do novo princípio-base da solidariedade e do valor da sustentabilidade inculcados na agricultura familiar.

REFERÊNCIAS

BENJAMIS, Antonio Herman> constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. Ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

CAPELLA, Vicente Bellver. ECOLOGIA. De las razones a los derechos. Granada: Ecorama, 1994.

LEHFELD, Lucas de Souza. Código florestal comentado e anotado (artigo por artigo). Lucas de Souza Lehfeld, Nathan Castelo Branco, Leonardo Isper Nassif Balbim, 2ª ed. Ver. Atual-são Paulo: método



**A META 18 DO CNJ NA DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA:
UMA ANÁLISE SOBRE A PRODUTIVIDADE JURISDICIONAL
BRASILEIRA**

**TARGET 18 OF CNJ IN DEFENSE OF PROBITY IN PUBLIC
ADMINISTRATION: AN ANALYSIS OF BRAZILIAN JUDICIAL
PRODUCTIVITY**

Luiz Eugenio Scarpino Junior⁷⁴
Sebastião Sérgio da Silveira⁷⁵
Ticiani Garbellini Barbosa Lima⁷⁶

RESUMO: A atuação institucional do CNJ revela e justifica o seu papel no aperfeiçoamento no Judiciário nacional. A contemporaneidade cobra o preço na exigência de celeridade processual. Decorre daí o estabelecimento de Metas aos Tribunais, sendo que ora objeto de estudo, a de número 18, que cuida da proteção dos direitos do cidadão e da probidade administrativa. A meta n. 18 revela que a Justiça brasileira deverá identificar e julgar até 31/12/2013 todas as ações de improbidades administrativas distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), à Justiça Federal e aos estados até 31 de dezembro de 2011. Este estudo analisa a inferência desta Meta nos trinta e dois Tribunais Regionais e de Justiça do Brasil mais o Superior Tribunal de Justiça, traçando um comparativo dos cinco melhores e piores quanto à diminuição de processos em estoque. O desafio, longe de ser superado com a auspiciosa Meta 18, não deve ser visto apenas sob a ótica da melhoria da produtividade na redução dos acervos dos Tribunais. Uma preocupação insuperável é que seja velada a celeridade jurisdicional de forma a harmonizar também a efetividade e segurança jurídica – sendo estas ainda incomensuráveis.

⁷⁴ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania/UNAERP; Pós Graduado em Gerente de Cidade/FAAP, Gestão Jurídica de Empresas/UNESP, Direito Eleitoral/UNISUL; Graduando em Administração Pública/UFSJ; Professor UNAERP/Graduação, FAAP/Pós-Graduação; Advogado.

⁷⁵ Mestre e Doutor pela PUC-SP, Pós Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UNAERP; Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP); Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

⁷⁶ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Possui vínculo de pesquisa pela CAPES. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP.



PALAVRAS-CHAVE: Probidade Administrativa. CNJ. Meta 18.

ABSTRACT: The institutional role of CNJ reveals and justifies its role in improving the national judiciary. The contemporary charges price in demanding speedy trial. It follows the establishment of Targets to the Brazilian Courts being that now the object of study, the number 18, that addresses the protection of civil rights and probity in public administration. The target n. 18 reveals that the Justice should identify and prosecute all actions until December 31, 2013 administrative malfeasance distributed to the Superior Court of Justice (STJ), the Federal Court and the states until December 31, 2011. This study analyzes the implication of this target in the thirty-two 1 Courts of Justice of Brazil and even the Superior Court of Justice, drawing a comparison of best and worst in regard to reduction of cases in stock. Critical exceptions were made of the qualitative control of the decisions from the perspective of effectiveness and legal certainty. Unsurpassed concern is that the court expeditiously in order to also harmonize the effectiveness and legal certainty is observed - and these still immeasurable.

KEYWORDS: Probity in public Administration. CNJ. Target 18.

INTRODUÇÃO

A probidade administrativa é um dever do administrador público⁷⁷ e daqueles que lidam com a coisa pública (inclusive particulares), sendo que o ímprobo, o desonesto, responderá, na forma da lei (8.249/92), consoante estatuí a Constituição Federal (art. 37, §4º). Referida apuração, demanda um processo judicial rigoroso, dotado de inúmeras fases a bem de preservar o devido processo legal, a desafiar, inclusive, a efetividade e agilidade das decisões judiciais (art.5º, LXXVIII, CF).

O Conselho Nacional da Justiça (CNJ), como sabido, foi criado através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, como órgão integrante do Poder Judiciário cuja previsão está insculpida nos artigos 92, I-A e 103-A da Carta. Como assenta Flávio Pansieri, “o Conselho se converteu em um órgão de composição híbrida e democrática, que tem por objetivo precípua a proposição de medidas para o aperfeiçoamento da Justiça brasileira, além de sua função

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 65.



correcional⁷⁸.” No afã de exercer o controle da atuação administrativa (art. 103-B, §4º, CF), inicia o esforço com o desenvolvimento de Metas, objetivando nivelar a atuação dos Tribunais sob sua alçada. Esta maneira de atuar se iniciou no final de 2009 com o estabelecimento da Meta 2, objetivando o julgamento dos processos judiciais mais antigos. Daí, para a evolução de outras Metas, foi uma decorrência natural.

Por conta da reunião ocorrida no 6º Encontro Nacional, no ano de 2012, definiu-se o que ora se denomina a Meta 18, tendo como alvo a proteção dos direitos do cidadão e da probidade administrativa⁷⁹. Não se deve olvidar que a temática defesa da probidade administrativa restou institucionalizada também nas metas 16 e 17 que, respectivamente, buscam o fortalecimento dos instrumentos de controle interno dos tribunais e desenvolver, nacionalmente, sistemas efetivos de licitação e contratos.⁸⁰

Os esforços no atingimento de melhores índices da Meta 18, restaram evoluídos, atualmente, na renumeração da Meta 18 para Meta 4, em que se busca que na Justiça Estadual, a Justiça Militar da União e os Tribunais de Justiça Militar Estaduais, deverão julgar as ações distribuídas até 31 de dezembro de 2012, e a Justiça Federal e no STJ, 100% das ações distribuídas até 31 de dezembro de 2011 e 50% das ações distribuídas em 2012.⁸¹ Enuncia-se, neste estudo, como a Meta 18 veio a influenciar no controle na produtividade dos Tribunais nas ações de improbidades administrativas.

1 A IDENTIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA META 18 NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A meta n. 18 revela que a Justiça brasileira deverá identificar e julgar até 31/12/2013 todas as ações de improbidades administrativas distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça

⁷⁸ PANSIERI, Flávio. Comentário ao artigo 103-B In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 p. 1436.

⁷⁹ Conselho Nacional da Justiça, Metas Nacionais, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metlas>>. Acesso em: 8 out. 2014.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Conselho Nacional da Justiça, Metas Nacionais, op. cit.



(STJ), à Justiça Federal e aos estados até 31 de dezembro de 2011. Vale dizer que referida Meta também busca o alcance das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, no entanto, o foco deste estudo são as ações de improbidade administrativas. A seguir, far-se-á a apresentação de quadro comparativo em 3 (três) blocos, sendo o primeiro e terceiro quanto aos melhores desempenhos no que se refere ao cumprimento da Meta 18, e, na tabela 2, os índices ostentados pelo Superior Tribunal de Justiça. Foram extraídos dados do próprio Conselho Nacional da Justiça⁸², atualizado até 8.10.2014, comparando-se as 32 (trinta e duas) Cortes Brasileiras, incluindo os 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais e os 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal.

Acerca do atendimento da Meta 18, identifica-se que os 5 (cinco) melhores índices de atendimento ocorrem nos seguintes Tribunais:

Tabela 1 - Melhores Tribunais em percentual de atendimento da Meta 18

Tribunal	Alvo	julgados em 2012	julgados em 2013	julgados	Pendentes	% cumprimento	Ranking Brasil
TRF3	845	565	260	825	20	97,63%	1º
TJAP	268	189	51	240	28	89,55%	2º
TRF5	1757	863	670	1533	224	87,25%	3º
TJAC	140	88	26	114	26	81,43%	4º
TJMS	539	305	93	398	141	73,84%	5º

Em números de processos julgados, dentre aqueles que ostentam maiores índices, destaque positivo para o esforço dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 5ª Região, que estão em primeiro e terceiro, respectivamente, no ranking de atendimento da Meta 18. Os Tribunais de Justiça do Amapá e Acre ostentavam números relativamente baixo de processos de improbidade

⁸² Conselho Nacional da Justiça. Relatório da Meta 18. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/metas2013/docs/relatorio_meta18_combate_a_corrupcao.pdf>. Acesso em: 8 out. 2014.



administrativa em seu acervo, o que refletiu num atendimento mais favorecido da Meta 18. Como paradigma, destaque para desempenho estatístico razoável do Superior Tribunal de Justiça:

Tabela 2 – O STJ e a Meta 18

Tribunal	Alvo	julgados em 2012	julgados em 2013	julgados	Pendentes	% cumprimento
STJ	1027	396	370	766	261	74,59%

Deve ser melhor investigado, entretanto, o razoável atendimento da Meta 18 pelo STJ (um dos melhores do país). Isso porque, diante do alto volume de processos julgados, é de se perquirir se a utilização do que se costumeiramente denomina de jurisprudência defensiva⁸³, pode ser uma das causas dos altos índices de produtividade. Daí que, o resultado amplamente favorável pode se dar não pelo julgado de mérito dos recursos (o que nem sempre é possível, em se tratando de uma Instância Especial e limitado espectro de recorribilidade), mas sim pelos óbices processuais que aniquilam o feito prematuramente.

Destaques negativos, segundo os indicadores da Meta 18, cabem aos seguintes Tribunais, comparativamente aos 32 (trinta e dois), iniciando-se do que ostenta o pior indicador, dentre os últimos 5 (cinco) colocados:

Tabela 3 - Piores Tribunais em percentual de atendimento da Meta 18

Tribunal	Alvo	julgados em 2012	julgados em 2013	Julgados	Pendentes	% cumprimento	Ranking Brasil
----------	------	------------------------	------------------------	----------	-----------	------------------	-------------------

⁸³ Vide reflexões do professor José Rogério Cruz e Tucci in *Consultor Jurídico*, Um basta à jurisprudência defensiva. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 10 out. 2014.



TJBA	2234	62	80	142	2092	6,36%	32°
TJPI	851	30	76	106	745	12,46%	31°
TJMG	4172	772	408	1180	2992	28,28%	30°
TJMT	1089	181	143	324	765	29,75%	29°
TJAM	655	164	31	195	460	29,77%	28°

O índice de produtividade do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) é disparado, o de menor apresentado. Em termos quantitativos, o TJBA nem é o que apresentado o maior acervo alvo. Em termos comparativos, para trazer dois Tribunais com melhores indicadores, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possuía 5321 processos alvo da Meta e conseguiu atingir 59,56%. Embora menos produtivo, e fora dos cinco piores, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região com 5298 processos alvo, conseguiu atingir 36,62%. Pelo apresentado, os Tribunais de Justiça do Piauí e Amazonas, mesmo tendo poucos processos alvo, apresentam um baixo índice de produtividade. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mesmo tendo um acervo elevado, e tendo conseguido julgar 1180 casos, ainda assim, denota um índice bem abaixo na média nacional, e com índice bem aquém da média de outras Cortes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É papel institucional do CNJ velar pela mitigação da demora na prestação jurisdicional, que é um dos males que acometem o Poder Judiciário⁸⁴. Neste sentido, a Meta 18 serve para exigir um nivelamento na atuação jurisdicional brasileira – cujos índices apresentados neste estudo revelam um aproveitamento díspar -, notadamente pelo senso de impunidade que paira àqueles que malferem a coisa pública. O desafio, longe de ser superado com a auspiciosa Meta 18, não deve ser visto apenas sob a ótica da melhoria da produtividade na redução dos acervos dos Tribunais. Uma preocupação insuperável é que seja velada a celeridade jurisdicional de forma a harmonizar também a efetividade e segurança jurídica – sendo estas ainda incomensuráveis.

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 938.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional da Justiça, Metas Nacionais. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 8 out. 2014.

_____. Conselho Nacional da Justiça. Relatório da Meta 18. Disponível em
<http://www.cnj.jus.br/metas2013/docs/relatorio_meta18_combate_a_corrupcao.pdf>. Acesso em 8 out. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo, Altas, 2014, p. 65.

PANSIERI, Flávio. **Comentário ao artigo 103-B** In: CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1436.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 938.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Consultor Jurídico**, Um basta à jurisprudência defensiva. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 10 out. 2014.



**O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA COMO FERRAMENTA INSUPERÁVEL DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFICÁCIA NA DEFESA DA
MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

**THE DUE PROCESS OF LAW IN LEGAL ADMINISTRATIVE AND THE
EFFECTIVENESS MISCONDUCT IN DEFENSE OF ADMINISTRATIVE
MORALITY**

Ticiani Garbellini Barbosa Lima⁸⁵
Luiz Eugenio Scarpino Junior⁸⁶
Sebastião Sérgio da Silveira⁸⁷

RESUMO: O julgamento dos casos que envolvem questões relacionadas a moralidade administrativa, compreendem desde o princípio até a consecução do Estado Democrático de Direito. A preocupação com os direitos, garantias e proteção dos indivíduos é o núcleo de proteção da moralidade administrativa que garante a população que seu representante estatal vai cumprir com todas as obrigações legais e de modo honesto, respeitando assim a moral, cumprindo com os interesses da Administração Pública e de cidadania. Decorrente do Grupo de Pesquisa intitulado “Instrumentos de proteção da moralidade e patrimônio público”, é que se busca a compreensão dos atuais instrumentos, principalmente as processuais, disponíveis para a sua tutela, além do cenário atual de sua efetivação.

No presente trabalho pretende-se abordar o procedimento previsto na legislação para realizar o julgamento dos casos que tutelam o patrimônio público e a moralidade administrativa, respeitando o devido processo legal.

⁸⁵ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Possui vínculo de pesquisa pela CAPES. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP.

⁸⁶ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania/UNAERP; Pós Graduado em Gerente de Cidade/FAAP, Gestão Jurídica de Empresas/UNESP, Direito Eleitoral/UNISUL; Graduando em Administração Pública/UFSJ; Professor UNAERP/Graduação, FAAP/Pós-Graduação;

⁸⁷ Mestre e Doutor pela PUC-SP, Pós Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UNAERP; Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP); Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.



Cabe ressaltar que não existe pretensão de exaurir o ponto abordado, sendo apenas reflexões sobre o tema, sobretudo utilizando material normativo, doutrinário e o procedimento da legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Moralidade Administrativa; Cidadania; Conselho Nacional de Justiça.

ABSTRACT: The trial of cases involving issues related to administrative morality, understand from the beginning to the achievement of a democratic state. The concern with the rights, guarantees and protection of individuals is the core protection of administrative morality which ensures that your state representative population will comply with all legal obligations and honestly, respecting the moral, fulfilling the interests of Directors public and citizenship.

This study addresses the procedure laid down in the legislation of trial cases that safeguard public property and to administrative morality, respecting due process.

Note that there is no claim to exhaust the point approached, only reflections on the topic, especially using normative material, doctrinal and procedure of legislation.

KEYWORDS: administrative Morality; citizenship; national council of justice.

INTRODUÇÃO

A moralidade administrativa e o patrimônio público têm sido colocados como uma nova fronteira do Direito Administrativo e, como grande anseio das sociedades contemporâneas. No Brasil, a moralidade tem sido considerada o fundamento ético da existência do Estado Democrático de Direito e principal referencial de proteção do patrimônio público e, por tal, foi erigida à condição de interesse difuso.

Como uma garantia da legitimação da vontade, o tratamento da moralidade administrativa consiste em tratar o desvio de poder ou de finalidade, sendo justo o uso do poder estatal pelos dirigentes, desde que utilizado com respeito perante a sociedade e os cidadãos individualmente, que no caso de desrespeito podem utilizar da via administrativa ou judicial para garantir a eficácia da defesa efetiva da integridade administrativa.

Sem dúvida o controle da moralidade administrativa é fundamental para ampliar a aceitação do Poder Público pela sociedade que o justifica e sustenta, proporcionando também renovar os níveis morais no âmbito da Administração Pública, perante a sociedade, agindo de acordo com as finalidades públicas legítimas.



Tem-se, então, que essa tutela jurídica punitiva, construída como mecanismo de defesa do patrimônio público, possui um valor fundamental, assegurado pelo Estado e essencial à sua própria sobrevivência, respeitando sempre o devido processo legal.

Decorrente do Grupo de Pesquisa intitulado “Instrumentos de proteção da moralidade e patrimônio público”, é que se busca a compreensão dos atuais instrumentos, principalmente as processuais, disponíveis para a sua tutela, além do cenário atual de sua efetivação. No caso em concreto, buscar-se-á uma leitura acerca do instrumento que se acoberta para a persecução de processos envolvendo a ofensa à probidade administrativa.

DESENVOLVIMENTO

Em decorrência do disposto no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, foi confeccionada em 1992, a Lei nº 8.429, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, doravante denominada LIA, que tipifica os atos de improbidade administrativa.

Seus atos podem ser divididos em três categorias: sendo eles os que causam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

A instrução do instrumento utilizado, tem previsão na própria Lei, que versa sobre a petição inicial, no art. 17, § 6º, sendo a única previsão na Lei, devendo ser utilizado em conjunto com o art. 282 do Código de Processo Civil.

Seu procedimento permite que antes mesmo de receber a petição inicial, o juiz deverá ordenar a “notificação” do réu para que apresente sua defesa no prazo de 15 dias, que poderá acarretar no indeferimento ou não da petição inicial, nos termos do art. 17, § 8º.

A possibilidade da existência de defesa prévia dos réus proporciona a proteção do agente público contra acusações injustificadas e temerárias, bem como a própria Administração Pública, considerando-se ainda que o Poder Judiciário pode assim se proteger de eventuais aventuras jurídicas.

Contudo, tal fato, pode ser prejudicial ao réu, que se tiver sua defesa prévia negada e assim, o conseqüente seguimento da petição inicial, poderá, acarretar em seu pré-julgamento pela



população, com o entendimento de existir algum tipo de culpa do réu, já que ocorreu o recebimento da exordial.

A ação deve conseguir apresentar indícios mínimos sobre a existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de tais provas. Já a defesa prévia será acolhida em três situações, com a consequente rejeição da inicial: ato de improbidade inexistente; improcedência da ação; ou se for considerada que a via eleita é inadequada.

Importante destacar, que com a citação do réu, o prazo poderá ser utilizado para contestar, apresentar exceções rituais, entre outras opções.

Na instrução probatória existe a previsão de prova oral e as autoridades têm a prerrogativa de serem inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados entre elas e o magistrado.

Segundo o dispositivo legal, Presidente, Vice-Presidente, presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, neste caso as perguntas, poderão ser formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes sendo transmitidas por ofício, trata-se da chamada “prova documentada”.

No caso de procedência da ação, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, juntamente com o proveito patrimonial que pode ter sido obtido pelo agente para decidir a condenação que será aplicada ao caso concreto.

De acordo com o devido processo legal, o processo deve ser adequado para atender a natureza do direito em discussão, assim, no Brasil não existem garantias processuais explícitas para os acusados de ilícitos de improbidade, mas utilizando o devido processo legal podemos observar que o Estado não pode praticar arbitrariedades.

O devido processo legal é aquele em que é assegurado o direito ao contraditório e a ampla defesa, cumprindo assim determinação da Carta Magna.

Contudo, em alguns casos cabe ao magistrado perceber se houve ou não o desrespeito a tal princípio, se o juiz determina a citação do réu, sem observar a exigência prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, a parte prejudicada deve recorrer no tempo e modo oportunos, sob pena de preclusão.



Portanto, além do artigo 5º, LIV, há outro fundamento constitucional para tal princípio, sendo o art. 3º, I, da Constituição Federal que prevê como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, assim nada mais justo que exigir o respeito e cumprimento dos pilares da Administração Pública, respeitando assim a cidadania.

CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou alguns pontos com relação ao desenvolvimento e as características próprias utilizadas nos processos regulados pela Lei de Improbidade Administrativa.

Mesmo com todas as particularidades de tal instrumento, importante ressaltar a importância e o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Observa-se que mesmo se ocorrer o desrespeito ao rito processual previsto no art. 17, § 7º da Lei 8.429/1992, uma vez que não determinarem a prévia notificação do réu para apresentar defesa, existe a possibilidade de impugnar a falta de notificação prévia no momento oportuno – e mais, a análise detida acerca do teor da defesa prévia – cuja sistemática de processamento se assemelha à etapa do processo penal.

Todos os mecanismos possibilitam o desenrolar da ação visando o melhor para sociedade, garantindo assim uma Administração Pública que respeite o cidadão e a coletividade, sendo possível responder pelos atos de improbidade administrativa e o desrespeito à moralidade, ao patrimônio público em âmbito judicial.

Saliente-se que o devido processo legal não pode ser utilizado como embaraço à efetivação da investigação e punição dos atos de improbidade, mas, sobretudo, como garantia do Estado Democrático de Direito quando impinge aos agentes públicos e terceiros que com ele se relacionem, as duras punições da LIA – das quais, podem sobrepujar, no aspecto político e patrimonial às reprimendas de condenações no âmbito criminal.



REFERÊNCIAS

- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2012.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários à lei de improbidade administrativa.** 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2012.
- NEVES, Daniel Amarom Assumpção. **Manual de improbidade administrativa.** São Paulo: Método, 2012.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas.** São Paulo: Atlas, 2002.



O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO E SUA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

MORAL HARASSMENT IN LABOR AND ITS INFRINGEMENT OF PERSONALITY RIGHTS

Rodrigo Guilherme Tomaz
Gamaliel Faleiros Cardoso Filho
Merhej Najm Neto
Denilson de Souza Moreira
Maria Paula Alves Faria
Orientador: Ricardo dos Reis Silveira

RESUMO: Este artigo tem como finalidade promover, na relação empregatícia, um acoplamento com o direito da personalidade e suas consequências no ambiente familiar, abordando a discriminação verificada nas relações de emprego, direito e intimidade, que se aplica ao empregado na forma de exames médicos, atestados de precedentes e assédio moral ou sexual. O estudo também pretende evidenciar o direito da personalidade como direito previsto na Constituição Federal, no Código Civil e em demais dispositivos internacionais, correlacionando seu desmembramento no âmbito jurídico trabalhista. No liame apresentado, é indispensável conferir a relevância dada aos aspectos do direito da personalidade como representação direta dos direitos humanos e relacioná-los aos direitos trabalhistas para que haja uma implementação de um programa social que vise à proteção do trabalhador e de sua família. A reflexão do tema denota demasiada importância, possuindo natureza multidisciplinar envolvendo várias áreas do direito e faticamente tem-se uma gama enorme de empregados vitimizados moralmente por seus empregadores tendo sua saúde física ou psíquica abalada o que desencadeia desarmonia no ambiente familiar.

PALAVRAS-CHAVE: direito de personalidade. relação de emprego. assédio moral. dignidade da pessoa humana. consequências do trabalho no ambiente familiar.

ABSTRACT: This article aims to promote an attachment between personality right and labor relations and their consequences inside the familiar environment, studying the certified discrimination in relations of work, right and intimacy, which applies to the employee in the form of medical exams, precedent certificates and moral or sexual harassment. This study also seeks to point out the personality right as legitimate right predicted in our Federal Constitution, in our Civil Code, and other international provisions, co-relating its schematics inside the juridical labor



field. It is mandatory to evaluate the relevance given to the aspects of the personality right as a direct representation of basic human rights and to relate them to labor rights so that there is an implementation of a social program aiming to provide protection to the worker and his/her family. The reflection of the theme denotes too much importance having multidisciplinary nature involving multiple areas of the law and fact has become a huge range of morally employees victimized by their employers with their physical or mental health which triggers shaken disharmony in the family environment.

KEYWORDS: personality right. employment relations. moral harassment. human person dignity. familiar environment labor consequences.

INTRODUÇÃO

No presente artigo pretende-se abordar algumas questões importantes que constituem a relação de trabalho que vincula-se ao respeito e proteção da dignidade da pessoa humana consubstanciado em nossa carta maior e conseqüentemente os direitos da personalidade do empregado, garantidos tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil.

A infração aos direitos fundamentais em forma de qualquer tipo de assédio moral no âmbito laboral conseqüentemente fere os direitos da personalidade do funcionário, algumas conseqüências, como verificamos no presente artigo, refletem substancialmente no ambiente familiar. Tal ambiente, também está protegido constitucionalmente pelo legislador originário, sendo dever do Estado zelar pelo ambiente familiar mantendo sua harmonia e paz.

Sendo assim a reflexão do tema denota demasiada importância, possuindo natureza multidisciplinar envolvendo várias áreas do direito e faticamente tem-se uma gama enorme de empregados vitimizados moralmente por seus empregadores tendo sua saúde física ou psíquica abalada o que desencadeia desarmonia no ambiente familiar.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos da personalidade positivados na Carta Maior de 1988 estariam, para alguns autores, intrinsecamente ligados ao homem, à sua própria natureza, por serem direitos fundamentais impassíveis de divisão, intimamente necessários para os desenvolvimentos



individual e social. A teoria *jusnaturalista* é sinteticamente definida por Alexandre de Moraes:

A teoria *jusnaturalista* fundamenta os direitos humanos em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens.⁸⁸

Assim sendo, de alguns direitos considerados como pertencentes à personalidade do indivíduo, destacam-se o direito à vida, à liberdade, ao nome, à imagem, à honra, às integridades física, moral e psíquica, à vida privada e à proteção da intimidade. Os direitos fundamentais e o direito à personalidade têm como principal objetivo a proteção da dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano [...].⁸⁹

Já no que tange o tão discutido momento em que se inicia a vida, cita-se o artigo 2º do Código Civil: “Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Dessa forma, o nascimento com vida é um requisito primordial para que o sujeito adquira direitos. Conforme descrito no próprio Código Civil, ao nascituro são garantidas condições especiais.

Então, com o nascimento, inicia-se o estado de pessoa, e sua personalidade jurídica se extingue, em regra, com a morte (real ou presumida).

Assim como preceituado por vários autores, os direitos à personalidade e os direitos humanos são intrínsecos à situação humana – são imutais, abstratos e inderrogáveis.

Desta forma, conclui-se que os direitos humanos (dentre eles o da personalidade) ultrapassam a esfera do direito positivado, estando ligados à própria condição humana; com isso, não é possível enumerá-los e colocá-los em um rol taxativo. Para Miguel Reale:

A pessoa, como costume dizer, é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico; os direitos da personalidade correspondem às

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 15.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 60



peças humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais, [...]. O importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um valor fundamental, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos.⁹⁰

É de grande valia observar que os direitos humanos são direitos que transcendem a pessoa. Por sua natureza fundamental, seu conteúdo é constituído de direitos e princípios universais válidos em todos os lugares e em qualquer tempo, mesmo que não estejam positivados juridicamente. Com isso, por consequência, entende-se que os direitos da personalidade também recebem essa característica de transcendentalidade, pois estão inatamente agregados à pessoa, protegendo sua dignidade nos aspectos físico, moral e intelectual.

No âmbito internacional, a *Declaração universal dos direitos humanos* (1948) tem relativa importância no que tange a liberdade e a proteção à intimidade, pois, em seu artigo 12, discorre: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.⁹¹

Por se tratar de um complexo sistema de normas protetivas (tanto coletivamente, como a proteção ao trabalhador, quanto individualmente), a nossa Constituição Federal, conjuntamente com as normas e princípios do direito do trabalho, são instrumentos normativos de garantias de tais direitos. O legislador constituinte originário protegeu de forma especial os incisos e alíneas que tratam das garantias fundamentais, classificando-as como cláusulas pétreas e não permitindo, assim, que o poder constituinte reformador suprima direitos já positivados na Carta Magna.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Um dos direitos humanos fundamentais – o direito da personalidade – é tutelado com

⁹⁰ REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 30 set 2014.

⁹¹ ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 30 set 2014.



o intuito principal de proteger o trabalhador nas relações de trabalho, visando a sempre resguardar as suas qualidades. Outro princípio fundamental para o trabalho é o princípio da dignidade da pessoa humana, que facilmente é lesionado quando não há a tutela do mesmo.

Ingo Sarlet nos faz refletir um pouco sobre a dignidade da pessoa humana: “a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção”.⁹² Canotilho discorre sobre alguns pontos de importante destaque: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão *jusnaturalista-universalista*); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados *espacio-temporalmente*”.⁹³

Com esse pensamento, infere-se que o ser humano não é um meio de utilização e submissão para a realização dos interesses de terceiros, mas que é um fim, tendo em sua essência a ideia de que a dignidade humana é superior a tudo, não podendo ser objeto de barganha ou suborno. Assim, a dignidade possui um valor absoluto, valor esse em que a pessoa merece um tratamento diferenciado e dotado de atenção e proteção.

É obrigação do empregador a tutela dos princípios básicos e fundamental para o trabalhador, para que esse possa trabalhar em harmonia com o ambiente ao qual foi submetido.

2.1 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para idealizar a proteção da dignidade humana do trabalhador, os direitos de personalidade são dotados de características especiais. Previstas no artigo 11 do Código Civil, tais características dos direitos de personalidade não são taxativas; portanto, o rol previsto no artigo não lista todas as características intrínsecas à segurança da personalidade do ser humano. Os direitos de personalidade são inatos ou originários, absolutos, ilimitados, intransmissíveis, imprescritíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis e vitalícios.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 71.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 369.



2.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO DO TRABALHO

A proteção aos direitos fundamentais da personalidade é normatizada pela própria Carta Magna, pela *Consolidação das leis do trabalho*, pelas leis trabalhistas esparsas e, finalmente, pelo direito civil – esse instaurador de uma tutela genérica da personalidade no âmbito da sociedade.

O Código Civil pode ser ainda invocado como ponto de referência no processo hermenêutico de interpretação e aplicabilidade das normas *justralhistas* pelo intérprete e aplicador do direito do trabalho. Porém, essa subsidiariedade somente pode ser utilizada como ponto de referência naquilo que não seja incompatível com os princípios do direito do trabalho e com os seus princípios constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites do poder do empregador encontram-se, além das quatro dimensões (diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar), nos princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador, consubstanciado nos direitos sociais e humanos, que tutelam os direitos enraizados no artigo 5º da nossa Carta Maior.

O desrespeito com as normas trabalhistas, os programas públicos precários e a falta de fiscalização acabam por incidir maior nível de estresse e abalo emocional dos trabalhadores.

Pelo princípio da preservação, o empregador deve reduzir ao máximo os riscos da atividade, evitar os diversos tipos de assédio moral e tratar o empregado com hombridade e respeito, propagando, assim, essa harmonia que refletirá positivamente no ambiente familiar.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 369.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 15.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. Disponível em:
<[http://www.miguelreale.com.br/artigos/ dirpers.htm](http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm)>. Acesso em: 30 set 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em:
<[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ ddh_bib_inter_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 30 set 2014.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DE MINORIAS



O PRESENTE DE GREGO DO ATUAL CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOBRE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

THE PRESENT OF GREEK IN CURRENT CONVENTIONALITY CONTROL OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

Marco Cesar de Carvalho

RESUMO: Este resumo procura demonstrar que, ao mesmo tempo em que nosso país evoluiu ao assegurar constitucionalmente que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal de 1988 não excluem outros decorrentes dos tratados ou convenções internacionais em que o Brasil seja parte, regrediu na forma de recepção destes, porque a partir da Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, acrescentando o parágrafo § 3º ao artigo 5º do texto constitucional, instituiu uma regra muito rígida de controle de convencionalidade destes tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o que contraria a importância destes. Até a EC 45/2004, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm assegurada sua aplicação imediata, mas reafirmou-se no Brasil uma dualidade de ordens jurídicas, uma interna e outra internacional, sendo que apenas 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 que não se compatibiliza com a importância dos direitos humanos. Portanto, até a EC 45/2004, todos os tratados e convenções sobre direitos humanos dos quais o país foi signatário, deveriam ser recebidos como emendas à constituição e não como normas supralegais, consoante o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de convencionalidade. Tratados e convenções internacionais. Direitos humanos. Recepção pelo texto constitucional.

ABSTRACT: This summary seeks to demonstrate that, at the same time that our country has evolved to ensure that constitutional rights and guarantees expressed in the 1988 Federal Constitution do not exclude others deriving from international treaties or conventions to which Brazil is a party, regressed in the form of receiving these because from the Constitutional Amendment (CA) 45/2004, adding a paragraph to article 5 § 3 of the Constitution, instituted a very strict rule of conventionality control these international treaties and conventions on human rights, which contradicts the importance of these. To the CA 45/2004, the provisions defining the rights and guarantees are assured immediate application, but reasserted itself in Brazil a duality of legal systems, one internal and one international, with only international treaties and conventions on human rights that are approved in each House of Congress, in two shifts, three fifths of the



votes of the respective members, will be equivalent to the constitutional amendments, which is not compatible with the importance of human rights. So, until the CA 45/2004, all treaties and conventions on human rights to which the country was a signatory, should be received as amendments to the constitution and not as standards that most legal, depending on the current understanding of the Supreme Court.

KEYWORDS: Conventionality control. International treaties and conventions. Human rights. Receipt by the constitutional text.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) em seu artigo 3º elenca os objetivos fundamentais de nossa República, a qual tem por fundamento, a dignidade da pessoa humana ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Inicialmente, a expressão direitos humanos ou direitos do homem: “é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.”⁹⁴, formando o “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito e sua dignidade[...]”.⁹⁵ Sendo fundamentais, na relação entre a pessoa e o Estado deve haver uma limitação do poder deste exatamente para preservar a liberdade individual e a posição constitucional de supremacia ou fundamentalidade, posto que: “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado [...]”.⁹⁶

Para a proteção e a efetividade dos direitos humanos, nasce a ciência dos direitos humanos consubstanciada numa disciplina inter-relacionada com outras, como a filosofia, a política, a sociologia e a economia, ao que se denominou Direito Internacional dos Direitos Humanos, já que estes direitos podiam ser universalizados a todos os seres humanos por serem

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002 (Coleção temas jurídicos ; 3). p. 39.

⁹⁶ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.



tão mínimos e básicos que toda pessoa, em qualquer lugar, deve ter esta proteção. Surge então, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da qual o Brasil é signatário, instituindo um verdadeiro código mundial de conduta, formador do Sistema Global de proteção dos direitos Humanos. Com efeito, a DUDH determina a adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, para assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Então, o Brasil assumiu um compromisso para que seus cidadãos possam gozar os direitos e as liberdades estabelecidos naquela declaração. É fato que a DUDH não estabeleceu qualquer órgão ou tribunal para a efetivação das normas de direito material que trouxe, mas, talvez, o seu artigo 30 tenha uma disposição mais importante ainda, porque estabelece uma regra interpretativa ou um princípio *pro homini*, segundo o qual sempre prevalece a regra que melhor proteja os direitos da pessoa humana, porque ressalta que nada e ninguém poderia utilizar seus preceitos exatamente para impedir, violar ou destruir os direitos e liberdades nela estabelecidos.

O Brasil tem firmado alguns tratados e convenções sobre direitos humanos, mas como estes instrumentos internacionais são recepcionados no nosso ordenamento? Destarte, este resumo tem como objetivo genérico abordar o tema da proteção dos direitos humanos e, como objetivo específico, a análise da forma de recepção pelo nosso ordenamento jurídico dos tratados e convenções internacionais, ou seja, como é feito o controle desta convencionalidade, o que será abordado a seguir.

1 A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Segundo a CF/88, os direitos e garantias fundamentais nela expressos, neles incluídos os direitos individuais e coletivos, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que nosso país seja parte, sendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e, que 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 (art. 5º, §§ 1º a 3º). Aqui se denota tanto a forma de recepção dos diplomas internacionais que tratam sobre direitos humanos, quanto a força jurídica ou eficácia dos mesmos para o direito público interno, porquanto são recebidos como Emendas Constitucionais.

No âmbito de nosso processo legislativo, não pode ser objeto de deliberação qualquer proposta de emenda à constituição que tente abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, CF/88). E até certo ponto, aqui houve uma evolução, até porque, antes da Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004, a chamada Reforma do Poder Judiciário, estes tratados e convenções internacionais, quando recepcionados, o eram como legislação infraconstitucional, porque foi exatamente esta emenda que acrescentou os parágrafos 3º e 4º ao artigo 5º da CF/88. Até em tão, conservadoramente, defendia-se a submissão dos tratados internacionais, sustentando que o conflito entre fontes internacionais e fontes nacionais deveria ser resolvido pelo Direito Constitucional de cada país, portanto, pelo direito interno: “Conclui-se, portanto, pela supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados e atos internacionais, mesmo que devidamente ratificados, e plena possibilidade de seu controle de constitucionalidade.”⁹⁷. Aqui, então, e neste momento, prevalecia no Supremo Tribunal Federal (STF) que esses tratados tinham a posição hierárquica de lei, porquanto não existiria primazia hierárquico-normativa dos tratados sobre o direito positivo interno.

Entendimento contrário e muito consistente, ou seja, a favor da aplicabilidade imediata da norma mais protetiva, no tocante ao alcance das obrigações convencionais internacionais de proteção no plano do direito interno, dispõe que: “[...] na solução de casos concretos, a primazia é da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna.”⁹⁸. De sorte que a doutrina predominante entende que o Brasil adota a corrente dualista, havendo duas ordens jurídicas diversas, uma interna e outra

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002 (Coleção temas jurídicos ; 3). p. 306.

⁹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Vol. 1. p. 6.



internacional: “a Constituição adota um sistema jurídico misto, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática de incorporação automática, enquanto, para os tratados tradicionais, acolhe a sistemática da incorporação não automática”.⁹⁹

Mas diversamente, e com base exatamente no § 1º do art. 5º da CF/88, sustenta-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, até mesmo em observância ao princípio *pro homini*. Ressaltando quanto à forma de resolução de conflito entre normas internacionais e internas sobre direitos humanos, a evolução da doutrina da tese da norma mais favorável, destacando-se que: “há de prevalecer sempre a mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico”.¹⁰⁰ Sob a vigência da EC 45/2004, e até a presente data, somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é decorrente do §3º do artigo 5º da CF/88 (Protocolo Facultativo assinado em Nova Iorque, em 30/3/2007, promulgado posteriormente pelo Presidente da República através do Decreto nº 6.949, de 25/8/2009). A crítica é que essa nova forma de incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil é tida como um retrocesso: “A introdução dessa norma foi julgada pela doutrina de forma negativa tanto do ponto de vista jurídico-dogmático como do ponto de vista político-constitucional, sendo qualificada com termos como ‘catastrófica’ e ‘precária’”.¹⁰¹

Então, esses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que eram recepcionados pela interpretação do STF como lei ordinária, passaram a ser recepcionados como uma forma sequer prevista no processo legislativo, como uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional por causa exatamente da exigência do referido §3º do artigo 5º da CF/88 – taí o presente de grego que nos foi dado pela EC 45/2004. Ora, exemplificativamente, se o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) foi recepcionado pela CF/88 como lei complementar porque à época (CF/67) não havia tal espécie de diploma legal, por que um tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos não deveria ser recepcionado como uma

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.

¹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 45.



Emenda à Constituição? Se antes estes tratados tinham a hierarquia de lei ordinária, a partir de então o STF passou a recepcioná-los com hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, prevalecendo o posicionamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (HC 94.013/SP sobre a recepção do Pacto de San José da Costa Rica), com base no ordenamento alemão (Lei Fundamental de Bonn).

Mas uma norma supralegal não existe no nosso ordenamento jurídico, segundo o artigo 59 da CF/88 – eis o cavalo de Tróia, já que a EC 45/2004 deveria reconhecer que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, até então ratificados pelo Brasil, seriam recepcionados com força de Emenda Constitucional, e que os demais temas ou, então, que os posteriores, seguissem o regramento do §3º do artigo 5º da CF/88. Superando a mudança de posição hierárquica – de lei ordinária para supralegal – explica-se que:

Formaram-se na Corte duas posições: uma perfilhada pelo Ministro Celso de Mello – que reviu seu posicionamento anterior sobre o assunto –, reconhece a estatura constitucional aos referidos tratados; outra, majoritária, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, lhes atribui hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. Em julgados subsequentes, essa nova orientação se consolidou.¹⁰²

Com as mudanças introduzidas em relação à forma de incorporação dos tratados, demonstra-se que há, então, duas categorias de tratados internacionais que incorporam ao direito brasileiro normas de direitos humanos:

A primeira categoria compreende os tratados que serão aprovados segundo o procedimento das emendas constitucionais equivalendo formalmente a essas.

[...]

A segunda categoria compreende os tratados aprovados por maioria simples do Congresso Nacional. Têm força jurídica de lei ordinária e podem ser derogados ou abrogados mediante lei posterior.¹⁰³

O que mostra o quão o Brasil ainda está atrasado na promoção e na proteção dos direitos humanos, e mais ainda na recepção de tratados internacionais para a sua efetivação, afinal, nosso país tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, regendo-se na ordem

¹⁰² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 51.

¹⁰³ DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 50.



internacional pela prevalência dos direitos humanos. Portanto, antes e mesmo depois da EC 45/2004, todos os tratados e convenções sobre direitos humanos dos quais o Brasil foi signatário, deveriam ser recebidos como Emendas à Constituição e não como normas supralegais, consoante o entendimento atual do STF, espécie normativa que sequer existe em nosso ordenamento jurídico, porque seriam hierarquicamente superiores à lei e inferiores a uma norma constitucional, portanto, infraconstitucionais, constituindo um verdadeiro cavalo de Tróia introduzido pela EC 45/2004 como forma de controle de convencionalidade, dificultando a recepção destes importantes instrumentos para a proteção dos direitos humanos no Brasil, até porque não passam a integrar o chamado bloco de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Vol. 1. pp. 3-55.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002 (Coleção temas jurídicos;3).

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

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



OS DESAFIOS DOS DIREITOS SOCIAIS DIANTE DA CRISE ECONÔMICA MUNDIAL



AS IMPLICAÇÕES DA GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

THE IMPLICATIONS OF GLOBALIZATION IN THE CONTEMPORARY WORLD

Juliana Giovanetti Pereira da Silva¹⁰⁴

Apolo Antunes Filho¹⁰⁵

Orientadora Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis¹⁰⁶

RESUMO: O presente resumo pretende abordar o fenômeno da globalização, bem como suas principais implicações no mundo contemporâneo. Dessa maneira, em um primeiro momento direcionamos nossa abordagem ao conceito deste fenômeno, após adentramos a contemporaneidade e as implicações decorrentes desse mundo globalizado na sociedade atual, como o surgimento das empresas transnacionais, a perda de soberania dos Estados-Nações, a atuação crescente das Organizações Não Governamentais, a porosidade das fronteiras, dentre outras repercussões sociais. Nesse contexto, fenômeno da globalização acarretou uma verdadeira redimensionalização nas noções de espaço e de tempo, possibilitando que pessoas, notícias, capitais, novos produtos, dentre outras coisas, circulem o mundo com extrema rapidez. A partir disso, de modo totalmente dinâmico e revolucionário, a globalização fez com que a vida em sociedade fosse modificada por inteiro. Assim, o fenômeno da globalização reflete uma mudança de paradigma, ou seja, retrata um corte ocorrido no mundo com implicações muito além do âmbito econômico, atingindo a sociedade como um todo. Por isso, o tema é relevante, sendo esse o primeiro passo para o desenvolvimento de uma pesquisa. Em nosso caso, por ser um evento expressivo no âmbito acadêmico e que verdadeiramente toca a vida das pessoas, escolhemos este tema por ser muito caro à vida em sociedade. Do ponto de vista metodológico aplicou-se o método racional dedutivo, utilizando-se de deduções para a obtenção da conclusão, constatando-se que o fenômeno da globalização impôs uma mudança paradigmática quanto a nossa

¹⁰⁴* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Mestranda em Direito – UNIMEP. Advogada.

¹⁰⁵* Bacharel em Direito pela Faculdade Max Planck. Especialista em Docência do Ensino Superior. Mestrando em Direito.

¹⁰⁶* Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Mestrado em Educação Superior pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professora doutora da Universidade Metodista de Piracicaba.



identidade, quanto às relações interpessoais, quanto ao papel do direito e dos governantes na sociedade em que nos inserimos, interferindo diretamente na concepção que temos de mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Mundo contemporâneo. Implicações na sociedade.

ABSTRACT: This summary intends to address the phenomenon of globalization and their implications in the contemporary world. Thus, at first direct our approach to the concept of this phenomenon, after we entered the contemporary and the implications of this globalized world in today's society, such as the emergence of transnational corporations, the loss of sovereignty of nation-states, the growing role of Non-Governmental Organizations, the porosity of borders, among other social repercussions. In this context, the phenomenon of globalization has led to a real redimensionalização the notions of space and time, enabling people, news, capital, new products, among other things, moving the world with extreme rapidity. From this, fully dynamic and revolutionary way, globalization has made life in society was changed entirely. Thus, the phenomenon of globalization reflects a paradigm shift, ie, depicts a cut occurred in the world with implications far beyond the economic realm, reaching society as a whole. Therefore, the issue is relevant, this being the first step towards the development of a search. In our case, to be a significant event in the academic realm and that truly touches the lives of people, chose this theme because it is very expensive to live in society. From the methodological point of view applied the rational deductive method, using deductions to obtain the conclusion, if noting that the phenomenon of globalization has entailed a paradigm shift as our identity, interpersonal relationships, the role of the law and governing society in which we operate, directly interfering with conception we have of the world.

KEYWORDS: Globalization. Contemporary world. Implications in society.

INTRODUÇÃO

A análise da globalização e de suas implicações na sociedade contemporânea pressupõe uma abordagem interdisciplinar do tema, não restringindo essa apreciação a ótica do direito, nem mesmo dos economistas, tão pouco da ciência política ou das relações internacionais, mas sim, abarcando diversos ramos possíveis do conhecimento.¹⁰⁷ Isso ocorre porque o fenômeno da globalização envolve uma série de participantes em um cenário global.

Nesse contexto, o fenômeno da globalização acarretou uma verdadeira redimensionalização nas noções de espaço e de tempo, possibilitando que pessoas, notícias,

¹⁰⁷ ARNOUD, A. J. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p.13.



capitais, novos produtos, dentre outros, circulem o mundo com extrema rapidez.¹⁰⁸ A partir disso, de modo totalmente dinâmico e revolucionário, a globalização fez com que a vida em sociedade fosse modificada por inteiro. Quando se fala em direito, por sua vez, os efeitos da globalização também são muito visíveis. Hoje, há uma série de mecanismos internacionais que atuam diretamente na vida em comunidade. Esse aspecto, em particular, demonstra como a vida em sociedade não pode mais ser vista apenas como sendo um ato isolado da participação do homem em sua constituição.

Por isso, o tema é relevante, sendo esse o primeiro passo para o desenvolvimento de uma pesquisa. Em nosso caso, por ser um evento expressivo no âmbito acadêmico, escolhemos este tema por ser muito caro à vida em sociedade e com múltiplos reflexos na vida contemporânea.

1 A globalização

Antes de adentrarmos ao tema, faz-se necessário uma breve análise sobre o fenômeno da globalização em si, bem como de seu conceito, para que em seguida, possamos analisar suas implicações na sociedade contemporânea. Nesse contexto, o termo globalização foi inserido tanto no meio acadêmico, quanto no político, há pouco mais de vinte anos, sendo utilizado para se referir a um fluxo de capitais, pessoas e informações.¹⁰⁹

Assim, o fenômeno da globalização reflete uma mudança de paradigma, ou seja, retrata um corte ocorrido no mundo com implicações muito além do âmbito econômico, atingindo a sociedade como um todo. Desta feita, relevante são as considerações de Liszt Vieira sobre a amplitude da palavra:

O termo globalização se presta a várias interpretações. É visto como processo fatal e inescapável, ou como mera ideologia, propagandeada pelo Banco Mundial e pelos países dominantes, para servir aos interesses das empresas transnacionais.

¹⁰⁸ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 13.

¹⁰⁹ CAMPOS, Leandra A. Zonzini Justino. Os direitos humanos na nova “(des)ordem” econômica. In: MIALHE, J. L. (org.) **Ensaio do Direito Internacional: fundamentos, novos atores e integração regional**. Campinas: Millenium, 2009. p. 166-168;



Para outros, entretanto, trata-se de um fenômeno real que merece ser levado a sério e analisado com mais profundidade. Nesta perspectiva estão aqueles que vêem a globalização como um processo de homogeneização, isto é, de padronização e estandardização das atitudes e comportamentos em todo o mundo, colocando em risco a diversidade cultural da humanidade. A globalização é aqui compreendida principalmente em sua dimensão econômica dominante de interligação mundial de mercados.¹¹⁰

Corroborando com o tema, merece destaque o surgimento das grandes corporações, que são elemento fundamental para a remodelação do cenário emergente. Dessa maneira, essas corporações não se encontram fixadas em um determinado território, mas sim operando em diversas nações ao redor do planeta, refletindo o desconhecimento das fronteiras para o capital, que consiste em uma das implicações da globalização.¹¹¹

A globalização não se resume a expansão e circulação de capitais pelo mundo, descrevendo também implicações sociais, como, por exemplo, a criação e difusão das instituições supranacionais, preocupação com direitos humanos, meio ambiente, crescimento populacional¹¹². Após estes breves esclarecimentos quanto ao tema, cabe-nos adentrar as implicações deste fenômeno no mundo contemporâneo.

2 Implicações no mundo contemporâneo

Ao que se refere às implicações da globalização no mundo contemporâneo, cabe-nos salientar seus múltiplos reflexos, nos mais diversos campos: social, econômico, turístico, ambiental, criminal, dentre outros. Nesse sentido, uma das implicações ocasionadas foi o enfraquecimento dos Estados, acarretando o surgimento de uma legalidade supra-estatal, que emana de empresas transnacionais, detentoras do poder econômico.¹¹³ A partir disso, nos vemos inseridos em uma sociedade permeada pela “mundialização dos problemas”, que rompem as fronteiras nacionais, abarcando todo o globo, acarretando desigualdades sociais, degradações

¹¹⁰ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 69-70;

¹¹¹ STELZER, Joana. **Relações internacionais & globalização**: grandes desafios/ coord. Odete Maria de Oliveira. 2ª Ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999, p. 96-97.

¹¹² Idem, p. 72-80;

¹¹³ MIALHE, Jorge Luís. Relações Internacionais e Direito Internacional numa sociedade globalizada: breves anotações. In: MIALHE, J. L. (org.) **Ensaio do Direito Internacional**: fundamentos, novos atores e integração regional. Campinas: Millenium, 2009, p.23;



ambientais, imigrações ilegais, precarização das condições de trabalho e da remuneração, bem como desemprego estrutural, dentre outros infortúnios causados.

Assim são as lições de Jorge Luís Mialhe ao considerar que “a nova ordem mundial é paradoxal na medida em que as fronteiras físicas desaparecem para os mais ricos, mas são reforçadas para os mais pobres, convidados a guardar para si mesmos sua pobreza”.¹¹⁴ Denota-se que o progresso tecnológico, tornou as fronteiras porosas, vez que não existe mais fronteira para o fluxo de pessoas pelo mundo, para o fluxo de informações, para as telecomunicações, para a movimentação do capital, e também para os crimes como terrorismo, tráfico de drogas e de pessoas, demonstrando-se assim, que os Estados, antes detentores de intensa soberania, já não mais a conservam como antes. Isso reflete diretamente na notória substituição das sociedades nacionais pelas globais, conforme se denota da constante proliferação dos acordos geopolíticos entre os Estados, que abdicam de uma parcela de sua soberania em busca de seu fortalecimento nacional, internacional, comercial e político.

Podemos vislumbrar o fortalecimento de novos atores na militância internacional em prol da sociedade civil, mediante a participação cada vez mais ativa das Organizações Não Governamentais (ONGs), que buscam soluções as diversas mazelas que assolam a sociedade contemporânea, primando pela construção de mecanismos de cooperação internacional. Assim, na concepção de Arnaud¹¹⁵, as ONGs nunca foram tão fortes, principalmente as direcionadas a defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e da democracia, devido à intensa afetação dessas esferas após o avanço do global.

Ademais, com o processo de globalização em análise, os Estados tendem a se tornar atores incertos, com participação e influência cada vez mais diminuta. Esses passam a seguir os ditames do capital, aos interesses de grandes corporações, que estabelecem as regras do mercado através da intensa regulamentação privada, forçando-se que as estruturas jurídicas se adaptem ao novo modelo econômico e a nova constituição social.¹¹⁶

¹¹⁴ Idem, p. 23.

¹¹⁵ ARNOUD, A. J. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 33-35.

¹¹⁶ ARNOUD, A. J. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p.28.



No mesmo sentido, outros que se encontram diretamente afetados diante dessas mudanças econômicas são os governantes, que perdem cada vez mais poder para as empresas transnacionais, que ditam as “regras do jogo” em nome do capital. Assim, um dos grandes responsáveis por esse cenário em que nos encontramos inseridos são as corporações, vez que as antigas empresas multinacionais – reflexo de uma era “pré-global” – adquirem um intenso poder de negociação, buscando escapar das exigências do Estado, e a partir disso se tornam empresas transnacionais – reflexo de uma sociedade intensamente globalizada – e ditam regulações de acordo com suas necessidades, ou seja, objetivando o capital e o livre comércio¹¹⁷. Dessa maneira, a malha empresarial passa a ser diretamente afetada por essas corporações, pois se antes a empresa multinacional mantinha forte identidade com seu país de origem, a agora empresa transnacional perde esta característica e invade o mercado mundial desterritorializado, que agora se demonstra como um mercado global.¹¹⁸

Isso reflete, também, o processo de desterritorialização que vivemos, o qual acarreta uma profunda capacidade de desenraizar negócios, dilemas, movimentos sociais e uma gama de acontecimentos, que antes possuíam alcance meramente local, nacional ou regional, mas agora assolam todas as nações de forma indistinta. Esse desenraizamento não se restringe ao aspecto econômico, englobando também, as pessoas, vez que estas nunca deixaram seu local de nascimento com tanta facilidade e desapego, em busca de conhecer o mundo, elevando o turismo a um dos grandes propulsores do sistema mundial.

Não obstante, diante de todo esse contexto, visualizamos cada vez mais o declínio dos Estados-Nações, que buscam seu fortalecimento através da formação dos, já citados, blocos regionais e celebração de acordos sob o controle de organizações internacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização das Nações Unidas (ONU), dentre outros.¹¹⁹ Contudo, esses citados blocos econômicos apenas elaboram estratégias que visem à aceleração do mercado global, porém não

¹¹⁷ Idem, p. 33-35.

¹¹⁸ STELZER, Joana. **Relações internacionais & globalização**: grandes desafios/ coord. Odete Maria de Oliveira. 2ª Ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999, p. 115.

¹¹⁹ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 71.



levam em consideração que esta conduta gera o enfraquecimento consecutivo dos Estados, ao que se refere à organização do mercado.¹²⁰

Portanto, são múltiplas as implicações que o fenômeno da globalização desperta na sociedade contemporânea, afetando a humanidade em seus diversos aspectos, vez que seus efeitos atravessam as fronteiras, tornando-se mundiais, fazendo com que os problemas deixem de ser eminentemente nacionais. Entretanto, faz-se razoável a verificação da globalização como um processo natural de expansão da sociedade global, que já não pode mais ser freado ou suprimido, cabendo a sociedade e aos detentores do poder político e econômico a ponderação, pois “a solução de problemas globais requer a reorientação da globalização, e não sua detenção ou reversão”.¹²¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, denota-se que o fenômeno da globalização impôs uma mudança paradigmática quanto a nossa identidade, quanto às relações pluriconectadas, quanto ao papel do direito e dos governantes na sociedade em que nos inserimos, refletindo, também, no surgimento de novos atores, detentores de enorme influência, como são as transnacionais e as Organizações Não Governamentais.

O processo de globalização também interfere diretamente na concepção que temos de mundo e sociedade. Assim, para além da visão utilitarista da vida em sociedade, precisamos entender o aspecto da globalização como sendo um aspecto que nos dá a oportunidade de fazermos com que as diferenças sejam diminuídas e a igualdade, mesmo que de forma mínima, seja alcançada.

Nunca se viu, como hoje, a criação de tantos organismos internacionais dos mais diversos possíveis. As ONGs são um exemplo disso, nas quais a participação das pessoas em função de um bem comum é um passo na direção da igualdade entre os povos. A criação de mecanismos e tribunais internacionais é outro exemplo de que o homem precisa viver de forma

¹²⁰ ARNOUD, A. J. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, 33-35.

¹²¹ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 104.



interligada e dinâmica. Até então, estávamos diante de situações nas quais o isolamento nas tomadas de decisão era muito comum. Hoje, todo país, que respeitada a sua soberania, deve entender que está diante da comunidade internacional e, portanto, globalizada.

REFERÊNCIAS

ARNOUD, A. J. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

CAMPOS, Leandra A. Zonzini Justino. Os direitos humanos na nova “(des) ordem” econômica. In: MIALHE, J. L. (org.) **Ensaio do Direito Internacional: fundamentos, novos atores e integração regional.** Campinas: Millenium, 2009.

KLAES, Mariana Isabel Medeiros. **Relações internacionais & globalização: grandes desafios/ coord.** Odete Maria de Oliveira. 2. Ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999.

MIALHE, Jorge Luís. Relações Internacionais e Direito Internacional numa sociedade globalizada: breves anotações. In: MIALHE, J. L. (org.) **Ensaio do Direito Internacional: fundamentos, novos atores e integração regional.** Campinas: Millenium, 2009.

STELZER, Joana. **Relações internacionais & globalização: grandes desafios/ coord.** Odete Maria de Oliveira. 2. Ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização.** 8. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.



A PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS E SUAS PRERROGATIVAS HUMANITÁRIAS EM DECORRÊNCIA DO DIREITO NACIONAL.

Válder Bocalon Migliorini¹²²
Ticiani Garbellini Barbosa Lima¹²³
Juliana Malandrino Luciano Gomes¹²⁴
Ana Caroline Vasconcelos Silva¹²⁵
Luísa Alves Rodrigues da Cunha¹²⁶
Kerton Nascimento e Costa¹²⁷
Letícia Martins de Oliveira¹²⁸
Gustavo Renê Mantovani Godoy¹²⁹
Carlos Eduardo Gasparoto¹³⁰
Antonio José Franco de Souza Pêcego¹³¹
Aline Viviane Alvarenga Silva Baioni¹³²

¹²² Advogado. Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Paulista – UNIP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Franca – UNIFRAN.

¹²³ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Possui vínculo de pesquisa pela CAPES. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP.

¹²⁴ Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professora. Advogada e Coordenadora da Comissão de Direitos Coletivos e Cidadania da OAB São Paulo 12ª subseção.

¹²⁵ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

¹²⁶ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP/SP. Especialista em Direito Público pela Faculdade Milton Campos. Analista em auditoria, regulação e fiscalização em saúde no município de Uberaba/MG e professora do curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE).

¹²⁷ Mestrando em Direitos Coletivos pela UNAERP, bolsista CAPES, servidor público estadual da secretária da segurança pública

¹²⁸ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto e também pela Universidade de Coimbra. Possui vínculo de pesquisa pela Capes. UNISUL – Especialização em Ciências Criminais. UNIDERP – Especialização em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela. Advogada inscrita na OAB/SP.

¹²⁹ Advogado, professor Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro (IMESB), Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto.

¹³⁰ Advogado, Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania por meio da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

¹³¹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP/REDE LFG. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Pesquisador pelo CNPq. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Politécnica de Uberlândia – FPU. Juiz de Direito de Entrância Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

¹³² Mestranda em Direito Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP, Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito – EPD, Bacharel em Direito pela UNIFEB. Atualmente é advogada (Escritório de Advocacia), analista fiscal (R. da Silva Ampliando Horizontes Contabilidade) e pesquisadora da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.



Roberto Inácio Barbosa Filho¹³³
Thiago Carvalho de Melo¹³⁴

RESUMO: O tema dos refugiados e as migrações são de grande importância no cenário mundial, estando na pauta de debates, encontros, congressos, nos quais abordam os aspectos em âmbito internacional e nacional, as relações receptividade, fechamento de fronteiras, dentre outras envolvendo o direito internacional. O fenômeno da migração sempre existiu desde os primórdios; todavia, após as guerras, globalização, a disseminação da pobreza, miséria, e em especial em destaque no cenário mundial o terrorismo (que ganhou maior destaque após o acontecimento de 11 de setembro nos Estados Unidos¹³⁵). A concessão do instituto do refúgio a estas pessoas, vítimas, de perseguição e ameaças, sempre foram vistas como um exercício de solidariedade mundial, em defesa da pessoa humana. Porém, no cenário atual, vemos um retrocesso em relação ao instituto do refúgio, especialmente sob o argumento da priorização da segurança nacional, justificado pelo combate ao terrorismo e a violência, fato este que abordaremos neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Migrações, Refugiados, Receptividade, Estado.

INTRODUÇÃO

No atual cenário mundial constatamos vários movimentos migratórios, sendo estes forçados por confrontos armados e disputa por territórios como no caso da Síria, Angola, Taiti, dentre outros. O indivíduo está cada vez mais livre, o direito de ir e vir ganha força e toma um aspecto globalizado; pessoas circulam com mais facilidade de um país para outro, e os pensamos de todos passam a enxergar como seres humanos com os mesmos direitos em projeção mundial.

¹³³ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Franca – UNIFRAN. Especialista em Direito Público pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP. Advogado. Vereador da Câmara Municipal de Ituverava.

¹³⁴ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. PUC Minas – Graduado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. FACAB – Docente em Direito e Processo do Trabalho na Graduação. Advogado inscrito na OAB/SP.

¹³⁵ Atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001, foram uma série de ataques suicidas contra os Estados Unidos coordenados pela organização fundamentalista islâmica al-Qaeda em 11 de setembro de 2001. Na manhã daquele dia, dezenove terroristas sequestraram quatro aviões comerciais de passageiros. 1 2 Os sequestradores colidiram intencionalmente dois dos aviões contra as Torres Gêmeas do complexo empresarial do World Trade Center, na cidade de Nova Iorque, matando todos a bordo e muitas das pessoas que trabalhavam nos edifícios. Ambos os prédios desmoronaram duas horas após os impactos, destruindo edifícios vizinhos e causando vários outros danos. O terceiro avião de passageiros colidiu contra o Pentágono, a sede do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, no Condado de Arlington, Virgínia, nos arredores de Washington, D.C. O quarto avião caiu em um campo aberto próximo de Shanksville, na Pensilvânia, depois de alguns de seus passageiros e tripulantes terem tentado retomar o controle da aeronave dos sequestradores, que a tinham reencaminhado na direção da capital norte-americana. Não houve sobreviventes em qualquer um dos voos.



Todavia, estes deslocamentos migratórios, e a quantidade de refugiados no cenário mundial, cerca de 52 (cinquenta e dois milhões) de indivíduos declarados refugiados, provocam muitos receios e discussões em relação ao direito individual destes em decorrência com o direito Pátrio de cada Estado que se “protegem” impedindo e ou negando a entrada destes indivíduos em solo nacional. Entretanto estes indivíduos são encurralados e forçados a optarem por proteger suas vidas e a de seus familiares buscando abrigo em outro país, vez que o seu país natural por motivos descritos anteriormente não mais lhes garante a mínima proteção e a defesa dos direitos básicos, dentre outros fatores, que trouxeram a necessidade de rediscussão e aprofundamento do tema, que tem reflexo cada vez maior na sociedade internacional e nos estudos e proteção dos direitos humanos.

1 COMENTÁRIOS AO INSTITUTO DO REFÚGIO E O ESTADO RECEPTOR

No âmbito jurídico que reconheceu a existência de uma categoria denominada “refugiado” ocorreu na Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas.¹³⁶ Neste ponto é de suma importância destacar que, na definição dada pela Convenção, há uma limitação temporal, ou seja, fatos ocorridos anteriores à 1951. Todavia tal limitação foi retirada com a realização do Protocolo

¹³⁶ ONU. Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. Artigo Primeiro. Artigo 1º. Definição do termo “refugiado”: §1. Para fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa: a) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; b) As decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos refugiados durante o período do seu mandato não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiado seja reconhecida a pessoas que preencham as condições previstas no “§ 2 da presente seção”. c) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. d) No caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão “do país de sua nacionalidade” se refere a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade. § 2º Para fins da presente Convenção, as palavras “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, do “artigo 1º, seção A”, poderão ser compreendidas no sentido de ou: a) “Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa”. b) “Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures”



sobre o Estatuto dos Refugiados, aprovado e realizado em Nova York em 31 de janeiro de 1967.¹³⁷ Importante frisar que embora muitas vezes as pessoas nem sequer sabem o que significa em si a palavra e, assim outrora também podemos mencionar, o instituto do refúgio, acham que é um criminoso, fugitivo internacional. Estando tal fato sumariamente equivocado.

Em outras palavras, refugiado é um indivíduo que busca proteção em virtude que algum temor de ser ou poder ser perseguido por algum motivo, dentre eles destacamos perseguição política, por raça, religião, nacionalidade, por pertencer a determinado grupo social, dentre outros; ou ainda por temer por sua integridade física, em locais onde está ocorrendo violência generalizada, guerras, conflitos internos, agressão, violação ou dominação estrangeira, ou por fim violação massiva dos direitos humanos. Todavia, nestas vastas possibilidades, vislumbramos no cotidiano mundial que existem apenas três causas como principais que levam o indivíduo a se refugiar, sendo as violações dos direitos humanos, conflitos armados e a repressão. Em outras palavras, os indivíduos que podem solicitar refúgio, são todos aqueles que sofram ameaça, perseguição política, étnica, ou religiosa em seus países de origem. Tal instituto do refúgio foi desenvolvido após a segunda Guerra Mundial, em virtude das atrocidades cometidas pelo nazismo, que preceituavam que o ser humano não passava de uma “coisa” a qual poderia ser descartada sem maiores problemas. Sob este enfoque, Piovesan menciona que:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.¹³⁸

No mesmo sentido, pode-se considerar como fator preponderante a falta de segurança e instabilidade a que os refugiados não possuem ou à qual não têm acesso nos países onde habitam. Neste aspecto destaca Juan Carlos Murillo que:

¹³⁷ DE SANTIAGO, Jaime Ruiz. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. 22 abr. 2004. Disponível em: <http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/9A61705B9AD3183303256E7E00617187?OpenDocument&Style=Custo_Final.3&View=defaultBody5>. Acesso em 17 de abril de 2014.

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia, apud MOREIRA, Julia Bertino. **A questão dos refugiados no contexto internacional (de 1943 aos dias atuais)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Área de concentração: política Externa, p.10.



A segurança como direito fundamental dos solicitantes de asilo e refugiados influi e está presente em todo o ciclo do deslocamento forçado. A esse respeito, é importante dizer como seu gozo pode ser um fator determinante na prevenção do deslocamento forçado, ao mesmo tempo que sua carência constitui uma das causas fundamentais que gera êxodos de refugiados. Em consequência, em determinadas situações, pode existir um nexo causal entre a falta ou carência de segurança como direito fundamental de todos os indivíduos e a subsequente perseguição ou ameaça de perseguição, e a necessidade de proteção internacional.¹³⁹

Tal fato é abordado por Michel Agier, em sua obra:

O primeiro desses elementos é a existência simultânea de um conjunto de guerras, de violências coletivas, de distúrbios e terrores que conduzem as populações civis à morte ou a fuga: guerras mais ou menos rápidas, “eficazes” ou, aos contrários, morosas, intermináveis, sujas e de “fraca intensidade”, elas nunca parecem unificadas, cada uma dependendo de um tratamento isolado, casuístico, da ordem da polícia que exclui a política. Além disso, essas guerras despolitizadas, e em geral sem enraizamento social, tomam frequentemente a população civil como refém, como alvo voluntário, ou a atingem como efeito colateral inevitável da confusão crescente entre os locais de vida, especialmente urbanos, e os locais de guerra.¹⁴⁰

Um dos direitos mais importantes que são garantidos pelo Estado receptor gerado após a declaração oficial é a aplicação do *nom-refoulement*¹⁴¹ que, nas palavras de Santiago, é a “coluna vertebral” do sistema jurídico internacional de proteção e direitos dos refugiados. Além do direito da não devolução (*nom refoulement*), após a declaração do indivíduo como refugiado este garante também o acesso e garantias de direitos sociais, econômicos e culturais, a saúde, trabalho e educação, estes direitos que serão agregados por meio de políticas públicas voltadas a assistência e integração do refugiado ao Estado receptor. Assim, oferecer refúgio é o primeiro passo, mas não o único. Os países devem oferecer condições para que o indivíduo refugiado

¹³⁹ MURILLO, Juan Carlos. **Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados**. Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 de abril de 2014.

¹⁴⁰ AGIER, Michel. **Refugiados diante da nova ordem mundial**. Tempo soc. São Paulo, n.2, v.18. nov.2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 de abril de 2014.

¹⁴¹ ESTATUTO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS. Artigo 3. Proibição de expulsão ou de rechaço. §1. Nenhum dos Estados Membros expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. §2. O benefício da presente disposição dependerá, todavia, ser invocado por um refugiado que, por motivos sérios, seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.



possa ingressar na sociedade que lhe oferece abrigo em condições de igualdade com os demais cidadãos do país que o acolhe. A inclusão do refugiado ao meio ambiente novo faz-se necessário a adaptação por meio de políticas públicas, vez que o país receptor na maioria das vezes apresenta uma cultura diferente, em especial o que se passa na mente destes tantos de refugiados, como sobreviver, conversar, conseguir trabalho, por isso, é necessário este acompanhamento até a inserção deste indivíduo a nova sociedade, devendo o estado oferecer abrigo e condições para que este não se sinta discriminado neste novo habitat. Lembremos que as condições para o indivíduo ser considerado refugiado são drásticas e em todo o rol elencado gera um abalo psicológico, uma estigmatização, o que o leva a busca refúgio em outro Estado, e ao chegar neste Estado receptor o mínimo que este espera é uma condição de vida melhor e sem perseguições, em outras palavras um lugar seguro para prosseguir em sua vida e de seus familiares. Todavia, infelizmente nos deparamos com fatos, reportagem na mídia que retrataram uma realidade divergente que a lei estabelece. Em muitos países que recebem os refugiados, estes permanecem discriminados, esquecidos e jogados á própria sorte, e para muitos destes, as circunstâncias que motivaram o pedido de refúgio perduram de certa maneira nas comunidades de refúgio.

CONCLUSÃO

Portanto o refugiado deve ser considerado como igual aos demais indivíduos do local onde foram inseridos, tendo os mesmos direitos e prerrogativas; exceto disposição em contrário para prerrogativas do cidadão nato; o próprio Pacto de São Jose da Costa Rica (1969) estabelece que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Nesta ótica, o Estatuto Internacional dos refugiados, e também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecem em seus textos e garantias os direitos da não devolução do refugiado (*nom refoulement*) a liberdade religiosa, acesso aos tribunais, exercício de atividade laborativa assalariada, alojamento, educação, assistência e saúde públicos, identificação, em outras palavras



toda a assistência social e psicológica para a adaptação do refugiado em seu novo lar, com ressalvas e observação das legislações internas de cada Estado receptor. Como resultado, concluímos que a dignidade da pessoa humana deve pautar normas e comportamentos de modo que o refúgio seja visto sob a ótica do indivíduo e não da perspectiva do Estado, em razão da maior vulnerabilidade do primeiro.

REFERÊNCIAS

AGIER, Michel. **Refugiados diante da nova ordem mundial**. Tempo soc. São Paulo, n.2, v.18. nov.2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 de abril de 2014.

ACNUR. Handbook on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugee. Genebra, 1992. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

BRASIL. LEI Nº 6.815, DE 19 DE AGOSTO DE 1980 - **Estatuto dos estrangeiros**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acessado em 13/07/2014.

BRASIL. LEI Nº 9.474, DE 22 DE JULHO DE 1997 – **Estatuto dos refugiados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acessado em 13/07/2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. v. I.

DE SANTIAGO, Jaime Ruiz. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana**. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. 22 abr. 2004. Disponível em: <http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/9A61705B9AD3183303256E7E00617187?OpenDocument&Style=Custo_Final.3&View=defaultBody5>. Acesso em 17 de abril de 2014.

PIOVESAN, Flávia, apud MOREIRA, Julia Bertino. **A questão dos refugiados no contexto internacional (de 1943 aos dias atuais)**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Área de concentração: política Externa, p.10.

MURILLO, Juan Carlos. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados. Sur, **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 de abril de 2014.



ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado**. 1951. Disponível em:
<<http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm> >. Acesso em: 20 de abril 2014.

DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA NO **SÉCULO XXI**



A JUDICIALIZAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

JUDICIALIZATION AS A GUARANTEE OF FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH

Mariana Junqueira Bezerra Resende¹⁴²

RESUMO: O presente trabalho destaca a importância dos direitos fundamentais e a tentativa de garantia a eles relacionada, principalmente do direito à saúde, o que, contudo, não vem ocorrendo atualmente, se fazendo necessária a interferência do Poder Judiciário na questão. Essa intervenção do Poder Judiciário é conhecida como judicialização, pois determina que o Estado cumpra com sua obrigação de fornecer o necessário à população que necessita. A interferência do Poder Judiciário atualmente é o único meio de possibilitar ao cidadão a garantia do direito à saúde face à falência do Estado em proporcionar a todos o direito à saúde de maneira satisfatória.

PALAVRAS- CHAVE: Direitos Fundamentais, Saúde, Poder Judiciário, Judicialização.

ABSTRACT: This paper highlights the importance of fundamental rights and the attempt to guarantee all of these rights, especially the right to health, which, however, is not currently occurring, the interference of the Judiciary is doing in order to guarantee basic rights to citizens. This intervention of the Judiciary is known as legalization, because it determines that the state fulfills its obligation to provide the necessary population in need. The interference of the Judiciary is currently the only way to enable the citizen to guarantee the right to health due to the failure of the State to provide anyone the right to health in a satisfactory manner.

KEYWORDS: Fundamental Rights, Health, Judiciary, Adjudication.

INTRODUÇÃO

¹⁴² Advogada. Professora universitária. Discente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.



Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são conhecidos por serem imprescindíveis aos seres humanos, razão pela qual devem ser proporcionados aos cidadãos de maneira igualitária e suficiente. Todavia, e infelizmente, a realidade fora das bonitas palavras encartadas em nossa Carta Magna deixa transparecer uma realidade difícil para os que realmente necessitam dos cuidados fornecidos pelo Estado, notadamente os relacionados à saúde, que são aqueles que atingem direta e profundamente o ser humano.

A atuação do Estado frente aos direitos fundamentais aos cidadãos é precária, pois faltam recursos suficientes que supram as necessidades de todos, razão pela qual são fornecidos cuidados básicos somente para parte da população.

Por esta razão, inúmeras vezes, é necessária a atuação do Poder Judiciário no sentido de constranger o Estado ao fornecimento e disponibilização de tratamentos/medicamentos aptos a assegurarem o direito fundamental à saúde para todos que dele necessitem.

A judicialização, como é chamada a intervenção do Poder Judiciário, atualmente tem se mostrado meio eficaz de fazer com que o Estado cumpra com sua função de atender a toda população, sendo a decisão judicial uma forma de concretização do direito fundamental à saúde.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: A SAÚDE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são aqueles considerados básicos para qualquer ser humano. São direitos empregados para a defesa dos cidadãos, conforme nos ensina Canotilho:

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹⁴³

Neste sentido, os direitos fundamentais são prerrogativas que os seres humanos possuem diante do estado constitucional, ou seja, são instrumentos que protegem os interesses

¹⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.



individuais das pessoas com vistas ao poder estatal, garantindo condições mínimas de existência ao ser humano.

Os direitos essenciais à pessoa humana nascem através de lutas contra o poder, lutas contra a opressão, lutas contra o desmando, sendo assim, não surgem de uma vez só, mas apenas quando as condições lhes são favoráveis e quando se inicia o reconhecimento de sua necessidade para assegurar a cada pessoa uma existência digna.¹⁴⁴

O direito à saúde como garantia fundamental é um dos direitos essenciais ao homem e como visto, está classificado como direito social, que são liberdades fundadas em melhorar as condições de vida da população. Como bem nos ensina Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.¹⁴⁵

Deste modo, a saúde é um direito fundamental assegurado pelo artigo 6º, da Constituição Federal. Este direito ainda vem assegurado especificamente no capítulo II, título VII - “Da ordem social”, no artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No mesmo sentido estabelece o artigo 2º da Lei 8.080/90 que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Desta forma, apesar do grande conteúdo social que a Constituição Federal de 1988 nos proporciona, a problemática da falta de efetividade dos direitos sociais persiste em nosso

¹⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 195.



contexto histórico, mesmo havendo um abrangente leque de dispositivos que regulamentam estes direitos, em especial o direito à saúde.

2 A JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização consiste em buscar a concretização dos direitos pelo Poder Judiciário, ou seja, é a resolução do conflito via Poder Judiciário face à omissão de outros órgãos, neste caso, do Estado.

Segundo a doutrina, a omissão do Estado é denominada como síndrome de ineficácia das normas constitucionais, pois diversos dispositivos constitucionais originam obrigações a serem cumpridas. Dessa forma, quando o Estado não cumpre com sua obrigação, o Judiciário é chamado para estender sua competência, em busca do efetivo cumprimento dos direitos fundamentais, ao que é dado o nome de judicialização.

Nessa esteira Konrad Hesse entende que:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procurar imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.¹⁴⁶

A Constituição Federal, instrumento normativo nacional mais importante a tratar do respeito aos direitos dos cidadãos, baliza as chamadas “decisões judicializadas”, ou seja, aquelas em que o Poder Judiciário vem a decidir questões tratadas na Carta Magna. Assim, a judicialização não é um fenômeno apartado do mundo jurídico, mas sim uma consequência do sistema instituído pela própria Constituição Federal de 1988.

Verifica-se, desta forma, diversos posicionamentos a respeito da judicialização, bem como seu crescimento, principalmente quanto às questões de defesa do direito à saúde, tendo em

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.



vista que este tem se mostrado - nos dias atuais - o único meio de possibilitar a rápida e eficaz concretização do direito.

3 TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE FACE A OMISSÃO DO ESTADO: A DECISÃO JUDICIAL COMO MEIO DE EFICÁCIA E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A efetivação dos direitos fundamentais e sociais mediante a implementação de políticas públicas está garantida constitucionalmente e inicialmente é uma exigência destinada aos Poderes Legislativo e Judiciário, ressalvando que o Legislativo determina a destinação e aplicação dos recursos públicos, enquanto o Executivo, com estes recursos disponibilizados, executa e implementa as políticas públicas.

A atuação do Estado frente aos direitos fundamentais dos cidadãos é precária, em razão da falta de recursos suficientes para o suprimento das necessidades da população em geral e é justamente em torno desta problemática que gira a falta de efetividade dos direitos sociais.

Cabe ao Estado desempenhar seu papel, exercendo as ações e prestações de saúde, desejando sempre o bem-estar e a justiça social com a devida efetivação dos direitos e garantias fundamentais à saúde, proporcionando o crescimento de uma ordem social acessível a todos.

Neste sentido, a decisão judicial busca a efetivação e concretização do direito à saúde quando não realizado por parte do Estado e conforme visto, sem dúvida essa ineficácia ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito. Sendo assim, é legítima a intervenção jurisdicional que visa afastar lesão ou ameaça, garantindo a devida prestação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado deve garantir a todos os direitos fundamentais que se encontram previstos na Constituição Federal, todavia, apesar da enorme necessidade dos serviços ofertados, o Estado



não consegue garantir a todos o direito à saúde, devido à grande demanda e à falta de recursos, principalmente financeiros e orçamentários.

Para que grande parte da população não padeça devido à ineficiência do Estado em garantir o direito à saúde, o Poder Judiciário excede sua competência para obrigar o Estado a fornecer além de medicamentos, tratamentos e outros relacionados à saúde de quem a requer.

Desta forma, que o direito à saúde deve ser fornecido a todos e se o Estado não consegue fornecê-lo de forma satisfatória e espontânea, deve ser obrigado a fazê-lo pelo Poder Judiciário, pois é o Poder que possui a possibilidade de estender sua competência para tal *mister*, mesmo que essas decisões judiciais venham crescendo em grande número. Devemos, assim, assumir esse risco da crescente judicialização da saúde, pois é a forma existente de concretização do direito.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.



DIREITOS COLETIVOS: Educação, Direitos Humanos e Cidadania

COLLECTIVE RIGHTS: Education, Human Rights and Citizenship

Wellington Merino Funk¹⁴⁷

RESUMO: Neste artigo se abordou, por meio de pesquisa bibliográfica, Direitos Coletivos no âmbito 'Educação, Direitos Humanos e Cidadania' objetivando investigar, na literatura pertinente, a temática em pauta. Justifica-se o interesse pelos assuntos por se cursar Direitos Coletivos que abrange, entre outras, as temáticas pesquisadas. A conclusão foi a de que a aprendizagem acerca de Educação, Cidadania e Direitos Humanos é um processo lento e difícil, mas face ao *déficit* cívico existente torna-se urgente a necessidade de despertar nas crianças e adolescentes uma consciência democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Coletivos; Educação; Direitos Humanos; Cidadania.

ABSTRACT: This article addressed through literature, Collective Rights under 'Education, Human Rights and Citizenship' aiming to investigate, in the relevant literature, the issue in question. Justified interest in the issues because they attend Collective Rights which covers, among other subjects surveyed. The conclusion was that learning about Education, Citizenship and Human Rights is a slow and difficult process. But with the existing civic deficit, it becomes urgent to awaken in young children and a democratic consciousness.

KEYWORDS: Collective Rights; Education; Human Rights; Citizenship.

INTRODUÇÃO

Por se cursar Direitos Coletivos, se decidiu neste artigo abordar assuntos polêmicos: 'Educação, Direitos Humanos e Cidadania'. Justifica-se a escolha dos assuntos investigados pelo interesse em ampliar o leque de conhecimentos adquiridos durante o curso realizado bem como deixar mais uma fonte de consulta ao leitor interessado.

¹⁴⁷ Funk, Wellington Merino. Direitos Coletivos e Cidadania. 2014 Ribeirão Preto SP. Área: Direitos Coletivos e Cidadania. Linhas de Pesquisa: Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania. Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos. Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.



Cabe ressaltar que a proposta, então, não foi propor nenhum prognóstico inédito a nenhum diagnóstico intrigante, apenas comentar pontos de vista dos teóricos pertinentes.

Quanto a materiais e métodos, a pesquisa foi desenvolvida sob o âmbito qualitativo. Justificando-se a escolha:

a) Existe um vínculo indissolúvel entre o mundo real e o sujeito que não pode ser traduzido em números;

b) A pesquisa qualitativa é descritiva, uma vez que os pesquisadores qualitativos estão reocupados com o processo e não simplesmente com os resultados;

c) Os pesquisadores qualitativos tendem a analisar seus dados indutivamente. Na abordagem qualitativa o significado é a preocupação essencial. (TRIVIÑOS, 2003).

A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica que segundo Marconi e Lakatos (2013, p. 25) significa, “[...] um apanhado geral sobre os principais trabalhos já realizados, revestidos de importância por serem capazes de fornecer dados atuais e relevantes relacionados com o tema”.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 DIREITOS COLETIVOS

Direitos Coletivos ou Direitos Transindividuais¹⁴⁸ referem-se aos direitos de natureza indivisível de que, seja titular, grupo e / ou categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica.

Estes direitos, embora tratados coletivamente, são determináveis ou passíveis de identificação, pois possuem vínculo jurídico. Como exemplo, citam-se os direitos de determinadas categorias sindicais que podem, inclusive, agir por meio de seus sindicatos. (OLIVEIRA, 2011).

¹⁴⁸ Que transcendem o indivíduo e ultrapassa o limite de direito e dever individuais, são frutos da evolução da sociedade, que exigiu do legislador proteção a bens de natureza coletiva.



Nesse universo destacam-se duas temáticas polêmicas: Direitos Humanos e Cidadania, assuntos que motivaram e justificam a escolha da temática do presente artigo que buscou responder a questionamentos que datam da Antiguidade, até hoje discutidos.

A organização política dos movimentos sociais possui caráter educativo, pelo fato de se organizar, repartir responsabilidades, buscar estratégias, planejar, desenvolver capacidades e possibilidades para interagir socialmente, identificando problemas e busca de solução. A consolidação da Cidadania, em sua forma plena, deve ser o fator principal da criação de uma cultura em Direitos Humanos, assunto abordado no próximo item.

1.1.1 Direitos Humanos

A falta de uma cultura em Direitos Humanos é algo desastroso, uma vez que todo o referencial ético e principiológico da proclamação da Declaração Universal de 1948 venha a ter um alto preço, pago por toda a comunidade nacional e internacional para a consagração desses direitos, bem como para a sua efetiva positivação em diversos instrumentos internacionais de proteção. A consequência mais drástica de tudo isso consiste no fato de a sociedade ser levada à irreflexão acerca da produção do mal em massa e na consequente falta de um mínimo de senso político e de espírito crítico por parte dos indivíduos que a compõe.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), ao consagrar a universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos também estipula ao Estado e ao cidadão - de forma implícita - a tarefa de educar (dever) e ser educado (direito) nos âmbitos: Direitos Humanos e Cidadania. Somente com a colaboração de todos os partícipes da sociedade e do Estado é que os Direitos Humanos fundamentais alcançam sua plena efetividade. O papel de cada um na construção desta nova concepção de Cidadania é fundamental para o êxito dos objetivos desejados pela Declaração Universal de 1948 e pela CRFB de 1988.

A educação em Direitos Humanos deve ocorrer de tal forma que os princípios éticos fundamentais que o cercam, se façam valer para todos os membros da coletividade. A consolidação da cidadania, em sua forma plena, deve ser o fator principal da criação de uma

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito



cultura em Direitos Humanos. A Declaração Universal de 1948, a esse propósito, deixa bem claro que:

A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (Artigo XXVI, 2.ª alínea).

E foi seguindo esta trilha traçada pela Declaração Universal, que a CRFB de 1988 estatuiu no seu art. 205: “[...] 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 para o exercício da cidadania e sua qualificação [...]”. Não há direitos humanos sem o exercício pleno da Cidadania, e que não há Cidadania sem uma adequada educação para o seu exercício.

Dessa forma, somente com a interação destes três fatores - Direitos Humanos, Cidadania e Educação - é que se poderá falar em um Estado Democrático assegurador do exercício dos direitos e liberdades fundamentais decorrentes da condição de ser humano.

É também, papel da Educação o preparo para o exercício da Cidadania, cuja consagração está assegurada tanto constitucionalmente, no âmbito do direito interno, quanto internacionalmente, no contexto dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

Nessa direção, cabe aqui citar Cintra Júnior (1996, p. 10) quando ressalta que a efetiva proteção dos Direitos Humanos, “[...] depende em muito de um processo educacional capaz de formar novas gerações que se envolvam, desde cedo, no compromisso ético com o tema”.

Assim, focar a Educação nos Direitos Humanos é descrever as maneiras de se implementar, de forma sólida, além dos princípios éticos que os cercam, uma cultura de Direitos Humanos na sociedade.

1.1.1.1 Direitos Humanos Fundamentais



Os Direitos Humanos Fundamentais colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias para todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Os Direitos Humanos Fundamentais ou, simplesmente, Direitos Fundamentais, podem ser definidos como:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2013, p. 39).

De acordo com Moraes (2005), a CRFB de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos:

- a) Direitos Individuais e Coletivos;
- b) Direitos Sociais;
- c) Direitos de Nacionalidade;
- d) Direitos Políticos;
- e) Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

A classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu, portanto cinco espécies ao gênero. Focam-se aqui Direitos e Garantias Fundamentais, em que Direitos Individuais e Coletivos correspondem àqueles direitos ligados diretamente ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como os direitos à vida, igualdade, segurança, dignidade, honra, liberdade e propriedade. Eles estão previstos basicamente no artigo 5º e seus incisos.

A CRFB/88, ao consagrar a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, também entrega ao Estado e ao cidadão - de forma implícita - a tarefa de educar (dever) e ser



educado (direito) em Direitos Humanos e Cidadania. A plena consolidação da Cidadania deve ser o fator principal da criação de uma cultura em Direitos Humanos.

Nesse sentido, conforme a Declaração Universal de 1948:

A instrução [leia-se: educação] será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (Artigo XXVI, 2.^a alínea).

E foi seguindo esta trilha traçada pela Declaração Universal, que a Carta Brasileira de 1988 estatuiu que a Educação é: “[...] 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 para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (art. 205).

Assim o fazendo, conjugou a Constituição, de forma expressa, os “Direitos Humanos”, a “Cidadania” e “Educação”, significando que não há Direitos Humanos sem o exercício pleno da cidadania, e que não há Cidadania sem uma adequada educação para o seu exercício.

Assim sendo, somente com a interação destes três fatores - Direitos Humanos, Cidadania e Educação - é que se poderá falar em um Estado Democrático, assegurado do exercício de liberdade e Direitos Fundamentais decorrentes da condição de ser humano.

Como se pode observar é também papel da Educação o preparo para o exercício da Cidadania, considerada aqui no seu sentido amplo, cuja consagração está assegurada tanto constitucionalmente, no âmbito do direito interno, quanto internacionalmente, no contexto dos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. A tarefa de implantar Direitos Humanos por meio da Educação é dever de todos - cidadãos e governo.

A Educação em Direitos Humanos deve ocorrer de forma que os princípios éticos fundamentais que os cercam sejam assimilados por todos, passando a orientar as ações das gerações presentes e futuras, em busca da reconstrução dos Direitos Humanos e da Cidadania no País. Somente assim é que o exercício da cidadania e o respeito aos Direitos Humanos estarão completos e definitivamente assegurados.



1.1.2 Cidadania

A origem do conceito de Cidadania data do século XVIII e está ligado às lutas da burguesia contra o antigo regime na França. Originalmente o termo designava os direitos civis e políticos (liberdade de expressão, de crença e igualdade perante a lei). Ao longo da história, o conteúdo dessa ideia foi se ampliando, incluindo direitos trabalhistas e sociais, conquistados graças à luta dos trabalhadores e a ação políticas de partidos progressistas. Segundo a CRFB/88, referir-se a alguém como cidadão, traz implícita a ideia de pessoas livres, portadoras de direitos e deveres assegurados por lei, em igualdades de condições. Isso significa fazer valer direitos civis (liberdade de expressão, de pensamento, da imprensa, da crença, direito à prosperidade e à justiça, como também a liberdade de ir e vir), poderes políticos (participação no exercício do poder, como eleitor ou como integrante de estâncias de poder) e direitos sociais estabelecidos.

A constante construção do termo Cidadania é frequentemente apresentada como vaga e imprecisa, não apresentando um estatuto próprio, pois na medida em que se relaciona com três elementos, nacionalidade, direito político e povo apresentam-se como algo indefinido, principalmente na sua concepção moderna, que surge com rupturas entre as classes dominantes e o povo.

A Cidadania se apresenta constituída de dois ângulos inseparáveis. Por um lado tem uma força que lhe outorga o caráter de conquistas variadas e por outro, uma energia que realimenta o poder de manipular a perfeição e o comportamento das pessoas, principalmente, diante das injustiças sociais. A Cidadania, portanto, vai além da visão política e burguesa. Mas, a sociedade está mudando em sua heterogeneidade. Isso na busca de subsídios que destaquem e acentuem o valor da solidariedade, como vínculos de união dos grupos sociais.

Mas:

A cidadania é o próprio direito a vida no sentido pleno. Trata-se de um direito que precisa ser construído coletivamente, não só em termos de atendimento às necessidades básicas, mas de acesso a todos os níveis de existência, incluindo o mais abrangente: O papel do(s) homem(s) no universo. (COVRE, 2005, p. 11).



A construção da Cidadania Coletiva ocorre por meio da elaboração de estratégias formulação de demandas e táticas para a obtenção de bens que considera como direitos.

A organização política dos movimentos sociais possui um caráter educativo, porque o fato de se organizar, repartir responsabilidades, buscar estratégias, planejar, desenvolver capacidades e possibilidades para interagir socialmente identificando problemas e buscar soluções.

CONCLUSÃO

Pelo evidenciado entende-se que a construção de um Brasil melhor depende da ação da sociedade. Os cidadãos, por meio da educação e da participação de todos, devem atuar para que o regime democrático e o estado de Direito sejam exercidos de forma plena.

Isso significa desenvolver a Educação e permitir a que todos os brasileiros tenham acesso a ela; garantir os direitos dos idosos; difundir a informação por todos os modos e meios e fazer com que a lei seja de fato um instrumento de justiça.

Assim sendo, é preciso garantir ainda que o Estado brasileiro sirva aos cidadãos, que as autoridades públicas cumpram suas funções de forma adequada e que cada cidadão exerça a condição de cidadania em sua plenitude, em todos os direitos e obrigações.

Conclui-se que a aprendizagem acerca de Educação, Cidadania e Direitos Humanos é um processo lento e difícil. Mas face ao *déficit* cívico existente, torna-se urgente a necessidade de despertar nas crianças e jovens uma consciência democrática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Brasília: **DOU** de 5 de dezembro de 1988.

CINTRA JÚNIOR, D. A. D. Justiça e Democracia. **Revista Informação e Debate**, a.1, n.2, p.10-33, jul./dez., 1996.

COVRE, M. L. M. **O que é Cidadania?** São Paulo: Brasiliense, 2005.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 13 ago. 2014.

OLIVEIRA, M. H. M. Considerações sobre os Direitos Transindividuais. **Cognitio Juris**, João Pessoa, a. 1, n. 2, agosto 2011. Disponível em: <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Técnicas de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.

TRIVIÑOS, A.N.S. **Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais**. São Paulo: Atlas, 2003.



A PREFEITURA DE RIBEIRÃO PRETO E O DIREITO DIFUSO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

Marcelo Rodrigues Mazzei
Marcelo de Senzi Carvalho
Marcelo Tarlá Lorenzi
Henrique Parisi Pazeto
Alexsandro Fonseca Ferreira
Zaiden Geraige Neto

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo empírico do cumprimento da legislação voltada à tutela do direito de acesso à informação pública, pegando-se como exemplo a Prefeitura de Ribeirão Preto-SP. Inicialmente, será estudado o direito de acesso à informação pública na qualidade de direito fundamental de natureza difusa, abordando-se a sua previsão constitucional e infraconstitucional. Posteriormente, serão enfatizadas as consequências da adoção de uma maior transparência administrativa, com ênfase ao dever de transparência ativa. Por fim, será realizada uma análise empírica do cumprimento ou não dos preceitos normativos por parte da Prefeitura de Ribeirão Preto, com destaque para o questionamento se a página eletrônica destinada ao setor de licitação de serviços e bens atende ao dever de transparência ativa, bem como se existe ou não incentivo à participação popular por meio de divulgação institucional, além da verificação se a Prefeitura cumpre adequadamente os prazos de resposta aos pedidos de informação.

PALAVRAS-CHAVE: Informação. Transparência. Lei.

INTRODUÇÃO

O direito de acesso à informação pública é consequência natural da adoção do princípio republicano¹⁴⁹, onde há uma clara divisão entre o público (*res publica*) e a propriedade privada. Nesse contexto, como forma de instrumentalização principiológica dessa consequência, a Constituição Federal de 1988, adepta ao princípio republicano (art. 1º), previu entre os princípios reitores da Administração Pública o princípio da publicidade dos atos administrativos (art. 37, *caput*).

¹⁴⁹ ELLINI, Leonardo. Inovações republicanas da Lei de Acesso à Informação. *Revista Digital de Direito Público*, vol. 2, n. 1, 2013. Disponível em: www.direitorp.usp.br/periodicos. Acesso em: 14 set. 2014.



Com isso, tem-se que “a publicidade não é uma questão de escolha do administrador público. No Estado Democrático de Direito brasileiro, derivando o poder do povo (art. 1º, parágrafo único da CF), os assuntos do Estado a todos interessam”¹⁵⁰. Atualmente, portanto, “la consagración del derecho de acceso a la información pública se há constituído como uno de los pilares del moderno Estado social y democrático de derecho”¹⁵¹.

Apesar de já prever o princípio republicano instrumentalizado pelo princípio da publicidade - o que, diga-se de passagem, já bastaria para a tutela do acesso à informação pública em razão da força normativa que emana do texto constitucional¹⁵² - a Constituição Federal de 1988 foi além, reforçando a ideia de proteção ao prever expressamente na qualidade de direito fundamental o direito de acesso a informações dotadas de nítido interesse público (art. 5º, inciso XXXIII¹⁵³).

Não obstante, a Carta Magna construiu um verdadeiro complexo de direitos relativos ao acesso à informação, tratando-o ora na esfera do direito relativo à liberdade de expressão e à imprensa livre (art. 216, § 2º e art. 220, *caput* e § 1º), ora na esfera do direito específico de acesso à informação pública (e art. 37, § 3º, inciso II¹⁵⁴). Além disso, estabeleceu o habeas data na condição de remédio constitucional voltado para assegurar o conhecimento de informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público ou para retificação desses dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5º, inciso LXXII).

¹⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 154.

¹⁵¹ GONZÁLEZ, Aristeo García. Los retos de la nueva administración pública en el ejercicio del derecho de acceso a la información. Una visión comparada. *Derecho Comparado de la Información*, México, v. 18, jul./dez. 2011, p. 24.

¹⁵² “O Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa”. (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 27).

¹⁵³ XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

¹⁵⁴ II- o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.



A Lei nº 12.527/2011 regulamentou no plano infraconstitucional os aspectos gerais para o exercício do direito de acesso à informação pública. No âmbito municipal, a Prefeitura de Ribeirão Preto regulamentou o procedimento do exercício do direito de acesso à informação pública por meio do Decreto Municipal nº 172/2012.

1 A PREFEITURA DE RIBEIRÃO PRETO E O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

Como já dito antes, o exercício do direito de acesso à informação pública foi regulamentado pela Prefeitura de Ribeirão Preto através do Decreto Municipal nº 172/2012. Esse Decreto quase em sua totalidade reproduziu os preceitos legais previsto no Decreto Federal nº 7.724/2012, que regulamenta a matéria no âmbito do Poder Executivo Federal.

Em matéria jornalística publicada em 15 de setembro de 2014¹⁵⁵, foram realizadas denúncias de que a Prefeitura de Ribeirão Preto descumpria normas relativas à Lei de Acesso à Informação. Entre as irregularidades apontadas, no que importa ao presente estudo, podemos destacar as seguintes: a página eletrônica destinada ao setor de licitação de serviços e bens não apresenta editais e contratos realizados com dispensa ou inexigibilidade de licitação, bem como não informa os vencedores dos certames e o respectivo preço do contrato; não foi realizada nenhuma audiência ou consulta pública, além de inexistir incentivo à participação popular por meio de divulgação institucional e; a Prefeitura não cumpre os prazos de resposta aos pedidos de informação.

Quanto à alegação de que a página eletrônica destinada ao setor de licitação de serviços e bens não apresenta editais e contratos realizados com dispensa ou inexigibilidade de licitação, bem como não informa os vencedores dos certames e o respectivo preço do contrato, tem-se que em pesquisa realizada no dia 19 de setembro de 2014¹⁵⁶, constatou-se verdadeira a afirmação da matéria jornalística.

¹⁵⁵ PAVINI, Cristiano. Prefeitura patina na lei de informação. Caderno Cidades. *Jornal A cidade*. 15 de setembro de 2014. p. A5.

¹⁵⁶ Disponível em: <http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/licitacoes/sadm/j026licitacoes.htm>. Acesso em: 19 set. 2014.



Ao não divulgar tais informações, a Prefeitura descumpre o próprio Decreto Municipal nº 172/2012, que prevê em seu art. 5º, *caput*, o dever dos órgãos municipais promoverem, independentemente de requerimento, a divulgação em seus sítios na internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas (dever de transparência ativa). Igualmente, o art. 5º, inciso IV do Decreto Municipal obriga a divulgação de ofício de informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos *editais e resultados*, bem como a todos os *contratos celebrados*.

Note-se que o art. 6º, inciso I da Lei nº 12.527/2011 é expresso ao prever a necessidade de gestão transparente da informação pública, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação, o que implica, necessariamente, o dever da Administração Pública na facilitação do acesso à informação mediante a compilação de dados pertinentes relativos ao seu objeto, em linguagem clara e precisa.

Com efeito, a chamada transparência ativa consistente na obrigatoriedade dos órgãos públicos divulgarem de ofício informações dotadas de interesse coletivo, estando prevista expressamente na qualidade de diretriz para aplicação dos procedimentos previstos na Lei nº 12.527/2011 (art. 3º, inciso II).¹⁵⁷

Silvana Fumega e Fabrizi Scrollini ressaltam o fortalecimento da transparência ativa entre os países latino-americanos e a importância do acesso à informação pública na condição de instrumento para controle social do Poder Público, bem como a sua utilização como elemento facilitador da participação popular na tomada de decisões políticas:

Las personas tienen derecho a acceder a la información (y a los datos, ya que éstos son los componentes básicos en la construcción del sentido) en poder del gobierno y a utilizarla como una herramienta para demandar rendición de cuentas e incrementar su participación em el proceso de toma de decisiones. (...) Actualmente no sólo se pueden encontrar los mecanismos para requerir información en manos del Estado, sino que también cada vez más los ciudadanos pueden encontrar información – que há sido publicada proactivamente - sin necesidad de requerirla. Esto implica un nuevo enfoque

¹⁵⁷ “A transparência ativa é outra característica comum das legislações dos países latino-americanos, demonstrando claro avanço democrático em suas sociedades atuais. Transparência ativa é a divulgação de ofício por órgãos públicos de informações de interesse coletivo. Essa transmissão proativa de informações é realizada por meios eletrônicos, através da utilização das páginas oficiais dos órgãos públicos disponíveis na da rede mundial de computadores (internet)” (MAZZEI, Marcelo Rodrigues; BENEVIDES, Jonatas e GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública na América Latina. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 14, 2014, p 179).



de la noción de acceso a la información pública, en el cual se presenta un mayor énfasis en el flujo de información dentro del sector público y también hacia y desde la sociedade.¹⁵⁸

A Prefeitura de Ribeirão Preto possui em sua página eletrônica oficial um portal da transparência onde concentra as informações de interesse público¹⁵⁹. O portal, contudo, ainda não está integrado com o sistema *e-SIC*, que é o mesmo utilizado pelo Governo Federal. Saliente-se que por meio do programa “Brasil Transparente”, o Governo Federal permite que Estados e Municípios utilizem gratuitamente da tecnologia do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (*e-SIC*), criado e utilizado pelo Governo Federal para controle e registro dos pedidos de acesso dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Esse sistema permite a realização pelo meio eletrônico de pedidos, envio de respostas ou negativas, consultas e interposição de recursos ou reclamações. A cessão do código fonte do programa *e-SIC* é concretizada por meio de Termo de Adesão disponível na página eletrônica da Controladoria Geral da União.¹⁶⁰

Com isso, tem-se que, apesar dos instrumentos tecnológicos disponíveis para implantação concreta de um portal da transparência com ênfase na transparência ativa, a Prefeitura de Ribeirão Preto, mesmo após mais de três anos da vigência da Lei nº 12.527/2011, ainda não atendeu aos seus preceitos legais, vulnerando o direito difuso de acesso à informação pública.

Ainda em relação ao descumprimento da diretriz de transparência ativa, diversamente de outros entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a Prefeitura de Ribeirão Preto não divulga em sua página eletrônica a relação nominal dos vencimentos de seus servidores públicos.

Acerca da alegação de que não existe incentivo à participação popular por meio de divulgação institucional, podemos destacar que seria uma boa iniciativa a constituição de um conselho municipal de transparência administrativa, formado paritariamente por agentes públicos e membros da sociedade civil, com a atribuição deliberativa para o aperfeiçoamento da estrutura

¹⁵⁸ FUMEGA, Silvana e SCROLLINI, Fabrizi. Primeros aportes para diseños de políticas de datos abiertos en América Latina. *Derecho Comparado de la Información*, nº 21, jan-jun. 2013. p. 07/33.

¹⁵⁹ http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/transparencia/i30acesso_informacao.php

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/PrevencaoDaCorrupcao/BrasilTransparente/Servicos/AquisicaoE-Sic.a.sp>. Acesso em: 19 set. 2014.



burocrática municipal, ostentando também uma atribuição fiscalizatória em relação ao cumprimento das leis, normas e procedimentos referentes ao acesso à informação pública.

Por fim, quanto à alegação de descumprimento dos prazos legais para resposta (20 dias a contar do recebimento do pedido, na forma do art. 11, § 1º do Decreto Municipal nº 172/2012), a reportagem traz exemplos de pedidos realizados há mais de 30 dias e que ainda não foram respondidos (por exemplo, pedidos de informação sobre a dívida ativa municipal; sobre pagamentos de plantões em autarquias municipais; sobre o número de salas de aula sem professor titular e solicitação de cópias dos relatórios produzidos pela vigilância sanitária sobre a qualidade da água captada pela autarquia municipal responsável pelo fornecimento). Como forma de verificar empiricamente a existência de descumprimento do prazo, elaboramos um pedido de informação registrado sob o nº 5566 em 15 de março de 2014. Passados mais de seis meses do registro do pedido, ele ainda não havia sido respondido até a elaboração do presente estudo (19 de setembro de 2014). Dessa forma, tem-se que, mesmo que parcialmente, a Prefeitura de Ribeirão Preto descumpra os prazos legais previstos para o fornecimento da resposta ao pedido de acesso à informação.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo foi ressaltada a importância de tutela do direito difuso de acesso à informação pública como consequência obrigatória da adoção do princípio republicano. A Lei nº 12.527/2011 foi editada para instituir normas gerais sobre o acesso a informações públicas, regulamentando os arts. 5º, inciso XXXIII, 37, § 3º, inciso II e 216, § 2º da Constituição Federal.

Dentro de uma perspectiva empírica, com o intuito de verificar a correta aplicação das normas protetivas do direito difuso de acesso à informação pública por parte dos órgãos públicos, foi utilizado o exemplo da Prefeitura de Ribeirão Preto-SP através de irregularidades levantadas por uma reportagem jornalística. O enfoque sobre as irregularidades levantadas se deu sobre a inexistência na página eletrônica destinada ao setor de licitação de bens e serviços dos editais e contratos realizados com dispensa ou inexigibilidade de licitação, além de inexistir a



descrição dos vencedores dos certames e do respectivo preço do contrato. Abordou-se, igualmente, que inexistente incentivo à participação popular por meio de divulgação institucional, bem como a Prefeitura reiteradamente descumpra os prazos de resposta aos pedidos de informação.

A veracidade das irregularidades foi confirmada, sendo apontadas no decorrer do texto algumas soluções fáticas e legais para solução dessas pendências.

Pela análise de tudo o que foi demonstrado, podemos concluir que a Prefeitura de Ribeirão Preto descumpra em parte os preceitos legais instituídos pela Lei nº 12.527/2011 e pelo Decreto Municipal nº 172/2012, editado pela própria Prefeitura.

REFERÊNCIAS

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ELLINI, Leonardo. Inovações republicanas da Lei de Acesso à Informação. **Revista Digital de Direito Público**, vol. 2, n. 1, 2013. Disponível em: www.direitorp.usp.br/periodicos. Acesso em: 14 set. 2014.

FUMEGA, Silvana e SCROLLINI, Fabrizi. Primeros aportes para diseños de políticas de datos abiertos en América Latina. **Derecho Comparado de la Información**, México, nº 21, jan-jun. 2013. p.3-37.

GONZÁLEZ, Aristeo García. Los retos de la nueva administración pública en el ejercicio del derecho de acceso a la información. Una visión comparada. **Derecho Comparado de la Información**, México, v. 18, jul-dez. 2011, p. 03-33.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; BENEVIDES, Jonatas e GERAIGE NETO, Zaiden. O direito coletivo de acesso à informação pública na América Latina. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 14, p. 171-184, 2014.

PAVINI, Cristiano. Prefeitura patina na lei de informação. Caderno Cidades. **Jornal A cidade**. 15 de setembro de 2014. p. A5.



**A DEFESA E PROTEÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS NO ÂMBITO
NACIONAL E INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTOS DE
CIDADANIA DOS POVOS**

**THE DEFENSE AND PROTECTION OF THE CULTURAL RIGHTS AT
NATIONAL AND INTERNATIONAL LEVELS AS INSTRUMENTS OF
CITIZENSHIP OF PEOPLE**

Ana Célia Querino¹⁶¹
Cassiano Queiroz Avelar Silveira¹⁶²

RESUMO: Os Direitos Culturais envolvem estudos ligados aos povos e comunidades diferenciados, e são objeto de preocupação da comunidade internacional e das ordens internas. No Brasil, há importantes instrumentos normativos de proteção e promoção da diversidade cultural, fruto de conquistas e lutas no decorrer dos tempos. O neoconstitucionalismo latinoamericano retrata consagrações e reconhecimento desses direitos, ressaltando a importância desses povos formadores de suas identidades interculturais, como o reconhecimento de línguas indígenas como oficiais e reconhecendo a Justiça Indígena. Esses instrumentos de proteção passaram a revelar mudanças de concepções, ampliando a visão sobre os direitos culturais, emprestando saberes valiosos à concepção e desenvolvimento dos Direitos Coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos culturais. Diversidade Cultural. Proteção à Cultura.

O neoconstitucionalismo marca uma evidência das ordens constitucionais mais recentes da América Latina na consagração da força das raízes culturais de seus povos e comunidades tradicionais, tirando da invisibilidade esses povos e reconhecendo o pluralismo social e político, com a validade e eficácia de outros sistemas jurídicos emanados, não oriundos exclusivamente da ordem estatal, valorizando o elemento cultural. Assim, a diversidade cultural adquire contornos e destaques nas ordens constitucionais e no restante dos ordenamentos

¹⁶¹ Mestranda bolsista pela CAPES em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP, especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Franca/SP (UNIFRAN), advogada. E-mail: ana.celia.querino@hotmail.com

¹⁶² Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Franca/SP. E-mail: cassiano1906@hotmail.com.



jurídicos, emprestando ao Estado oficial soluções e orientações até então não pensadas. Esse pluralismo se expressa também na ordem cultural, nos movimentos de integração e reconhecimento de culturas diversas, levando à promoção de cidadania dessas comunidades.

A valorização cultural é fruto de lutas de grupos étnicos e sociais, despertando no Estado a percepção de que deve atuar promovendo o sentido de pertencimento dessas comunidades diferenciadas no contexto intersocial. Este estudo se propõe à análise do valor jurídico e social da diversidade cultural, especialmente no que toca a grupos étnicos, na promoção da cidadania dos povos da América Latina, com reflexos no Direito Internacional dos Direitos Humanos, na abordagem dos Direitos Coletivos.

No Brasil, um dos traços mais expressivos no neoconstitucionalismo é no tocante às conquistas dos direitos indígenas, ressaltando-se que, em países como Bolívia, Colômbia e Equador, as conquistas constitucionais são muito expressivas, como línguas indígenas proclamadas como oficiais, juntamente com a língua corrente, e o reconhecimento de sistemas jurídicos indígenas, o que leva ao reconhecimento dessas culturas após tantos e tantos anos de invisibilidade.

A Constituição do Equador reconhece e protege as origens culturais, oficializando também línguas indígenas, donde se transcreve:

Em capítulo separado (capítulo IV), há a proteção dos povos indígenas e também há a proteção do povo afroequatoriano. Assim como ocorreu na Colômbia, o Equador também oficializou as línguas faladas pelos povos indígenas (art. 2º). Reconhece-se, ainda, a existência de uma justiça indígena (art. 171).¹⁶³

Os demais Estados internos, a iniciar pelo Brasil, deveriam se ater mais ao tema cultura e justiça de povos diferenciados, promovendo, também a elaboração de leis e políticas públicas que efetivamente adotem essa valorização.

Nas últimas décadas assiste-se a um importante movimento de preocupação com a promoção dos direitos econômicos e sociais. Quanto à preocupação com os direitos ditos

¹⁶³ RIOS JUNIOR, Carlos Alberto, **Direitos das Minorias e Limites Jurídicos ao Poder Constituinte Originário**. São Paulo: Edipro Edições Profissionais Ltda., 2013, p. 117.



culturais, estes ainda permanecem um tanto quanto esquecidos. É se de sustentar que a concepção desses direitos traça íntima ligação com o exercício da cidadania, ligação esta até então pouco sentida e explorada nas sociedades atuais.

A propósito, oportuna a referência em conceito anunciado por Francisco Humberto Cunha Filho:

Direitos Culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao fluxo de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana.¹⁶⁴

Mesmo tendo a ordem constitucional vigente adotado os pressupostos básicos relativos à cultura, é certo que a compreensão e valorização da multidiversidade cultural se apresenta como algo de difícil assimilação, sobretudo nas sociedades ocidentais e altamente materialistas, como é a brasileira, bem como as demais latinas, de colonização europeia.

Os direitos dos povos tradicionais envolvem tanto o direito de exercício e preservação de suas culturas, como mantêm, também, profunda relação com o meio ambiente e sobretudo as terras que ocupam. É por isso que a proteção cultural dos povos e comunidades tradicionais também se encontra inserida nos temas e conceitos de sustentabilidade.

Também na questão quilombola os aspectos constitucionais traçam diretrizes normativas diferentes, merecendo destaque e consagração, através da positivação na Lei Maior. É assim que no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no artigo 68, se lê:

Artigo 68: Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.¹⁶⁵

Com tudo isso, é de se concluir que a Constituição de 1988 iniciou uma abertura de caminhos, na ordem jurídica nacional, para um melhor reconhecimento, respeito e promoção dos direitos culturais, na esfera da diversidade cultural.

¹⁶⁴ Disponível em www.direitosculturais.org.br, grupo de estudo e pesquisa em Direitos Culturais, acesso em 23/07/2013.

¹⁶⁵ BRASIL, Constituição Federal. Disponível em www.planalto.gov.br. (acesso em 15 de agosto de 2014, 12:00)



A preocupação com a preservação das diferentes culturas, levando em conta toda essa diversidade, com o destaque, especialmente, às quilombolas, indígenas e ciganas, que marcam fortemente a identidade multicultural brasileira e da América Latina, merece salvaguarda e consagração, sendo algo que se impõe aos Poderes Públicos.

As ordens constitucionais, especialmente as latinoamericanas também já dão mostras de terem absorvido e entendido essa necessidade. Igualmente, os instrumentos normativos infraconstitucionais também já vêm trilhando o caminho desse reconhecimento e promoção. Porém ainda resta um longo percurso, na implantação de medidas eficazes que concretizem as bases traçadas por todo esse arcabouço regulamentar.

É na seara dos Direitos Coletivos que os aspectos e peculiaridades que identificam, definem e caracterizam diferentes povos e grupos ganham destaque. Somente ao se levar em conta as características, anseios e necessidades desses diferentes grupos é que se pode falar no início de um diálogo intercultural, na procura de se responder, de forma satisfatória, às demandas de cada um desses povos ou etnias.

Instrumentos de reconhecimento de direitos culturais no plano internacional:

1 - A Convenção 169, da OIT.

A Convenção 169, da OIT, firmada em Genebra, no ano de 1989, é o primeiro instrumento de nível internacional que aprofunda um pouco mais no sentido das aspirações dos povos de culturas diferenciadas, afastando-se de posturas assistencialistas e integracionistas até então verificadas.

Trata-se de um instrumento que inaugura uma nova fase na concepção dos direitos de comunidades e povos diferenciados, chamando esses povos de “indígenas e tribais”, excluindo o termo “populações”, que induzem num conceito oscilante. Traduz a ligação direta dos povos com as relações de trabalho e na sociedade, bem como com as terras em que vivem e ainda, com a cidadania, na promoção humana e na igualdade.

O Brasil assumiu, ratificando a Convenção, os compromissos propostos pela mesma.



2 - A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, da UNESCO.

Já esta Convenção passou a vigorar, no Brasil, em 18 de março de 2.007. O decreto legislativo que a reconheceu foi o de número 485/2006, sendo este, portanto, um instrumento internacional mais recente.

O texto desta Convenção propõe planos bem traçados acerca de políticas de respeito e valorização às manifestações culturais, a serem desenvolvidas pelos Estados ratificadores.

Além dessas há outras convenções internacionais, como a Convenção de Paris, de 17 de outubro de 2.003, intitulada Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

Outros instrumentos de proteção e promoção dos direitos culturais na ordem interna brasileira.

1 - Decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1.937.

Primeiro instrumento brasileiro que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, emanando normas de proteção e estabelecendo critérios de classificação de bens integrantes desse patrimônio.

2 - Decreto 3.551, de 04 de agosto de 2000.

Já como fruto de reivindicações mais atuais, o decreto 3551 surge, instituindo o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, criando o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Enquanto o decreto-lei acima tratou mais especificamente do instituto do tombamento como proteção, já este cuida do instituto do registro, forma mais adequada que o instituto anterior, na proteção do patrimônio intangível (imaterial).



3 - Decreto 6.040, de 07 de fevereiro de 2007.

Tal decreto institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, e define como Povos e Comunidades Tradicionais, no seu artigo 1º, inciso I, “como grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”, com o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta os recortes de etnia, raça, religiosidade, ancestralidade, etc.. Pressupõe como princípio que a visibilidade dos povos e comunidades tradicionais deve se expressar por meio do pleno e efetivo exercício da cidadania, o que evidencia a relação cultura e cidadania.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1909. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CALEBRE, Lia. **Políticas Culturais no Brasil: dos anos 1930 ao século XXI**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009.

CURY, Isabelle (organizadora). **Carta Patrimoniais**. Rio de Janeiro: Edições do patrimônio IPHAN, 1999.

DELFANTE, Pedro. **Congadas: Ritmos, Cores e Sons**. Ribeirão Preto: Vilimpres, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. São Paulo: RT, 2011.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. São Paulo: Atlas, 2003.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Método, 2009.

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto. **Direitos das Minorias e Limites Jurídicos ao Poder Constituinte Originário**. São Paulo: Edipro Edições Profissionais Ltda., 2013.

OIT, **Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais** (Genebra/1989). Brasília: OIT, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá ser o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais. N. 65, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A Liberdade e Outros Direitos**. Ensaios socioambientais. Curitiba: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 2011.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-ômega, 1999.

Pesquisa da Web:

Revista Observatório Itaú Cultural/OIC – n. 11 – São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011.

www.direitosculturais.com.br (acesso em 22 de julho de 2013, 22:13)

www.planalto.gov.br (acesso em 15 de agosto de 2014, 12:00)

www.unesdoc.unesco.org (acesso em 15 de agosto de 2014, 15:00)



AÇÃO CIVIL TRABALHISTA CIVIL ACTION LABOR

Thiago Daniel Ribeiro Tavares¹⁶⁶
Vanderlei de Freitas Nascimento Junior¹⁶⁷
Professor Orientador: Bruno Freire e Silva¹⁶⁸

RESUMO: O presente artigo procurar-se-á, apresentar a Ação Civil Trabalhista, como direitos coletivos dos trabalhadores, ligando-os aos mecanismos processuais e materiais de garantia de modo a proporcionar pleno desenvolvimento e concreção destes direitos. Há ainda o interesse em fomentar as discussões e conseqüentes produções científicas ainda pouco exploradas, ou seja a Tutela dos Direitos Coletivos Trabalhistas, reconhecendo este importante instrumento defesa ou seja a Ação Civil Pública Trabalhista, afim de provocar uma ampliação da efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

PALAVRAS - CHAVE: Ação Civil Pública. Direitos Coletivos. Direitos dos Trabalhadores.

ABSTRACT: This article will be sought to present the Labour Civil Action, as workers of collective rights, linking them to procedural mechanisms and collateral materials to provide full development and concretion of these rights. There is still interest in fostering discussions and consequent scientific productions still little explored, ie the protection of collective labor laws, recognizing this important instrument defense in the Civil Action Labor, in order to cause an expansion of the effectiveness of the fundamental rights of workers

KEYWORDS: Public Civil Action. Collective Rights. Rights of Workers.

INTRODUÇÃO

¹⁶⁶ Mestrando em Direito Difusos e Coletivos pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Norte Paulista – UNORP; Licenciado em Direito pela Universidade Nove de Julho – Uninove; Professor Universitário de Prática Forense Cível no Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro – IMESB; Professor de nível técnico do Centro de Educação de Paula Souza, Advogado; e-mail: thiagodrt@hotmail.com

¹⁶⁷ Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto–UNAERP; Professor Universitário no Curso de Direito das Faculdades de Jaú/SP, Advogado; e-mail: vanderlei.adv.jau@hotmail.com

Orientador:

¹⁶⁸ Graduado em Direito na Universidade Federal da Bahia, Especialização em Direito Processual do Trabalho na Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Mestre em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e Professor titular no programa de mestrado da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Advogado; e-mail: bruno@pessoafreire.com.br.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito



A reflexão sobre Ação Civil Pública, como instrumento de defesa dos direitos coletivos dos trabalhadores, sua história legislativa, procedimento, bem como quais seriam os direitos difusos e coletivos dos trabalhadores, bem como os instrumentos legais de proteção visando à efetivação dos Direitos Sociais.

O Processo Coletivo é o instrumento natural de tutela dos litígios que envolvem interesses massificados, ele deve contar com uma estrutura própria que lhe propicie ampliar o acesso à justiça e garantir o alcance do melhor resultado possível nas demandas ajuizadas sob as suas regras. Sendo assim, a exploração dos seus institutos fundamentais pode acabar revelando ser o Processo Coletivo um poderoso instrumento de ingerência nas políticas públicas, alcançando o mister de efetivação dos direitos sociais, garantindo assim, pleno exercício da cidadania.

A Lei nº 7.347/85 não faz alusão expressa à defesa dos interesses difusos e coletivos afetos às relações de trabalho. No entanto, estão os interesses coletivos, em sentido lato, neste compreendidos os interesses difusos, coletivos *stritu sensu* e individuais homogêneos decorrentes das relações laborais, fora do âmbito de proteção da ação civil pública, mesmo porque, é exatamente na seara trabalhista que se concentram os conflitos de interesses coletivos mais latentes da chamada sociedade de massas.

Ao analisar o grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, principalmente em relação aos direitos trabalhistas, atentando-se para as razões de ordem prática e para as justificativas da Ação Civil Pública Trabalhista, como meio de proteção dos direitos metaindividuais dos trabalhadores, de modo a tornar possível a efetivação dos direitos sociais.

Assim é cabível Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho quando os direitos trabalhistas difusos e coletivos, previstos em nosso ordenamento jurídico, forem violados ou estejam ameaçados de lesão, recai o objeto possível da demanda como a defesa dos interesses coletivos ou difusos, concernentes a direitos sociais garantidos constitucionalmente e pertinentes à relação de trabalho, efetiva ou potencial.



1 AÇÃO CIVIL TRABALHISTA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS MEAINDIVIDUAIS DOS TRABALHADORES

Ação Civil Trabalhista é um instrumento de proteção dos direitos metaindividuais dos trabalhadores, mas para conhecer a sua efetividade e aplicação é necessários conceituar e identificar os que os chamados interesse metaindividuais ou seja os interesses e direitos individuais homogêneo, interesse coletivos e difusos.

Interesses individuais homogêneos são todo aqueles interesses decorrente de origem comum – Lei nº 8.078/90, art. 81, isto é, aquele interesse cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é integralmente divisível e cindível. A principal característica dessa espécie de interesse jurídico é a existência de um vínculo entre os seus titulares, vínculo esse que deve ser identificável de imediato.

Os direitos ou interesses coletivos, também nos termos do Artigo 81, da Lei 8078/90 mais exatamente o inciso II, são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Já os Interesse difusos, também previstos no Artigo 81, mas no inciso I, podem ser conceituado como sendo todos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. A partir dessa definição legal, podemos concluir que nos interesses difusos, ao contrário dos interesses coletivos, inexistente um vínculo jurídico entre os seus titulares, mas, tão somente um liame alicerçado em uma situação de fato.

O Ministério Público do Trabalho age como legítimo representante, ou melhor principal defensor dos direitos metaindividuais, mais exatamente difusos dos Trabalhadores, eis que, em suma, a própria sociedade se qualifica no conceito, enquanto, no campo dos interesses coletivos trabalhistas, transparece a legitimidade concorrente do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos para atuarem como representantes do grupo ou categoria atingidos.

Ação civil Pública Trabalhista apenas o Ministério Público do Trabalho detém a legitimidade ad causam, enquanto ao sindicato remanescem as demais vias de defesa jurídica e



judiciária dos interesses da respectiva categoria ou grupo, sem prejuízo, contudo, na forma do artigo 6º da Lei 7.347/92, de poder o sindicato representar ao Ministério Público do Trabalho para que instaure o devido inquérito civil ou mesmo promova a ação civil pública, quando detentor de informações sobre fatos que constituam objeto possível para a demanda especial referida.

Infelizmente ocorre sempre a referência à inexistência da norma procedimental específica pertinente à ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, ensejando ao intérprete a invocação dos preceitos existentes na própria CLT de modo a resolver, no campo processual, tal discussão.

Já o artigo 769 da CLT indica o caminho mais seguro à proceduralização da ação civil pública trabalhista, ao explicitar que o Processo Comum será fonte subsidiária do Processo do Trabalho quando houver omissão, exceto quando constatada incompatibilidade com as normas rituais instituídos para a Justiça do Trabalho

Mas o micro-sistema brasileiro sobre a ação civil pública em nosso ordenamento jurídico-positivo foi a Lei Complementar Federal 40, de 14 de dezembro de 1981, antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que traçava normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados, prescreveu, em seu art. 3º, III, ser função institucional do Órgão Ministerial a promoção da ação civil pública, nos termos da Lei.

Vale Lembrar que a Ação Civil Pública não foi o primeiro instrumento de defesa dos interesses difusos no Brasil, muito menor a Ação Popular, disciplinada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a própria Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decr.-lei 5.452, de 1º de maio de 1943, já trazia em seu bojo, a possibilidade de instauração do Ação de Dissídio Coletivo perante a Justiça do Trabalho, onde o titular era os Sindicatos, pela Presidência do Tribunal do Trabalho e pela Procuradoria da Justiça do Trabalho (Ministério Público do Trabalho) ou seja forma de defesa de interesses transindividuais dos Trabalhadores em juízo, mormente quando a instauração se dava por iniciativa do *parquet* na ocorrência da suspensão do trabalho com prejuízos para toda a coletividade (interesses difusos), consoante dispõem os arts. 856/875 do diploma consolidado.



CONCLUSÃO

A Ação Civil Pública propriamente dita está prevista no inciso III, artigo 123 da Constituição Federal, o qual prevê a intervenção do Ministério Público, através de Ação Civil Pública, objetivando a tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos pela simples razão que ser um ato atentatório contra o interesse social, adquirindo um caráter transindividual (CF, art. 129). Embora não exista instrumentos legais que disciplinam a Ação Civil Trabalhista, ela é hoje um instrumento muito utilizado na tutela dos direitos transindividuais dos Trabalhadores (Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos), pois com fulcro no inc. III, do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria são unânime no que tange ao entendimento de que é cabível Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho quando os direitos trabalhistas difusos e coletivos, previstos em nosso ordenamento jurídico, forem violados ou estejam ameaçados de lesão, resai o objeto possível da demanda como a defesa dos interesses coletivos ou difusos, concernentes a direitos sociais garantidos constitucionalmente e pertinentes à relação de trabalho, efetiva ou potencial.

REFERÊNCIAS

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Publica**. São Paulo: RT, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – um estudo sobre a ação civil pública trabalhista. **Revista LTr**, v. 64, 02, pág. 151-160.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo coletivo do trabalho**. 2. ed. ver. e atual., São Paulo: LTr, 1996.

MAZZILLI, Hugo N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 12. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública: enfoques trabalhistas**. São Paulo: RT, 1998.



A APROVAÇÃO DA LEI 12.965/2014 E SUA ESPECIAL CONTRIBUIÇÃO PARA A COLETIVIDADE EM RELAÇÃO AO USO DA *INTERNET*

THE APPROVAL OF LAW 12.965 / 2014 AND ITS SPECIAL CONTRIBUTION TO THE COLLECTIVITY IN RELATION TO *INTERNET USE*

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini¹⁶⁹

Vanderlei de Freitas Nascimento Junior¹⁷⁰

Thiago Daniel Ribeiro Tavares¹⁷¹

RESUMO: O presente estudo pretende abordar as principais novidades trazidas pela Lei 12.965/2014, especialmente os princípios basilares de tal legislação, inclusive, o acesso à *Internet* como forma essencial do exercício da Cidadania. Considerando a massificação e popularização do uso da rede mundial de computadores, bem como a maciça utilização das redes sociais e do consumo pelo comércio eletrônico, não há como desprezar a necessidade de uma maior regulamentação por parte do Estado. Logo, não há como deixar de reconhecer que a Lei 12.965/2014 serviu para estabelecer fundamentos imprescindíveis à utilização da *Internet*, tais como o exercício da Cidadania; a livre concorrência; a Liberdade de Expressão; a proteção da privacidade; a preservação da neutralidade da rede; a liberdade negocial e a natureza participativa da rede mundial de computadores. Não basta, portanto, a criação de leis ou inserção de mais garantias constitucionais se não houver uma maior fiscalização e meios eficazes de se coibir e punir as práticas antidemocráticas na utilização dos dados veiculados na *Internet*, especialmente, aqueles atos atentatórios aos Direitos Humanos. Mesmo assim, brilhante foi a ideia do legislador, ao que tange à esfera dos direitos coletivos, quando se positivou o disposto no artigo 30 da Lei 12.965/2014, o qual prevê o ingresso não somente de ações individuais, mas também de ações coletivas para se defender o interesse da Coletividade, levando-se em consideração o fato da *Internet* ser um dos mais poderosos meios de comunicação de massa.

PALAVRAS CHAVE: *Internet*; Coletividade; Cidadania; Liberdade de Expressão.

¹⁶⁹ Mestre e Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora do curso de pós-graduação stricto sensu e graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Juíza de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

¹⁷⁰ Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9600073227976325>

¹⁷¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5722569096598322>



ABSTRACT: The present study aims to address the main innovations introduced by Law 12.965/2014, especially the basic principles of such legislation, including Internet access as an essential form of the exercise of citizenship. Considering the widespread and popularity of the World Wide Web, and the massive use of social networks and consumption by electronic commerce, there is no way neglecting the need for greater regulation by the State. Therefore, one can not fail to recognize that the Law 12.965/2014 served to establish essential fundamentals of using the Internet, such as the exercise of citizenship; free competition; Freedom of Expression; protection of privacy; the preservation of net neutrality; the negotiating freedom and participatory nature of the world wide web. Therefore not simply the creation of laws or insertion of more constitutional guarantees if there is greater oversight and effective means to prevent and punish the undemocratic practices in the use of data conveyed on the Internet, especially those detrimental to human rights acts. Still, it was a brilliant idea legislature in relation to the sphere of collective rights, when positive article 30 of Law 12.965/2014, which provides for the admission of not only individual actions but also collective action to defend the interests of the collectivity, taking into consideration the fact that the Internet is one of the most powerful means of mass communication.

KEYWORDS: *Internet*; Collectivity; Citizenship; Freedom of Expression.

INTRODUÇÃO

Partindo de um contexto histórico, salienta-se a vital importância da Revolução Industrial para o desenvolvimento psicossocial do homem, sobretudo, para promovê-lo socialmente ao *status* de “cidadão”, o qual passou a desempenhar o papel tanto de produtor como consumidores dos produtos industrializados.

A consolidação do estado democrático de direito passa pelo entendimento de que os direitos humanos constituem os núcleos pétreos da vida em sociedade, regulando de forma absoluta as relações interindividuais e entre a coletividade e os indivíduos.¹⁷²

Com a popularização e a massificação do uso da *Internet*, a utilização das redes sociais e o aumento do consumo por meio comércio eletrônico despertaram um maior interesse estatal na regulamentação, controle e fiscalização das atividades virtuais e cibernéticas. Logo,

¹⁷² BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. – 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 188.



foram desenvolvidos no âmbito legislativo, diversos mecanismos legais para regulamentar, organizar e facilitar o controle do Estado nesta crescente e contínua demanda virtual.

Há muito tempo se fomenta a criação de uma lei que viesse a regulamentar a utilização da *Internet*.

Inúmeros foram os projetos de lei sobre tal temática, no entanto, somente em 2.011, a Presidente da República enviou à Câmara dos Deputados um Projeto de Lei mais consistente, isso porque, no dia 08 de julho de 2013, foram publicadas algumas notícias de que as comunicações no Brasil estavam sendo alvo de espionagem eletrônica por parte do Governo Norte Americano. Logo, a Presidente Dilma Rousseff e a Ministra das Relações Institucionais Ideli Salvatti perceberam a gravidade do problema e a real necessidade de se aprovar tal projeto de lei, o qual passou a ser conhecido como “Marco Civil da *Internet*”, para aumentar as garantias legais de direitos digitais fundamentais dos cidadãos e a soberania tecnológica brasileira, resultando na publicação de uma mensagem de urgência constitucional na apreciação do projeto do Marco Civil da *Internet*, no Diário Oficial da União do dia 11 de setembro de 2.013.

Dessa forma, o respectivo projeto de lei foi aprovado no plenário do Senado, no dia 23 de abril de 2.014 (dia anterior ao evento intitulado “NET Mundial”, a ser sediado na cidade de São Paulo), o que motivou seu imediato envio para a sanção da Presidente da República. Sendo assim, a aprovação do Marco Civil da *Internet* serviu de pauta para muitas discussões no aludido evento, tendo recebido diversos elogios por parte de inúmeros convidados, os quais o consideraram como um ótimo exemplo de como os Países poderiam desempenhar um papel positivo na promoção e na defesa dos direitos de seus cidadãos perante a rede mundial de computadores.

DESENVOLVIMENTO

Alguns autores, como por exemplo, o advogado criminalista Leonardo Rezende Cecílio, elogiaram a aprovação do Marco Civil, afirmando se tratar de *um ineditismo normativo*



*de escala internacional”, pois passou a se positivizar princípios, direitos e garantias para o uso da web no país, traçando assim, diretrizes para a atuação governamental*¹⁷³.

Quando se positiva garantias, direitos e deveres dos cidadãos na *Internet*, o legislador pretende aproximar seu texto normativo dos ideais e princípios defendidos pelos Direitos Humanos.

A jurista e escritora Flávia Piovesan, entende que o sistema normativo internacional passou a ganhar forma de um Constitucionalismo Global, no período do pós 2ª Guerra Mundial, no intuito de se proteger os direitos fundamentais, limitando, se preciso for, o próprio poder estatal.

Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.¹⁷⁴

Prosseguindo em seus estudos a referida autora ensina que:

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do mínimo ético irredutível.¹⁷⁵

Nesse sentido, não há como deixar de se reconhecer que a Lei 12.965/2014 serviu para estabelecer fundamentos imprescindíveis à Coletividade, tais como a finalidade social da *Internet*, a garantia dos Direitos humanos, o exercício da Cidadania e a livre concorrência. Sagraram-se, portanto, as garantias e princípios tais como a Liberdade de Expressão, a proteção

¹⁷³ CECILIO, Leonardo Rezende. Marco civil da internet deve embasar futuros diplomas sobre cibercrimes. Publicado em 27.05.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/leonardo-cecilio-marco-civil-embasar-futuros-diplomas-cibercrimes>>, acesso em: 20.07.2014;

¹⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. – 3ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

¹⁷⁵ _____, Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. – 3ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.



da privacidade, a preservação da neutralidade da rede, a liberdade negocial, bem como a natureza participativa da rede mundial de computadores.

O legislador, considerando a vital importância da defesa dos interesses coletivos para esta “sociedade virtualmente globalizada”, definiu no §4º do artigo 19 da Lei 12.965/2014, que para a concessão da antecipação de tutela, esta deverá atender aos interesses da Coletividade, quando da disponibilização de determinado conteúdo na *Internet*.

Nota-se, ainda, que as informações prestadas pelos usuários na rede mundial de computadores ficam armazenadas por tempo indeterminado, em poder de uma minoria que nem sempre esclarece a forma de que tal conteúdo será utilizado, colocando em risco os direitos e garantias dos usuários da rede.

Essa desvantagem técnica qualifica os usuários da rede como sendo “analfabetos digitais”¹⁷⁶, os quais são considerados hipossuficientes, quando vistos como consumidores. Nesse ínterim, o homem assumirá uma total vulnerabilidade em relação ao sistema global, passando a ser considerado mero objeto de manipulação – o que o torna descartável e supérfluo, segundo às palavras da autora Flávia Piovesan:

Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vigora a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.¹⁷⁷

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que não basta a criação de leis ou inserção de mais garantias constitucionais se não houver uma maior fiscalização e meios eficazes de se coibir e punir as práticas antidemocráticas na utilização dos dados veiculados na *Internet*, especialmente, aqueles atos atentatórios aos Direitos Humanos.

¹⁷⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. Reflexões sobre o Marco Civil da internet. Publicado em 04.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>, acesso em: 20.07.2014.

¹⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. – 3ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.



Mesmo assim, brilhante foi a ideia do legislador, ao que tange à esfera dos direitos coletivos, quando se positivou o disposto no artigo 30 da Lei 12.965/2014, o qual prevê o ingresso não somente de ações individuais, mas também de ações coletivas para se defender o interesse da Coletividade, levando-se em consideração o fato da *Internet* ser um dos mais poderosos meios de comunicação de massa.

Outro fator de destaque é o fato de que o Código de Defesa do Consumidor, enquanto maior contribuinte para a formação do microsistema coletivo define em seu artigo 82, inciso III, que os órgãos da administração pública possuem legitimidade ativa *ad causam* para defender os direitos e interesses dos consumidores através de ações judiciais coletivas de consumo, haja vista a natureza das relações de consumo existentes entre usuários e provedores. Com isso, ampliou-se o rol de entidades legitimadas para a propositura de demandas coletivas, dando uma maior efetividade às leis de consumo, sobretudo, as inéditas relações virtuais de consumo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas de. Reflexões sobre o Marco Civil da internet. Publicado em 04.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>, acesso em: 20.07.2014;

BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. – 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013;

CECILIO, Leonardo Rezende. Marco civil da internet deve embasar futuros diplomas sobre cibercrimes. Publicado em 27.05.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-27/leonardo-cecilio-marco-civil-embasar-futuros-diplomas-cibercrimes>>, acesso em: 20.07.2014;

FERRÃO, Rúbia Maria. A remoção de conteúdo da internet após a edição do novo Marco Civil. Publicado em 10.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/rubia-araujo-remocao-conteudo-internet-marco-civil>>, acesso em 20.07.2014;

MOMBELLI, Elisa. Uso do big data na segurança pública é bem-vindo. Publicado em 01.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-01/elisa-mombelli-uso-big-data-seguranca-publica-bem-vindo>>, acesso em: 22.07.2014;

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. – 3ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

RODRIGUES Jr, Otávio Luiz Rodrigues. Liberdades comunicativas no Marco Civil. Publicado em 07.05.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2014-mai-07/direito-comparado-liberdades-comunicativa-vida-privada-marco-civil>>, acesso em: 20.07.2014;

RODRIGUES Jr, Otávio Luiz Rodrigues. Marco Civil e opção do legislador pelas liberdades comunicativas. Publicado em 14.05.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2014-mai-14/direito-comparado-marco-civil-opcao-pelas-liberdades-comunicativas>>, acesso em: 20.07.2014;



ALTERIDADE E CIDADANIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: PASSOS PARA INCLUSÃO

Lucas Emanuel Ricci Dantas¹⁷⁸
Guilherme Domingos De Luca¹⁷⁹

INTRODUÇÃO

O presente resumo tem por objetivo, estudar como deve-se dar a aplicação dos princípios constitucionais no meio social, como objeto do presente estudo, tem-se a inclusão da pessoa com deficiência.

Acredita-se que deve ser incentivado a tomada de postura ética para com a pessoa deficiente. Neste aspecto utiliza-se a alteridade como elemento formador dessa ética, com vistas a buscar o reconhecimento do outro em si mesmo como parte integrante do meio social.

Foi usado para tal pesquisa, uma metodologia hipotético dedutiva, baseada em possíveis hipóteses que efetivem a inclusão social.

1 A alteridade como forma de efetividade da principiologia constitucional

Observando a tônica que envolve os princípios constitucionais em relação a pessoa com deficiência, cabe ao estudo procurar soluções que retirem os princípios da Constituição, aplicando os nas relações existentes dentro da sociedade, “entre a norma fundamentalmente estática e a realidade excluída e a realidade fluida e racional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar”¹⁸⁰. Essa tensão que o autor fala é a consequência da realidade jurídica e da realidade fática, ou seja, a existência de normas constitucionais, portanto

¹⁷⁸ Advogado, bolsista CAPES no Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP, participante do grupo de pesquisa DIFUSO – Direito Fundamentais Sociais.

¹⁷⁹ Advogado, bolsista CAPES no Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP, membro dos Membro do Grupo de Pesquisa NEPI – Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet.

¹⁸⁰ HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. SA Fabris Editor, 1991, p. 01.



fundamentais, nesse caso os princípios ganham efetividade no seio social? Hesse tenta trazer uma resposta a essa pergunta:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada a questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”. Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.¹⁸¹

Dentro desse estudo se denota que a ordenação jurídica precisa estar atinente com a ordenação social, portanto, as normas que orientam o direito constitucional e principalmente a aplicação dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, precisa ter um desdobramento social para garantir o seu valor axiológico dentro do ordenamento jurídico.

Portanto, a norma só terá validade, ou valor caso produza efeitos sociais que garantam os ideais perpetrados pela Constituição Federal de 1988. Toda mudança social que ocorreu para chegarmos a constituição democrática, tanto no Brasil quanto no mundo com as duas grandes guerras, ou seja, a globalização impactaram diretamente a aplicação dos direitos constitucionais relativos a minoria. Como explica Fraser:¹⁸²

Assim, gostaria de sugerir que um outro traço que define a globalização é a politização generalizada da cultura especialmente nas lutas pela identidade e diferença – ou, como passarei a designá-las, as lutas pelo reconhecimento – que explodiram nos últimos anos. De factum, hoje em dia, a reivindicação do reconhecimento é a força impulsionadora de muitos conflitos sociais desde batalhas sobre o multiculturalismo a lutas sobre as relações sociais de sexo e a sexualidade, desde campanhas pela soberania subnacional a esforços para construir políticas transnacionais (...).

Note-se, que os assuntos relacionados aos direitos das minorias entram hoje na pauta dos direitos fundamentais, como um assunto de reconhecimento, nesse sentido volta-se ao capítulo anterior onde a pessoa com deficiência precisa ser reconhecida como sujeito de direito,

¹⁸¹ Ibidem, p. 02.

¹⁸² FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, p. 245-282, 2001.



por ser pessoa e não pela sua deficiência, eis aí o avanço do modelo médico para o modelo social e a consequência emancipatória do direito.

A batalha jurídico social dos direitos da pessoa com deficiência não se encontram relativos ao problema de “ter direitos”, mas sim ao problema de “ter justiça” para ocorrer a efetividade plena de seus direitos. Esta justiça chama-se justiça social como está consagrado no artigo 1º da Constituição Federal, ocorre que, “(...) a justiça social já não se cinge só a questões de distribuição, abrangendo agora também questões de representação, e identidade e diferença”¹⁸³.

Considera-se então, que existe uma necessidade de reconhecimento por parte do estado e por parte da sociedade, da pessoa com deficiência, para efetivar a inclusão e a integração social dessa, tendo em vista que a não concepção da necessidade do reconhecimento da pessoa com deficiência pode gerar políticas públicas e normas caritativas que não garantam a cidadania e a participação desta na sociedade, algo que seria danoso como já foi em outras épocas a inclusão social.

Para não incorrer nesse erro Fraser¹⁸⁴ explica “A reparação deste dano requer o envolvimento numa política de reconhecimento que visa rectificar a desestruturação interna através da constatação da imagem pejorativa do grupo projectada pela cultura dominante.”. A orientação político constitucional deve ser no sentido de modificar a imagem social das pessoas com deficiência, aliás, é este o objetivo constitucional quando estudado o seu catálogo de princípios.

Por isso se coloca a alteridade como forma de efetividade dos princípios constitucionais, na verdade a alteridade é o elemento que vai garantir a equalização entre a constituição jurídica e a constituição fática, mas o que é alteridade? Agostini (2010, p. 88) explica¹⁸⁵:

É pela dinâmica da alteridade que entramos realmente na ética, porque ela nos faz viver o encontro com o/a outro/a, superando qualquer forma de fechamento em si mesmo. Nesse encontro, o primeiro passo é nunca desqualificar as pessoas por motivo algum.

¹⁸³ Ibidem, p. 09.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 414.

¹⁸⁵ AGOSTINI, Nilo. *Ética*. São Paulo: FTD, 2010, p. 88.



Digo isso porque as vezes discriminamos as pessoas. Preferimos as que se enquadram em nossos esquemas, vontades, forma de pensar etc. (...)

A alteridade é o elemento basilar que garante a experiência sensível do ser com a diferença e conseqüentemente traz a efetivação social da norma jurídica consigo. O encontro do diferente com o diferente pode permitir uma sociedade onde exista igualdades formais e materiais, nesse sentido, a alteridade é a busca da efetividade dos princípios elencados na Constituição de 88 como por exemplo, a solidariedade, a igualdade e a fraternidade. Por isso Silva argumenta sobre a alteridade:

É que a alteridade, por implicar a reflexão de que o sujeito é sempre em relação ao mundo e simultânea e imediatamente em relação ao outro, contribui para construção de um paradigma inovador sobre as diferenças que obstaculizam a integração social das pessoas com deficiência e, bem assim, para a edificação de ações inclusivas para esse grupo vulnerável.¹⁸⁶

Portanto, a alteridade garante a validade e a fundamentação real das normas constitucionais, permitindo a materialização dos princípios e valores positivados pela constituição. Por isso Hesse¹⁸⁷ defende “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. O elemento formador dessa concretização é a alteridade.

Entretanto importa ressaltar que a materialização de políticas públicas de inclusão devem ter por objetivo estimular a alteridade entre os cidadãos. Logo conclui-se é necessário que o estado estimule a população ter atitudes éticas, com vistas a efetivar os princípios constitucionais, de modo que se possa o convívio social da pessoa com e sem deficiência.

¹⁸⁶ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Entre Hefesto e Procusto: A condição das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social:** da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2011, p. 302.

¹⁸⁷ HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 02.



CONCLUSÃO

Dentro do que foi exposto, pode-se vislumbrar, que a pessoa com deficiência carece da efetividade dos princípios constitucionais, que deveriam garantir sua participação igualitária na sociedade, e portanto sua inclusão social.

Ficou evidenciado, que os princípios constitucionais contém um componente ético que deve permear a sociedade. Este componente é a alteridade, que possibilita o reconhecimento do outro como um ser que compõem o mundo, e por isso deve ter sua dignidade respeitada.

Logo, restou de plano demonstrado que cabe ao estado criar políticas públicas, que incentivem a alteridade no meio social, com vistas a promover, uma sociedade mais igualitária e inclusiva.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Nilo. **Ética**. São Paulo: FTD, 2010.

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **o direito ao corpo ea sexualidade da pessoa com deficiência: um direito da personalidade**. Revista Em tempo-ISSN 1984-7858, v. 12, n. 1, 2014.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, p. 245-282, 2001.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. SA Fabris Editor, 1991.

LIMA, Bruno Ceren; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. O Novo Código de Processo Civil ea Constituição de 1988: O Começo de Uma Nova Hermeneutica. **Revista de Direito Brasileira**, v. 6, n. 3, p. 180-194, 2014.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Entre Hefesto e Procusto: A condição das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2011.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DE CIDADANIA



O NOVO PARADIGMA ECO SOCIAL DO DIREITO AMBIENTAL NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO AMERICANO

THE NEW PARADIGM OF SOCIAL ECO ENVIRONMENTAL LAW IN LATIN AMERICAN DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM

Rodrigo Guilherme Tomaz
Ricardo dos Reis Silveira
Gamaliel Faleiros Cardoso Filho
Merhej Najm Neto
Denilson de Souza Moreira
Orientadora: Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

RESUMO: A insuficiência das teorias contratualistas frente aos problemas socioambientais originou propostas teóricas fundadas na superação do antropocentrismo e na integração homem-natureza. No plano político, a insurgência popular abriu campo ao pluralismo jurídico e político e ao respeito a cosmogonias negadoras da universalidade científica. O rompimento com o modelo clássico, no contexto político latino-americano, criou o ambiente necessário para o paradigma eco-social. O campo de emergência é o novo constitucionalismo latino-americano. As novas subjetividades reconhecidas nas concepções de *buen vivir* e nos direitos da natureza, previstos na Constituição do Equador consagram a nova proposta democrática, através de um constitucionalismo plurinacional comunitário, reconhecedor da coexistência de experiências de múltiplas nacionalidades e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional. Essa proposta está incorporada no constitucionalismo democrático latino-americano, que experimenta, a partir das novas constituições do século XXI, uma democracia plural, multiversa, em que o homem se integra à natureza.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental. Direitos da natureza. Democracia ambiental. Paradigma eco social. Constitucionalismo Democrático Latino Americano.

ABSTRACT: The insufficiency of contractualist theories due to the social and environmental problems originated theoretical proposals based on overcoming the anthropocentrism and integrating the man and the nature. Politically, the popular insurgency opened space for the juridical and political pluralism and for the respect to the cosmogonies, deniers of scientific universality. The break with the classical model, in the Latin American political context, created the necessary environment for the eco-social paradigm. The field of emergency is the new Latin American constitutionalism. The new subjectivities acknowledged in conceptions of *buen vivir* and the rights of nature, prescribed in the Constitution of Ecuador enshrine the new Democratic



proposed, means of a communal constitutionalism plurinational, recognizer of the coexistence of multiple nationalities experiences with practical judicial egalitarian pluralism. This proposal is incorporated into the Latin American democratic constitutionalism, experiencing, from the new constitutions of the XXI century a plural democracy, multiversa, in which man is part of nature.

KEYWORDS: Environmental law. Rights of the nature. Environmental democracy. Eco-social paradigm. Latin American Democratic Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

A construção de uma sociedade mais justa e democrática pressupõe novas concepções da relação do homem com a natureza, constituindo um novo paradigma constitucional. Impõe-se uma revisão dos postulados antropológicos renascentistas em que o homem é o centro e a razão de todas as coisas, que influenciou o pensamento político, a construção teórica do direito e forneceu as bases do pensamento ambientalista, no século XX.

O direito contemporâneo e a teoria política não bastaram para instrumentalizar a democracia e a justiça, sobretudo na perspectiva dos bens comuns da humanidade.

Para isso é necessária a construção de uma epistemologia socioambiental, em que os problemas da sociedade sejam considerados no plano ambiental. Essa proposta está incorporada no constitucionalismo democrático latino-americano, que experimenta, a partir das novas constituições do século XXI, uma democracia plural, multiversa, em que o homem se integra à natureza.

1 DIREITO AMBIENTAL NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

Na noção clássica que alcança o pensamento ocidental do século XXI, o direito ambiental ocupa-se do meio ambiente, composto por bens naturais e ambientais, observados na perspectiva científica que separa sujeito e objeto, para daí extrair a normatividade que suportará a proteção pretendida. Esse entendimento pode ser verificado na doutrina contemporânea, segundo a qual o meio ambiente, ao integrar-se dos elementos culturais e naturais, condiciona o meio em que há vida.



O meio ambiente pode ser definido como “a interação de um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”¹⁸⁸. Esta integração, nessa mesma linha, busca assumir uma concepção unitária do meio ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais¹⁸⁹.

Colocando a questão ambiental no âmbito político, Vandana Shiva¹⁹⁰, na Índia, propõe uma discussão sobre a crise civilizacional como base dos problemas e da crise ambiental. No Manifesto para uma Democracia da Terra¹⁹¹, critica a relação mercantil com a Terra, advertindo que os bens naturais não estão à venda, como propõe a lógica de mercado.

2 PARADIGMA CONSTITUCIONAL ECO SOCIAL

Vivemos um momento de transição no plano dos fundamentos da responsabilidade ambiental, sobretudo na América Latina, como proposta de mudança democrática constitucional.

Assim, falar da transição de um modelo de direito ambiental enquanto direito coletivo ou direitos humanos de terceira geração (ou ainda dimensão) para um modelo de reconhecimentos de direitos da natureza é tratar de uma profunda e complexa mudança referencial de valores e ideias. É mudar de uma base fundamental contratualista – economicista – que se dá tanto no constitucionalismo liberal como no social – o que Pisarello denominou “paradigma constitucional eco-social”¹⁹².

A proteção dos direitos humanos constrói-se gradualmente nas democracias do século XX, a noção de direito ambiental como proteção da natureza em função do homem, na perspectiva geracional, antropocêntrica, se reforça ainda nos primeiros momentos do constitucionalismo latino-americano, mas muda nos documentos mais recentes. Na América

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 3.ed, 2000. p. 20

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ SHIVA, Vandana. **Manifesto para una Democracia, de la Tierra**: Justicia, Sostenibilidad y Paz. Barcelona, Paidós, 2006.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² PISARELLO, Gerardo. **Encuentro Internacional sobre los Derechos de la Naturaleza**. Disponível em: <http://www.livestream.com/ciespal/video?clipId=pla_173a17c9-2710-44a3-8335-9ab10e68def7>. Acesso em: 20 set. 2014.



Latina, entendem os teóricos especializados no assunto¹⁹³, se vive a terceira fase do constitucionalismo democrático e, neste momento, é que se muda efetivamente a concepção para uma democracia eco social.

3 O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO-AMERICANO: CAMPO DE EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA ECO SOCIAL

Há uma mudança de paradigmas que experimenta seu terceiro momento de avanço.¹⁹⁴ A primeira fase é compreendida pelas constituições do Brasil, de 1988, e da Colômbia, de 1991, marcadas, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos coletivos plurais. A segunda fase verifica-se com a promulgação da constituição da Venezuela, em 1999, e caracteriza-se por um constitucionalismo participativo e pluralista. A terceira fase, representada pelas constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, apresenta um constitucionalismo plurinacional comunitário, reconhecedor da coexistência de experiências de múltiplas nacionalidades e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional.¹⁹⁵

A Constituição do Equador traz a noção de *buen vivir* (*Sumak Kawsay*, em língua do povo Quíchua), em que se integram várias faces de materialização da dignidade humana, dentre elas, o direito à alimentação, à água, ao ambiente saudável, à comunicação e informação, ao respeito à identidade cultural, à educação, ao *habitat* adequado, à moradia segura, à saúde, ao trabalho e à seguridade social.

Ao Estado cabe preservar a diversidade plurinacional, garantir o aproveitamento responsável e planejado dos recursos naturais, desenvolver o exercício democrático da vontade popular, promover a prosperidade e bem-estar do povo, a redistribuição equitativa dos recursos,

¹⁹³ Antonio Carlos Wolkmer, Rachel Farjado Yrigoién.

¹⁹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010.

¹⁹⁵ *Id.* p. 153-154.



proteger o patrimônio natural e cultura do país, garantir o direito a uma cultura de paz, a segurança integral e a viver em uma sociedade democrática e livre de corrupção.¹⁹⁶

4 A QUESTÃO AMBIENTAL EM CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

Este novo paradigma é o norte da Constituição equatoriana de 2008. Esta Carta, ao reconhecer a natureza como sujeito de direitos, rompe com o modelo constitucional clássico que apregoa que a origem dos governos, responde à necessidade de preservar os direitos individuais.

Rompe com os documentos formais de direito humanos que reconhecem que toda a associação política tem por fim a conservação de direitos naturais do homem, direitos que encontram seu fundamento na dignidade humana. Segundo o novo paradigma eco social, todo ser vivo deve ser tratado com igual consideração e respeito, à medida que todos os seres vivos compartilham o mesmo valor. A pessoa humana não é a única a reivindicar direitos, pois se encontra contida num sistema complexo. Os seres humanos são partes da natureza. Respeitar o conteúdo constitucional dos direitos da natureza é explorá-la de forma responsável e respeitosa.

O modelo de direito construído pela modernidade, em resposta ao liberalismo econômico florescente nos séculos XVIII e XIX, correspondente ao contratualismo político é o modelo que prevalece até hoje.¹⁹⁷ É um direito de proteção utilitarista que pretende, reafirmando o discurso da ciência moderna, dominar a natureza. Assim, a busca da teoria clássica do direito como fundamento dos direitos da natureza é uma tentativa de articular temas inconciliáveis, porque nem sempre as cosmogonias têm respostas científicas, porque a natureza se expressa em ciclos vitais não compreendidos nem explorados pelas categorias jurídicas clássicas. É necessário renovar, reinventar o direito e criar novas epistemologias.

¹⁹⁶ VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Constitución y democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. In: **IUS-Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla: El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. n.25. Año IV. Puebla: ICIPuebla, Verano de 2010. p. 59, 62.

¹⁹⁷ TÁRREGA, Maria Cristina. V. B., DUARTE JR, Dimas. P. **Constituição e Concretização da Democracia: Direitos das Coletividades e Devires Minoritários**. In: A Construção de uma Ordem Constitucional Fundamentada no Direito Coletivo ed.São Jose do Rio Preto - SP: Lemos e Cruz, 2011.



Um último aspecto a ser lembrado é de que, paralelamente aos direitos da natureza, afirma-se o direito ao *buen vivir*, que é a satisfação dos direitos sociais como pertinente e indispensável à relação harmoniosa do indivíduo com a natureza.

CONCLUSÃO

A democracia ambiental pede, portanto, um modelo jurídico de superação dos postulados economicistas do direito moderno.

Em síntese, passar de um modelo de direito ambiental que tutela o meio ambiente como patrimônio de exploração utilitarista do homem para o reconhecimento dos direitos da natureza, construindo-se um novo paradigma, impõe romper com a concepção ocidental antropocêntrica. É reconhecer o valor intrínseco do espaço da vida em si e por si, cultural, ancestral. Mais que isso, impera a adoção de um direito plural, de uma proposta reconhecadora dos muitos direitos decorrentes das muitas nações que ocupam territorialidades e ali constroem modos de vida particulares e ambientes, com ciclos próprios, onde a vida se renova, nas suas muitas formas.

Os direitos da natureza reforçam a pluralidade de significados, a multidiversidade, os muitos valores. Respeita as diferentes cosmogonias.

A questão da democracia ambiental há de ser percebida de modo aberto, há de ser reformulada permanentemente para dar conta de um modelo constitucional transformador, fundado no paradigma eco social. Há uma experimentação democrática eco social na América Latina que se realiza a partir do constitucionalismo democrático latino-americano. É preciso fortalecê-la.

REFERÊNCIAS

MORIN, Edgar. **Cabeça bem-feita: repensar a reforma reformar o pensamento**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000.

PIETRO MÉNDEZ, Julio Marcelo. **Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional**. Quito, Corte Constitucional do Equador, 2013.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



PISARELLO, Gerardo. **Encuentro Internacional sobre los Derechos de la Naturaleza**. Disponível em: <http://www.livestream.com/ciespal/video?clipId=pla_173a17c9-2710-44a3-8335-9ab10e68def7>. Acesso em: 20 set. 2014.

SHIVA, Vandana. **Manifiesto para una Democracia, de la Tierra: Justicia, Sostenibilidad y Paz**. Barcelona, Paidós, 2006.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 3.ed, 2000.

TÁRREGA, Maria Cristina. V. B., DUARTE JR, Dimas. P. **Constituição e Concretização da Democracia: Direitos das Coletividades e Devires Minoritários**. In: A Construção de uma Ordem Constitucional Fundamentada no Direito Coletivo ed.São Jose do Rio Preto - SP: Lemos e Cruz, 2011.

VICIANO PASTOR, Roberto. MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en América Latina: Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 13-43.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Constitución y democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. In: **IUS-Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla: El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. n.25. Año IV. Puebla: ICIPuebla, Verano de 2010. p. 49-76.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010.



CORRUPÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: BREVES APONTAMENTOS

Ana Cristina Gomes¹⁹⁸
Rafael Leal de Araújo¹⁹⁹

INTRODUÇÃO

O cenário nacional vive hoje a ascensão da democracia. Entretanto, a experiência republicana foi marcada por longos períodos ditatoriais, influenciando de forma significativa na produção legislativa, transformando o sistema jurídico pátrio em instrumento político de controle e repressão. Mais que um problema de ordem político-econômica, a corrupção é sem dúvida um problema estrutural e cultural que afeta a todos.

Segundo Cláudia Santos:

O caráter bifronte da corrupção na dimensão jurídico-penal (o seu “desdobramento” numa modalidade passiva, e numa outra activa) tem interessantes repercussões ao nível da sua caracterização criminológica. Assim, se a corrupção passiva merecerá, em regra, a qualificação de crime de colarinho branco, já a corrupção activa constituirá, muitas vezes, uma das formas do actuação do crime organizado.²⁰⁰

Como democracia emergente, a Magna Carta de 1988 surge com o ideal de cidadania, consagrando em seu texto direitos fundamentais e sociais. Junto com a ascensão dos direitos sociais ao *status* constitucional, surge a necessidade da realização material destes direitos. Diante deste cenário democrático emergente somado a necessidade da implementação material dos direitos sociais para a realização da cidadania e o ideal formal consagrado pela Constituição e a falta de experiência empírica estatal na realização desta tarefa surgem as Organizações Não Governamentais (ONGs), as fundações e associações sem fins lucrativos como colaboradores no

¹⁹⁸ Bacharel em Direito e mestranda pela UNESP. Advogada.

¹⁹⁹ Bacharel em Direito e mestrando pela UNESP. Advogado.

²⁰⁰ SANTOS, Cláudia. A corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador] in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 964.



processo de democratização, tendo por finalidade a realização da cidadania a ser implementada por meio de ações sociais que se identifiquem com as políticas públicas. O problema se apresenta quando essas ONGs criadas com a finalidade de realizar o projeto cidadão consagrado pela Magna Carta de 1988 tornam-se um instrumento nas mãos de corruptos, utilizando-se do ideal social em proveito próprio, utilizando de forma indevida fundos públicos, desviando e lavando ativos, bens e valores, corrompendo pessoas e instituições, apossando-se indevidamente da coisa pública.

Para a compreensão do que vem a ser Políticas Públicas, é necessário, segundo Celina Souza, entender sua origem ontológica,²⁰¹

A política pública enquanto área do conhecimento e disciplina acadêmica nasce nos EUA, rompendo ou pulando as Etapas seguidas pela tradição europeia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o estudo do Estado e suas instituições do que na produção dos governos. Assim, na Europa, a área de política pública vai surgir como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado - o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas. Nos EUA, ao contrário, a área surge no mundo acadêmico sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos.²⁰²

Marcus André Melo sugere que a consagração da expressão política pública junto ao cenário político brasileiro deu-se ao longo da década de 90 como uma das consequências do processo de democratização.²⁰³

No Brasil observaram-se aspectos comuns à trajetória europeia continental – no sentido de que as ciências sociais distanciam-se da gestão de governo e que a análise de políticas esteve associada a entidades governamentais –, e muitos trabalhos na área, sobretudo os que estão associados à avaliação de políticas, foram e continuam sendo realizados por instituições governamentais.²⁰⁴

²⁰¹ SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias** [online]. 2006, n.16, p. 21. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=pt&nrm=iso&userID=-2>. Acesso em 26 de novembro de 2012.

²⁰² Ibid, p. 22.

²⁰³ MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. In MICELI, Sérgio (org). **O que ler na ciência política social brasileira (1970-1995)**. Ciência Política (volume III). São Paulo: Editora Sumaré, 1999, p. 65.

²⁰⁴ MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. In MICELI, Sérgio (org). **O que ler na ciência política social brasileira (1970-1995)**. Ciência Política (volume III). São Paulo: Editora Sumaré, 1999, p. 65.



A análise de políticas públicas no Brasil pode ser dividida em três subconjuntos: a) o primeiro subconjunto parte da análise do regime político, das instituições políticas e do Estado brasileiro sob o aspecto de sua constituição a fim de investigar uma política específica; b) o segundo subconjunto relaciona-se com os trabalhos acerca de políticas setoriais “que combinam a análise de problemáticas internas às próprias áreas setoriais”; c) o terceiro subconjunto tem como foco as análises de avaliação de políticas²⁰⁵. A constitucionalização de direitos e garantias sociais, como a moradia, o trabalho, a previdência social, a assistência aos desamparados, a saúde, por exemplo, guardando assim, grande relação com o modelo analisado por de Claus Offe:

Marx, por sua vez, analisou a constituição democrática francesa de 1848 como uma forma política que exacerbava as contradições sociais, através da supressão das garantias políticas das camadas socialmente dominantes, e da concessão de poder político aos subordinados.²⁰⁶

1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Neste diapasão, o campo para o desenvolvimento de políticas públicas é vasto e com já salientado, a própria Lei nº 8.742/93 ressalta que a Assistência Social – direito do cidadão e dever do Estado – objetiva a realização dos mínimos sociais. É neste ponto que ganham destaque o papel das ONGs, das fundações e associações sem fins lucrativos. As políticas públicas da Assistência Social estão ligadas a programas educacionais, de reinserção no mercado de trabalho, programas de assistência aos idosos e crianças, tendo como foco os cidadãos e grupos que se encontram em situações de vulnerabilidade e riscos, tais como: famílias e indivíduos com perda ou fragilidade de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade; ciclos de vida; identidades estigmatizadas em termos étnico, cultural e sexual; desvantagem pessoal resultante de deficiências; exclusão pela pobreza; uso de substâncias psicoativas; violência familiar; inserção

²⁰⁵ Ibid, 67.

²⁰⁶ OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o “Welfare State” keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. In OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 356.



precária ou não inserção no mercado de trabalho formal e informal; estratégias e alternativas diferenciadas de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social.²⁰⁷

Por possuir um leque tão variado de atores passivos, as políticas públicas da Assistência Social abrem margens para a criação programas assistenciais capazes de atuar em diversas áreas. Como bem se sabe, para implementar políticas públicas, não se faz necessário apenas a elaboração de normas que as regulem ou então, a disponibilidade de recurso. É preciso também, constituir também um conjunto de estruturas físicas e humanas, neste ponto as ONGs, fundações e associações sem fins lucrativos ganham espaço, assumindo tais tarefas, o que se mostra oportuno para a administração pública.

2 AS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS E A CPI “DAS ONGS”

O primeiro aparecimento das Organizações Não Governamentais se deu junto as Nações Unidas que, já na Carta de São Francisco a denominação organizações não governamentais aparece de modo formal pela primeira vez.²⁰⁸ As ONGs desempenham hoje um papel relevante no cenário mundial, possuindo reconhecimento internacional, segundo Celi Regina Jardim Pinto:

Apesar de sua grande variedade, as ONGs são organizações com características próprias que se diferenciam de outras organizações da sociedade civil, como associações de caridade ou fundações: é um o fenômeno que surgiu com grande força nas últimas décadas do século 20. São formadas por voluntários, sem fins lucrativos, com objetivo de representar a sociedade para resolver problemas, incentivar posturas éticas e cidadãs, desenvolver projetos.²⁰⁹

²⁰⁷ Disponível em <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/fasc/usu_doc/pnas.pdf>. Acesso em 14 de janeiro de 2013.

²⁰⁸ Art. 71 “O Conselho Económico e Social poderá entrar em entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais que se ocupem de assuntos no âmbito da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efectuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso.” Disponível em< <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html>>. Acesso em 14 de janeiro de 2013.

²⁰⁹ PINTO, Celi Regina Jardim. ONGs. In AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (org). **Corrupção. Ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 441-442.



Acerca do papel das ONGs no Brasil, se pode identificar três tipos de ONGs no Brasil: a) durante o regime militar algumas ONGs (ligadas a luta pela democracia); b) as que derivam dos movimentos sociais e c) as que se constituíram com prestadoras de serviços. Existem três formas de fomento utilizadas pelas ONGs: a) a arrecadação própria (doações, venda de produtos); b) o financiamento por fundações nacionais e internacionais; c) recursos provenientes do Estado. Em 10 de agosto de 1991, foi fundada no Rio de Janeiro a Associação Brasileira das Organizações Não Governamentais (ABONG), constituindo-se em uma “sociedade civil sem fins lucrativos, democrática, pluralista, antirracista e anti-sexista, que congrega organizações que lutam contra todas as formas de discriminação, de desigualdades, pela construção de modos sustentáveis de vida e pela radicalização da democracia”.

Em 2010, foi publicado o Relatório da CPI “das ONGs”, criada por meio do Requerimento nº 201/2007 do Senado Federal, tendo por objetivo a análise do repasse de recursos federais para ONGs e OCIPs no período de 1999 até 30 de abril de 2009, tendo como relator o senador Inácio Arruda e como presidente o senador Heráclito Fortes. Seu propósito estaria ligado à investigação ampla e geral das irregularidades e dos processos que lhes dão causa, objetivando apontar soluções para os problemas estruturais que permitem locupletamentos individualizados.

Segundo as informações obtidas pelo Relatório da CPI “das ONGs”, cerca de 13,7 bilhões foram transferidos para entidades privadas sem fins lucrativos no período de 2001/2006, deste montante, cerca de 5 bilhões destinaram-se a entidades que podem ser identificadas como ONGs. Estima-se que de 01/2003 a 05/2007 cerca de 7.700 entidades privadas sem fins lucrativos teriam firmado convênios, contratos de repasse ou termos de parceria com a União. Foi apurado pelo Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI Gerencial que cerca de 20.000 convênios foram firmados neste período totalizando R\$ 12,6 bilhões em valores. São sem dúvida números muito altos que se originam nos cofres públicos, valores que devem ser destinados a realização da cidadania, garantido a todos acesso aos direitos fundamentais como a saúde, a educação, a moradia. Relevante é o papel prestado pelas ONGs, assim como pelas fundações e demais entidades sem fins lucrativos que visam promover o bem estar social, realizando assim o projeto de cidadania previsto na Magna Carta de 1988, porém, cabe o seguinte



questionamento: até que ponto a existência de repasses oriundos dos cofres públicos e a transferência de responsabilidades estatais contribuem com o avanço do que parece ser o mal do século, a corrupção?

A expressão Estado Democrático de Direito possui o condão de revelar o modelo estatal consagrado na Magna Carta de 1988²¹⁰. Por outro lado, a escolha pela democracia, revela a preocupação deste Estado, mesmo que de modo formal, para com a participação do povo no processo de construção estatal. Claus Offe ao analisar a tradição leninista acerca da democracia afirma que, segundo esta corrente de pensamento “existe uma harmonia inerente entre o domínio do capital e as formas democráticas burguesas, estas últimas servindo apenas para enganar as massas”²¹¹. De modo que, é possível concluir que o capitalismo vale-se dos ideais da democracia para construir seus alicerces sobre um discurso de igualdade e liberdade, onde o bem de todos seria promovido por meio de um Estado de Direito, ou seja, a democracia também assumiria um aspecto formal. E, por meio da implementação de Políticas Públicas, este Estado Democrático de Direito realiza de forma material seus ideais. Ocorre que a realização de Políticas Públicas governamentais como forma de realização da democracia, possui não só resultados favoráveis, mas também, cria um espaço para atividades eticamente incompatíveis com o discurso democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A primeira consideração que se faz após essa breve análise é que a Assistência Social é não só útil, mas também necessária para a construção de um Estado que atenda o mínimo de cidadania necessária. A distribuição dos direitos sociais por meio de Políticas Públicas é um instrumento válido e eficaz no campo das mediações sociais, entretanto, há que pensar em um

²¹⁰ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

²¹¹ OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o “Welfare State” keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. In OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.358.



modelo emancipatório que proporcione o livre desenvolvimento humano dos cidadãos atrelando políticas de distribuição de rendas a políticas educacionais formadoras, bem como políticas de acesso à saúde, moradia, segurança.

A segunda consideração está ligada aos convênios e consórcios firmados pelo poder público e instituições privadas (ONGs, fundações e associações sem fins lucrativos), seria mais oportuno que tais parcerias fossem repensadas de forma a reduzir tais convênios, fazendo com que o poder público passasse a exercer de forma mais ativa tais responsabilidades, entretanto, seria utópico e até mesmo ingênuo afirmar que tais entidades não mais deveriam encarregar-se de atividades voltadas à realização dos Direitos Sociais, até mesmo porque não se deve desencorajar atividades humanitárias ou a solidariedade de um povo. Mas é preciso repensar os modelos e rever o custeio e as obrigações das entidades que recebem financiamento público. A atuação do Tribunal de Contas junto à tais entidades deve ser cada vez mais intenso, assim como, a atuação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e das Promotorias de Justiça. Para que os Direitos Sociais sejam plenamente desenvolvidos e deixe de existir apenas no plano formal é necessário uma ação conjunta dos organismos estatais e da sociedade seja no âmbito da aplicabilidade prática, por meio do desenvolvimento de Políticas Públicas, seja no âmbito da fiscalização dos recursos para implantação destes programas ou no âmbito político, fiscalizando as atividades da administração pública.

REFERÊNCIAS

MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. In MICELI, Sérgio (org). **O que ler na ciência política social brasileira (1970-1995)**. Ciência Política (volume III). São Paulo: Editora Sumaré, 1999, p. 59-99.

OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o “Welfare State” keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. In OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 356-386.

PINTO, Celi Regina Jardim. ONGs. In AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (org). **Corrupção. Ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



SANTOS, Cláudia. A corrupção [Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador] in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 964- 991.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. In *Sociologias* [online]. 2006, n.16, p. 20-44. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=pt&nrm=iso&userID=-2>. Acesso em 26 de novembro de 2012.



ORTOTANÁSIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ORTHOTHASIA AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Antonio José Franco de Souza Pêcego²¹²

Ticiani Garbellini Barbosa Lima²¹³

Sebastião Sérgio da Silveira²¹⁴

RESUMO: A ortotanásia ao longo do tempo tem sido constantemente objeto de intensa discussão sobre a sua aceitação ou não, o que ganha atualmente mais destaque em face das posições adotadas pelo Conselho Federal de Medicina nos últimos anos, a chegada do Testamento Vital e por constar expressamente do Projeto de Reforma do Novo Código Penal Brasileiro. Nessa linha, pretendemos abordar a problemática da sua viável concretização no ordenamento jurídico pátrio e suas eventuais implicações sob o foco da dignidade da pessoa humana, princípio estruturante e fundamental do nosso Estado Democrático de Direito.

PALAVRA-CHAVE: Ortotanásia. Direito. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The orthothanasia over time has been constantly the subject of intense discussion about the acceptance or not, which currently earn more prominence in the face of the positions adopted by the Federal Council of Medicine in recent years, the arrival of the Living Will and contain expressly Reform Project of the New Brazilian Penal Code. In this line, we intend to address the issue of their feasible implementation in national legal system and its possible

²¹² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP/REDE LFG. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Pesquisador pelo CNPq. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Politécnica de Uberlândia – FPU. Juiz de Direito de Entrância Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

²¹³ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP; Possui vínculo de pesquisa pela CAPES; Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP; Advogada inscrita na OAB/SP.

²¹⁴ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP; Mestre em Direito (subárea de Direito Processual Penal), pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Doutorado, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na subárea de Direito Processual Penal, concluído no ano de 2004; Pós doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal, na subárea de Direito Público, concluído no ano de 2011; 8º Promotor de Justiça de Ribeirão Preto, do Ministério Público do Estado de São Paulo; Ex-Procurador do Estado de São Paulo; Professor Titular da Universidade de Ribeirão Preto, onde é Coordenador do Curso de Graduação e de Pós-Graduação em Direito; Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo - FDRP-USP; Integrante do Comitê Executivo Estadual, do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ desde março de 2011.



implications from the standpoint of human dignity, and fundamental structuring principle of our democratic state.

KEYWORD: Orthothanasia. Right. Human dignity.

INTRODUÇÃO

Ortotanásia (morte por cessação do tratamento) ou também literalmente *a morte no tempo certo*, conhecida também como *eutanásia passiva*, é uma das espécies do genero *eutanásia*, sendo que se dá com a interrupção do tratamento destinado a manutenção da vida do paciente, ou mesmo com o não início desse tratamento, fazendo que o grave e irreversível quadro clínico se abrevie com a sua morte a pedido próprio ou de ente querido, em virtude dos graves sofrimentos sem solução de melhoras que padecia em vida o paciente no leito de morte.

Assim, podemos afirmar que num sentido estrito:

Ortotanásia não se confunde com a eutanásia porque nesta um terceiro por sentimento de piedade, abrevia a morte do paciente terminal portador de doença grave e incurável a pedido dele. Uma coisa é aplicar uma injeção letal no paciente (eutanásia), abreviando sua morte; outra distinta é suspender os tratamentos médicos inúteis que prolongam (artificialmente) a vida desse paciente, deixando a morte acontecer no tempo dela (ortotanásia).²¹⁵

Essa questão tem sido objeto de intensos debates jurídicos, religiosos, morais, filosóficos e éticos ao longo do tempo por dizer diretamente respeito ao direito à vida e o de ter uma morte digna.

1 ORTOTANÁSIA NUMA VISÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

A ortotanásia ainda sem previsão legal em âmbito nacional, por alguns é tratada como homicídio, contudo forçoso reconhecer, de plano, no campo jurídico-penal que o atuar médico que interrompe o tratamento do moribundo visa acabar com o sofrimento que padece o paciente que se encontra num quadro clínico irreversível ou terminal, mas não de eliminar ou acabar com

²¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Ortotanásia: Morte Digna?** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 43, ago./set. 2011, p. 56.



a vida do paciente, até porque quem o faz não a realiza de forma arbitrária, uma vez que na ausência de autonomia de vontade do moribundo, procederá apenas quando autorizado pelo (s) ente (s) querido (s), o que se harmoniza com o que preceitua o Pacto de São José da Costa Rica oriundo da Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, do qual o Brasil é signatário desde 2002, veda a *morte arbitrária*.²¹⁶

Em sendo assim, forçosamente, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição da República, há de se ter essa norma como supralegal por ter o *status* de norma constitucional que deve ser observada e respeitada, se sobrepondo a todo o ordenamento infraconstitucional, no nosso modelo de Constituição.

Como se não bastasse, na seara jurídico-penal, há que advogue a tese do *consentimento* válido ser causa supralegal de exclusão da ilicitude do agente, com alguns inclusive afirmando que em havendo *acordo* entre os envolvidos, até mesmo haveria exclusão da tipicidade.

De qualquer maneira, em 2009, no Brasil, o Senador Gerson Camata por meio do Projeto de Lei do Senado Federal nº 116/2000, tentou excluir a ilicitude da *ortotanásia*, lastreado em Resolução que tinha sido produzida em 2006 pelo Conselho Federal de Medicina, contudo a mesma foi suspensa judicialmente em 2007, por meio de liminar concedida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, o que não impediu que esse projeto de lei fosse remetido à Câmara dos Deputados em 22/12/2009, todavia lá se encontra parado até os dias atuais ²¹⁷, apesar de, ao final, o pedido ministerial contido na ação judicialmente ter sido indeferida sem resolução do mérito.

No Equador e Venezuela não há legislação penal que permita expressamente a *eutanásia ativa* e/ou *passiva* (ortotanásia), entretanto, neste último país há vários anos vem se discutindo o tema, como nos aponta Jesús Enrique Ricón Ricón²¹⁸:

²¹⁶ Art. 4º - Direito à vida

1-Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

²¹⁷ PLS – Projeto de Lei no Senado, nº 116 de 2000. Autor: Senador Gerson Camata. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>. Acesso em: 03 mar. 2013.

²¹⁸ **Tratamiento jurídico penal de la eutanásia: Venezuela.** Revista, Barcelona, n. 16, jul. 2005, p. 200.



[...] em dezembro de 2003 o juiz Alejandro Angulo Fontiveros, o então Presidente da Câmara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça, apresentou publicamente projecto de Código Penal, que propõe, entre outras coisas, a legalização da eutanásia, tanto passiva como ativa. Quase um ano depois, em Setembro de 2004, este projecto tornou-se o projeto oficial do Supremo Tribunal de Justiça, a ser aprovado pelo Plenário do mesmo e sendo consignado para análise e discussão pela Assembleia Nacional, onde atualmente para a discussão em um futuro próximo.²¹⁹ (tradução nossa)

Tal previsão acima se aproxima do que prevê o Projeto de Reforma do Novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012)²²⁰ que inicialmente proibia expressamente a *eutanásia* (art. 122) mas ao mesmo tempo viabilizava a ocorrência do seu perdão judicial (§ 1º do art. 122) e a excludente de ilicitude no caso de *ortotanásia* (§ 2º do art. 122)²²¹, contudo, recentemente, em 20/08/2013, o Relator do Projeto no Senado, Senador Pedro Taques, manteve em seu relatório final apenas a licitude da *ortotanásia*, retirando do texto a *eutanásia ativa* que continua ser considerada como homicídio privilegiado.²²²

Nessa linha, embora em Portugal com a reforma do CP de 1982 (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro) haja o enquadramento das situações de *eutanásia ativa* ou *passiva* no rol dos crimes homicídios dolosos, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, assinala que

a doutrina portuguesa aceita que os casos de eutanásia activa indirecta (ou ortotanásia) se podem considerar no âmbito das cláusulas de risco permitido, sempre que a intervenção clínica destinada a minorar o sofrimento do paciente (de acordo com a sua vontade

²¹⁹ [...] en diciembre de 2003 el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, en ése entonces Presidente de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, presentó públicamente un anteproyecto de Código Penal, el cual propone, entre otras cosas, la legalización de la eutanasia, tanto pasiva como activa. Casi un año después, en septiembre de 2004, este anteproyecto se convirtió em el proyecto loficial del Tribunal Supremo de Justicia, al resultar aprobado por la Sala Plena des mismo y al ser consignado paa su análisis y discusión por ante la Asamblea Nacional, donde actualmente se encuentra para su discusión em um futuro cercano.

²²⁰ BRASIL. Senado Federal. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 06 set. 2013.

²²¹ **Eutanásia**

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar à pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

²²² BRASIL. Senado Federal. Portal de Notícias. Disponível em:

<<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/08/20/relatorio-do-novo-codigo-penal-mantem-aborto-e-eutanasia-como-crimes-e-dificulta-progressao-de-regime>>. Acesso em: 31 ago 2013.



expressa ou presumida) tenha como consequência lateral indesejada (mas clinicamente valiosa no caso concreto) um encurtamento (não muito significativo) do período de vida.²²³

Esse fato, segundo o autor supracitado, decorre de interpretação desses enquadramentos, sendo relevante também que constatamos no Código Penal Português em vigor, com essa reforma (Lei n.º 65/98, de 2 de setembro), a tentativa de inclusão da *eutanásia ativa* se deu no artigo 134º (“**Homicídio a pedido da vítima**”).²²⁴

De qualquer forma, constatamos que está ocorrendo, ainda que gradual, uma mudança de paradigma sobre a *ortotanásia*, tomando mais corpo a sua necessária discussão aberta, livre de preconceitos e discriminações, como deve ser num Estado Laico, Democrático e Social de Direito em que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, “valor unificador de todos os direitos fundamentais”.²²⁵

Nesse embalo, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1805/2006, preconizou a prática da ortotanásia no Brasil.

Mais ainda, recentemente, preocupado com a ética médica, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 1995/2012, instituiu o direito dos pacientes decidirem, prévia e expressamente, os cuidados e tratamentos a que desejam ser submetidos quando estiverem no leito, incapacitados de expressar com liberdade e autonomia as suas vontades, instituindo no Brasil o conhecido Testamento Vital ou declaração antecipada de vontade.

Tal Instituto, que prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, à liberdade nos aspectos da coexistência e autonomia da vontade, direitos fundamentais que permitem ao ser humano escolher como deseja terminar a sua história de vida por meio de uma morte digna, prevê a isenção ética do médico que atender essa questão, apontando uma mudança de paradigma médico em que a sua missão principal passa a ser a de aliviar sofrimentos curando de certa forma ou de outra, mas não de salvar vidas que, no caso, compete ao corpo de bombeiros.

²²³ **Tratamento jurídico de la eutanásia: Portugal.** Revista Penal, Barcelona, n. 16, p. 192-194, jul. 2005.

²²⁴ Art. 134.º - Homicídio a pedido da vítima

1 – Quem matar outra pessoa determinada por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.

2 – A tentativa é punível.

²²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95.



CONCLUSÃO

Não restam dúvidas que essa questão tem sido abordada, muitas das vezes, na esfera ética com os discursos parentéticos e não científicos que são aqueles que devem ser prestigiados, contudo nos resta saber, no caso, até que ponto na seara jurídica pode a sacralidade da vida sustentada pelos parentéticos pode influenciar de forma a não autorizar a brevidade da morte de quem se encontra no leito vegetando ou não, num quadro clínico irreversível, prolongando, desnecessariamente, a vida de quem quer ter uma morte digna e sem sofrimentos, ou seja, com qualidade. Se sobre o ponto de vista moral a morte por ação ou omissão não se distingue, sob que ótica ética não representa esse atuar desnecessário um tratamento desumano do moribundo, que passa a sofrer tratamentos paliativos para proporcionar uma sobrevida que atenda apenas sentimentos de outrem ou mesmo interesses outros, transformando o homem em uma coisa ou objeto e não um fim em si mesmo na teoria kantiana.

Tal agir em respeito à liberdade no seu aspecto de autonomia tem correspondência direta com a dignidade da pessoa humana e com *um direito a ter direitos*, no caso, a uma morte digna pelos inúmeros direitos fundamentais que envolvem a questão, bem como o exercício pleno da cidadania moderna (direitos civis, políticos e sociais) que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, mais do que nunca, se faz necessário um enfrentamento da questão, despido do discurso parentético, como vem fazendo o Conselho Federal de Medicina nos últimos anos por meio do seu Código de Ética Médica de 2009, o recente Testamento Vital e, agora, o Projeto de Reforma do Novo Código Penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal e Legislação Complementar. (Colab.) Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



_____. **Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969). (Pacto de São José da Costa Rica).** Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 24 fev. 2013.

_____. **Ortotanásia: Senado aprova lei que exclui de ilicitude a ortotanásia.** *news.med.br.* Notícias e informações sobre saúde. 2013. Disponível em:

<<http://www.news.med.br/p/saude/52543/ortotanasia+senado+aprova+lei+que+exclui+de+ilicitude+a+ortotanasia.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **PLS – Projeto de Lei no Senado, nº 116 de 2000.** Autor: Senador Gerson Camata.

Ementa: Exclui de ilicitude a ortotanásia. (Altera o Código Penal). Data da apresentação: 25/04/2000. Acessível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43807>. Acesso em: 03 mar. 2013.

_____. **Conselho Federal de Medicina: Testamento Vital.** Disponível em:

<http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23585:testamento-vital&catid=46>. Acesso em: 06 set. 2013.

_____. **Conselho Federal de Medicina: Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia.** Disponível em:

<http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida>. Acesso em: 06 set. 2013.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. **Tratamento jurídico de la eutanásia: Portugal.** Revista Penal, Barcelona, n. 16, p. 192-194, jul. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Ortotanásia: Morte Digna?** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 56-57, ago./set. 2011.

PORTUGAL. **Código Penal.** José de Faria Costa (coord.), 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Quarteto, 2000.

RINCÓN RINCÓN, Jesús Enrique. **Tratamento jurídico penal de la eutanásia: Venezuela.** Revista, Barcelona, n. 16, p. 199-204, jul. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.



A PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO ALTERNATIVA NECESSÁRIA À TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA MACHISTA: APONTAMENTOS E EMBATES NO ENSINO FORMAL SUPERIOR

Helena Henkin Coelho Netto²²⁶
Paulo César Corrêa Borges²²⁷

Resumo: A inclusão da disciplina de gênero nos cursos de ensino superior no Brasil apresenta-se como estratégia importante para o enfrentamento da discriminação social no sentido de alcançar a equidade nas relações sociais. O curso de Direito, principalmente na área Penal, forma profissionais alheios/as à discussão de gênero e raça, o que prejudica sobremaneira a promoção dos direitos fundamentais das mulheres. As teorias feministas irão apresentar outra perspectiva para tratar a questão de gênero no ensino formal, que pode ser a alternativa necessária para a formação de uma nova cultura jurídica livre da ideologia machista. Para tanto, além de uma análise formal dos delitos relacionados ao gênero, cabe se fazer também uma análise estrutural da questão, a fim de identificar como a formação androcêntrica da sociedade e do Direito impossibilitam as mulheres de viverem com plenitude seus direitos mais fundamentais, e qual seria o papel da educação, ou do ensino jurídico nesta questão.

Palavras-chave: Gênero. Educação Formal. Ensino Jurídico. Androcentrismo. Direito Penal.

INTRODUÇÃO

A educação formal no Brasil está permeada por uma série de desafios no sentido da desconstrução de ideologias de raça, classe e gênero que contribuem para a manutenção da desigualdade social no país. Este trabalho irá tratar especificamente da educação formal do ensino superior no curso de direito, com ênfase para a disciplina de direito penal.

Acredita-se que o ensino jurídico deveria ter como objetivo máximo a apresentação para as alunas e alunos das possíveis ou necessárias ferramentas para a mudança

²²⁶ Mestranda em Direito do primeiro período pela Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP); atua na área de Direito Penal e Criminologia; Email: helenahcn@gmail.com.

²²⁷ Doutor em direito pela UNESP- Universidade Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP, campus de Franca, Pós-doutor pela Universidade de Sevilla - Espanha (2012), professor Assistente-doutor de Direito Penal e Criminologia do Departamento de Direito Público da UNESP e Coordenador do PPGDIREITO - Programa de Pós-graduação em Direito da UNESP.



social num sentido de possibilitar a emancipação política das pessoas com as quais estas e estes profissionais tiverem de lidar ao longo de suas carreiras.

Dentre estas ferramentas está a introdução da perspectiva de gênero no direito, já que não se pode falar em transformação social ao mesmo tempo em que se exclui a metade da humanidade, neste caso as mulheres.

Muito tem sido falado no sentido da introdução da disciplina de gênero como matéria obrigatória em diversos cursos superiores, porém no direito além desta discussão não ter chegado entende-se que muito mais do que a inclusão desta disciplina em apartado, é essencial a denúncia do androcentrismo em todo o fenômeno jurídico, sendo necessária, em última análise uma reformulação geral do curso de direito em suas bases teóricas para que este corroborasse de maneira satisfatória com a inclusão da perspectiva de gênero no âmbito legal.

A faceta androcêntrica da educação formal superior tem influência direta na elaboração de leis e na prática profissional de indivíduos sem sensibilidade de gênero. Esta questão talvez seja ainda mais determinante no caso da disciplina de direito penal, já que é muito presente o fenômeno da criminalização feminina por razões de gênero, a partir de um direito machista e patriarcal.

1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA UMA TEORIA CRÍTICA E FEMINISTA

Qualquer trabalho científico que tenha suas bases na teoria crítica do direito tem algo em comum. A teoria crítica tem com a ciência um embate constante, no sentido de forjá-la e desconstruí-la, de acordo com o movimento do real. Uma teoria que trate dos direitos da humana²²⁸ e que se auto-intitule crítica e feminista tem como pressuposto básico a escolha clara de uma posição política de transformação social, no sentido de contribuir com a construção da equidade entre homens e mulheres.

Ao se estudar criminologia crítica cabe falar de forma ampla em direitos humanos no

²²⁸ (Este termo foi desenvolvido pelas teóricas feministas da linguagem que argumentam no sentido da língua como expressão do machismo, que universaliza conceitos através de palavras no masculino. Por isto, ao invés de direitos humanos (ou dos humanos) das mulheres, opta-se por utilizar direitos das humanas, a fim de combater, também através da língua, a opressão de gênero.)



sentido de que a teoria crítica destes consiste no combate real a todas as formas de opressão por razões sexuais e de gênero, raciais, étnicas, etárias e de classe. A criminologia crítica feminista traz em seu bojo o combate a opressão das mulheres incluídas num sistema penal que é seletivo e conservador.

A teoria crítica feminista trouxe, ao longo da história recente, uma contribuição essencial para as teorias críticas em geral, qual seja, a do entendimento de que uma ciência considerada neutra e livre de ideologias para discutir a questão de gênero seria improvável, já que esta foi pensada, consolidada e registrada por homens em sua grande maioria. As mulheres que tentaram se aventurar nos estudos e investigações científicas nos dois últimos séculos muitas vezes receberam descaso e discriminação por conta da falta de cientificidade de seus trabalhos, o que em verdade pode ser compreendido hoje como uma nova proposta de ciência, menos descolada da realidade, e por isso, talvez mais comprometida e disposta a dar voz e identidade para os sujeitos e sujeitas, objetos das análises sociais.

Para Agostinho Ramalho (2001, p. 19) “Toda pesquisa criadora é um trabalho de construção de conhecimentos novos, mas uma construção ativa, engajada, e não uma simples captação passiva da realidade, porque o conhecimento não pode ser puro reflexo do real como querem os positivistas.” Desta forma, este trabalho irá problematizar dois assuntos que se encontram na figura da mulher. Pretende-se fazer uma análise de gênero do fenômeno legal, na sua esfera penal, com o objetivo de entender as diferentes formas de opressão que sofre a mulher encarcerada no Brasil. Além disto, também será possível compreender como o direito penal androcêntrico atinge as mulheres ao negar-lhe proteção e direitos por conta de seu gênero, e a quais consequências isto pode chegar, como é o caso da tutela penal da sexualidade feminina e dos delitos de gênero.

2 GÊNERO E ENSINO JURIDICO FORMAL

A Perspectiva de gênero, encarada como disciplina obrigatória é um horizonte de sentido atualmente distante para a realidade brasileira, já que o mais recente Plano Nacional de Educação, sancionado no ano de 2014, exclui o termo “gênero” de suas linhas, tornando os



objetivos de equidade na educação um pouco mais vagos do que o indicado para o atual momento histórico do país.

Esta disciplina, vislumbrada no curso de direito, e mais especificamente na área do Direito Penal seria determinante para que fosse evidenciado o machismo no tratamento dado à mulher na legislação penal atual, e na sua execução. As teorias feministas apresentam diversas propostas no sentido de aproximar o fenômeno jurídico das demandas sociais por equidade de gênero.

Segundo Olga Espinoza (2004, p.74) o feminismo trouxe para a criminologia cinco grandes contribuições. A primeira delas consiste na introdução da perspectiva de gênero na análise do sistema carcerário. Isso implica no entendimento de que a prisão não é instituição isolada, dentro dela se reproduzem os valores patriarcais e os papéis sociais determinados para homens e para mulheres. Desta forma é possível compreender que a ciência criminal, inclusive a criminologia crítica até então partir de uma perspectiva androcêntrica, que elimina qualquer possibilidade de compreensão do universo feminino na prisão. Nesse sentido Alda Facio (1999, p.15) tem clareza em afirmar que:

Es así que la teoría jurídica ha creado una verdadera imposibilidad de igualdad entre hombres y mujeres, ha hecho que el concepto de igualdad jurídica presuponga semejanza o desigualdad y como el concepto de igualdad jurídica presuponga semejanza o desigualdad y como el concepto de sexo presupone diferencia mutua, la igualdad sexual es imposible, si se parte de esta teoría.

Nesse ponto é importante refletir que esta não é uma proposta de considerar que as mulheres mereçam um tratamento especial, ou que sejam uma exceção à regra geral, e sim que seja abandonado o paradigma androcêntrico, no sentido de que se parta do pressuposto da diversidade e não de um modelo de ser humano do sexo masculino ocidental, branco, católico, para se fazer qualquer análise social e qualquer planejamento de necessidades a serem supridas, como é o caso das prisões femininas, projetadas para homens e suas necessidades. Segundo Espinoza (2004, p.75):

[...] essa proposta, que exprime uma postura favorável às mulheres e apresenta o desvio delas em relação ao status de sujeitos oprimidos na sociedade, não pretende “combater” o “crime” desse grupo, mas as condições de exclusão que as afeta como grupo.



A segunda contribuição consiste no estudo e observação dos atores como sujeitos históricos. Isso significa um grande passo para a ciência no sentido de deixar de lado os valores positivistas de neutralidade como pressuposto para a cientificidade, e desta forma começar a dar à ciência cor, raça, classe, identidade e voz.

Outra contribuição notável é a valorização da interdisciplinaridade, já que apenas as teorias jurídicas seriam insuficientes para qualquer análise de gênero. Isso trouxe importantes mudanças para a criminologia, que passou a se valer de outras disciplinas para analisar o fenômeno da criminalidade, o que permite olhares diversos sobre o mesmo tema e mais possibilidades de pensar alternativas ao sistema prisional atual.

A proposição de uma visão macroestrutural da criminalização também foi de igual importância. É necessário entender as mulheres como mais um dos grupos criminalizados por estar inserido num estado capitalista e patriarcal. Além disso, a criminalização de certos grupos da sociedade é uma questão que viola direitos humanos, e por isso o seu estudo deve contar em primeira instância com a teoria crítica dos direitos humanos como instrumento de investigação.

A última contribuição do feminismo aos estudos criminológicos a ser citada é primordial para o entendimento da criminologia como um vetor que compõe os direitos humanos das mulheres. Consiste na denúncia do caráter androcêntrico na criminologia, que tem uma visão parcial ao partir de um referencial masculino de análise. A criminologia feminista vem provar que este referencial é insuficiente e não contempla nem mesmo a todos os homens.

CONCLUSÃO

Analisar a questão da mulher encarcerada sob uma perspectiva crítica dos direitos humanos é, sobretudo compreender que não se tratam de especificidades, e sim de metade da humanidade que é invisibilizada caso não se encaixe socialmente na ideologia patriarcal. Não é possível falar de direitos humanos das mulheres sem se dispor a estudar todas as questões que a envolvem através de uma metodologia de análise de gênero. O fenômeno legal, forjado na ideologia machista e disseminador desta não pode ficar de fora dessa proposta de nova análise, já



que a positivação faz parte de todo o processo de formação ou “deformação” de consciência política na sociedade.

Existe ainda hoje a necessidade de sensibilização social sobre a necessidade do estudo da questão de gênero, de maneira brilhante Alda Facio (1999, p.4) argumenta nesse sentido:

[...] si bien es cierto que los hombres han sufrido discriminaciones por su pertenencia a una clase, etnia, y/o preferência sexual, etc., oprimida, NINGUN hombre há sufrid la discriminación por pertenecer al sexo masculino mientras que TODAS las mujeres la sufrimos por pertenecer al sexo femenino (además de que la mayoría de las mujeres sufrimos también la discriminación por clase, etnia, y/o preferência sexual, etc).

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo. Tradução Sergio Millet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BORGES, Paulo César Corrêa. Responsabilidade do Estado: reparação dos danos causados pelo crime, cometido durante a execução penal. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 1998.

_____. Direito penal democrático. Franca: Lemos & Cruz, 2005.

_____. Marcadores sociais da diferença e repressão penal /Paulo César Corrêa Borges (Organizador): São Paulo: NETPDH: Cultura Acadêmica, 2011.

_____. Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: Homenagem a Alessandro Baratta /Paulo César Corrêa Borges (Organizador): São Paulo: NETPDH: Cultura Acadêmica, 2012.

_____. Sistema Penal e Gênero: tópicos para a emancipação feminina /Paulo César Corrêa Borges (Organizador): São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. Porto Alegre: Themis Assessoria Jurídica.

FACIO, Alda. Hacia Cuando el Genero Suená Cambios Trae (una metodología dpara annálises de género del fenómeno legal) 3. Ed.Sán José: Ilanud, 1999.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



NETO, Agostinho Ramalho Marques. A ciência do direito: conceito, objeto, método. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

RÚBIO, David Sánchez. Repensar Derechos Humanos. De la anestesia a la sinestesia. Editorial MAD, 2007. _____. Encantos y desencantos de Derechos Humanos: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones. Barcelona: Editorial Icaria, 2011.

SCOTT, Joan - Gender: An Useful Category of Historical Analyses. Gender and the Politics of History. New York. Columbia University Press. 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do Sistema Penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. _____. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.



DIREITOS COLETIVOS, UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DE SUA PROTEÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Karen Affonso Bevilaqua

A aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, trouxe a emergência de se positivar um novo constitucionalismo, de inspiração nitidamente humanista, que conferiu à Constituição, Lei Maior do Estado, papel de primazia e de direcionamento em relação ao ordenamento jurídico-positivo. Desse modo, ela deixou de ser entendida como mera “carta de intenções políticas”, passando a ser reconhecida com a devida preponderância, de efetiva força normativa que irradia e norteia todo Direito infraconstitucional.

A dualidade existente entre o direito público e o direito privado tem sofrido, especialmente nas três últimas décadas do século passado, intensas críticas principalmente nos países de tradição romana do direito. A partir do momento em que a expressão “interesse público” passou a designar os interesses sociais do indivíduo e principalmente da sociedade, o próprio legislador deixou para trás o conceito de interesse público como interesse do Estado, passando a identificá-lo como o interesse da coletividade como um todo.

Desse modo, a classificação do direito se divide entre as esferas pública e privada, sendo que esta segmentação designa a noção de fortalecimento do Estado como ente de direito, com personalidade jurídica própria, embora seja de sua característica fundamental a defesa dos interesses e dos bens públicos, ou seja, de toda uma coletividade, envolvendo sociedade civil e os cidadãos.

Habermas²²⁹ descreve a esfera pública não mais como um agregado de indivíduos que formam o público, mas formada por grupos auto organizados em uma arena para a exposição de problemas que necessitam ser elaborados pelo sistema político. Portanto, não é uma instituição, organização, ou sistema. Não regula, pois não tem uma estrutura normativa. Caracteriza-se pela sua abertura, por ser permeável e se deslocar, sendo um fenômeno social. Todos os assuntos são tidos como passíveis de debate na esfera pública, desde que ganhem status político de um tema de

²²⁹ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.45.



interesse geral. Podem ser debatidos temas como a definição de regras comuns e de metas pragmáticas, considerações de justiça, problemas de identidade e autoentendimento cultural, processos de monitoramento das autoridades e prestações de contas.

No contexto do Estado Liberal, o Direito Público passa a ser compreendido como “repertório mínimo de disposições e instrumentos referentes ao governo representativo”²³⁰ enquanto o Direito Privado radicaliza a emancipação do indivíduo, cujo elemento central é o contrato.

É nesse panorama que se pode perceber uma nítida assimetria na relação público-privado. O domínio do privado, nesse cenário em que prevalece o liberalismo (político e econômico), é superdimensionado. A invenção moderna do indivíduo – agora libertado das ‘ordens’ ou ‘estados’ que caracterizavam o Antigo Regime – permite que a forma jurídica dominante seja a do contrato, que mantém a afirmação (mesmo que fictícia, no plano material) de igualdade entre as partes acordantes. Como uma decorrência natural da luta contra o Absolutismo – e também para uma justificação operativa acerca da posição de certas camadas superiores da sociedade – o público, inteiramente associado ao Estado (observe-se que o século XIX é o período de afirmação da maioria dos Estados-Nação na Europa) é visto com desconfiança, ou mesmo reserva. [...] É nessa quadra histórica que se inicia o interesse – ainda presente – de delimitar a divisão entre Direito Público e Direito Privado.²³¹

Desse modo, ante a necessidade de o Estado reconhecer questões comuns a toda coletividade, grupos, classes ou categorias profissionais, e com o objetivo de viabilizar interesses que não são necessariamente estatais, desenvolveu-se a instância de direitos transindividuais, os quais transcendem o âmbito puramente individual, consistindo exclusivamente de situações e demandas em que a sociedade seja interessada.

Por interesses transindividuais entende-se como sendo a parcela de interesses pertencentes a grande número de pessoas unidas por situações comuns, situando-se em terreno intermediário entre o direito privado e o direito público.

As primeiras concepções acerca do tema devem-se a Mauro Cappelletti:

²³⁰ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira [org.]. O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 37.

²³¹ Op cit.



A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre estas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema.²³²

A origem das ações envolvendo uma pluralidade de pessoas perde-se na história do Direito romano. O nome ação popular deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, ut singuli, mas a coletividade. O que lhe dá conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: interesse da coletividade. Ela há de visar a defesa de direito ou interesse público. O qualificativo popular prende-se a isto: defesa da coisa pública, coisa do povo (publicum, de populicum, de populum).²³³

No Brasil, esses interesses só tiveram destaque e efetiva proteção a partir da década de 1960, através da lei 4.717/65 – Lei da Ação Popular, pois a defesa do tesouro representava um interesse metaindividual por tratar-se de um bem público.

Ante a necessidade de denominação e classificação desses direitos a doutrina se encarregou de trazer a segmentação conforme Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. lecionam:

Denominam-se direitos coletivos lato sensu os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos stricto sensu e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e os acidentalmente coletivos (individuais homogêneos).²³⁴

Toda ação popular consiste na possibilidade de qual-quer membro da coletividade, com maior ou menor amplitude invocar a tutela jurisdicional a interesse coletivos.

A ação popular constitucional brasileira inclui-se no art. 5º, inc. LXXIII, nos termos: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao

²³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49.

²³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.256.

²³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2, 4,p.86.



meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Somente, na década de 1980, foi publicada a lei 7347/85, lei que regulamentou a Ação Civil Pública, constituindo mecanismo de extrema relevância no combate à lesão ao meio ambiente, direitos dos consumidores, além de outros de interesse difuso.

Trazendo para o contexto dos últimos 20 anos, a constituição de 1988 originada após o final da ditadura militar período de imensa inquietude e conturbação cultural e social da história brasileira, em que militares detinham todo o controle no governo da nação, trouxe a transição para o regime de Estado Democrático de Direito, que se deu por meio da promulgação desta constituição preocupada em garantir os Direitos para que fossem evitadas arbitrariedades cometidas por parte do Estado.²³⁵

Diante de todo seu conjunto histórico, o legislador constituinte preocupado com as possíveis mudanças que poderiam advir no futuro, acabou por instituir cláusulas pétreas, em que ficam resguardos os direitos fundamentais e a forma federativa de Estado.

Outro fator histórico de extrema relevância para contextualizar o surgimento da Constituição de 1988, foi o termino da guerra fria, de maneira que esta adotou visões já neoliberais, acabando por ser um marco para a redemocratização do país, revelando enorme preocupação com interesses que dizem respeito indistintamente a todas as pessoas, própria essência da função do Estado e a dignidade da pessoa humana (art 1º, III), e mais especificadamente, em seu artigo 5º a concretização dos Direitos Individuais, cuja abrangência se mostra metaindividual.

E em seu inciso XXXII do artigo 5º da referida Constituição Federal verifica-se a ordem para que o Estado promova, na forma da lei, a defesa do consumidor, que se constitui em uma evidência inequívoca da vocação difusa embutida na Carta Magna.

Outra ordem relevante com esse mesmo intuito de tutelar interesses coletivos é o disposto no artigo 225, em que há a fixação das bases institucionais para o desenvolvimento dos direitos difusos ao determinar que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.102.



equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

No progresso obtido, principalmente com o pós-guerra de 1945, os direitos até então vistos de forma extremamente individualista nos séculos XVIII e XIX, foram sendo repensados pelo entendimento de que a tutela aos indivíduos isoladamente considerados se configurava inidônea aos resultados esperados pela sociedade de então²³⁶.

Em outras palavras, dever-se-ia pensar, de agora em diante, no coletivo, não bastando a tutela meramente egocêntrica.

De acordo com clássica construção doutrinária, os direitos fundamentais que hoje encontram-se positivados em nosso ordenamento constitucional podem ser ter sua evolução demarcada em três grandes grupos, que se observaram em momentos históricos distintos. Neste sentido é que se falam nas denominadas gerações ou dimensões de direitos.

Facilmente constata-se no mundo contemporâneo uma série de questões que transcendem a esfera de interesse dos particulares. Em um momento inicial, a principal preocupação do ordenamento jurídico era a de tutelar os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, surgidos com o Estado liberal do século XVIII, atinentes à liberdade, à igualdade e à propriedade, impondo ao Estado uma abstenção, um afastamento para permitir o exercício dos direitos de cada cidadão. Em uma fase segunda, determinada pelo Estado social, têm início os direitos de segunda dimensão, de cunho positivo, exigindo melhoria da qualidade de vida e trabalho do cidadão, aí incluídos o direito à saúde, à educação e ao trabalho como instrumentos necessários para implementação efetiva dos direitos individuais. A terceira dimensão, por sua vez, rompe com a titularidade exclusivamente individual dos direitos e interesses, demandando ativa participação do cidadão na defesa da coletividade, a qual abrange o direito à paz, à solidariedade, ao ambiente sadio, os direitos do consumidor, ou seja, interesses massificados, coletivos, metaindividuais.

²³⁶ BASTOS, Pedro Ivo de Assis. História do Brasil. 7. ed. São Paulo: Editora Moderna, 2002, p.136.



Segundo posicionamento de Ingo Sarlet²³⁷:

“[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...]”

Embora se fale em gerações, não existe qualquer relação de hierarquia entre estes direitos, mesmo porque todos interagem entre si, de nada servindo um sem a existência dos outros. Esta terminologia adveio apenas em decorrência do tempo de surgimento, na eterna e constante busca do homem por mais proteção e mais garantias, com o objetivo de alcançar uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna, como defendia Norberto Bobbio.²³⁸

A positivação de tal espécie de direitos representa, inegavelmente, uma grande conquista por parte da sociedade moderna, de modo que outra não é a conclusão a que chegam Marinoni e Arenhart, ao afirmarem que “o surgimento dessa nova categoria de direitos exigiu que o processo civil fosse remodelado para atender adequadamente as necessidades da sociedade contemporânea”.²³⁹

Embora haja inúmeras dificuldades quanto à tutela jurisdicional dessa nova classe de interesses não podemos perder de vista nem permitir que isso a afaste de seu principal objetivo, a tutela de interesses, agora não mais individuais, mas sim pertencentes a toda uma coletividade, que está às vezes determinada, mas que na maioria das vezes se mostra indeterminada porquanto atingir um número imenso de cidadãos de uma dada sociedade.

Se é fato que não existe sociedade sem Direito e nem este sem aquela, as leis de determinado Estado devem estar direcionadas a constante evolução através da qual caminham aqueles à quem sua ordem se destina, sob pena de se ter direitos não reconhecidos ou, em sendo consagrados pelo ordenamento, não se encontrarem concretamente efetivados perante seus titulares.

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8. Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55.

²³⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p. Tradução de Nelson Coutinho.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.37.



SOCIEDADE LITIGIOSA: MOROSIDADE DA JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

LITIGIOUS SOCIETY: THE UNREASONABLE TIME OF JUDICIAL PROCEEDING AND THE USE OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS AS A POSSIBLE EFFECTIVE SOLUTION

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini²⁴⁰
Ticiani Garbellini Barbosa Lima²⁴¹
Ana Caroline Vasconcelos Silva²⁴²
Juliana Malandrino Luciano Gomes²⁴³
Válder Bocalon Migliorini²⁴⁴
Luísa Alves Rodrigues da Cunha²⁴⁵
Kerton Nascimento e Costa²⁴⁶
Letícia Martins de Oliveira²⁴⁷
Gustavo Renê Mantovani Godoy²⁴⁸

²⁴⁰ Mestre e Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Unaerp-Ribeirão Preto. Juíza de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

²⁴¹ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. Possui vínculo de pesquisa pela CAPES. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito "Laudo de Camargo" - da UNAERP. Advogada inscrita na OAB/SP.

²⁴² Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

²⁴³ Mestranda em Direito Coletivo e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professora. Advogada e Coordenadora da Comissão de Direitos Coletivos e Cidadania da OAB São Paulo 12ª subseção.

²⁴⁴ Advogado. Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Paulista – UNIP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Franca – UNIFRAN.

²⁴⁵ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP/SP. Especialista em Direito Público pela Faculdade Milton Campos. Analista em auditoria, regulação e fiscalização em saúde no município de Uberaba/MG e professora do curso de Direito da Universidade de Uberaba (UNIUBE).

²⁴⁶ Mestrando em Direitos Coletivos pela UNAERP, bolsista CAPES, servidor público estadual da secretária da segurança pública

²⁴⁷ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto e também pela Universidade de Coimbra. Possui vínculo de pesquisa pela Capes. UNISUL – Especialização em Ciências Criminais. UNIDERP – Especialização em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela. Advogada inscrita na OAB/SP.

²⁴⁸ Advogado, professor Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro (IMESB), Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito



Carlos Eduardo Gasparoto²⁴⁹

Antonio José Franco de Souza Pêcego²⁵⁰

Aline Viviane Alvarenga Silva Baioni²⁵¹

Roberto Inácio Barbosa Filho²⁵²

Thiago Carvalho de Melo²⁵³

Jacqueline Malta Salim²⁵⁴

RESUMO: Este trabalho aborda empecilhos à duração razoável do processo que resultam na morosidade judicial. Esta se deve não só as carências do poder Judiciário, mas também à excessiva judicialização. A utilização dos métodos alternativos de resolução de conflito, sob o aspecto de sua efetividade e de sua aptidão para promover a paz social (solução e prevenção), revela-se um possível meio adequado à solução da problemática apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: Duração razoável do processo. Métodos alternativos de solução de conflito. Efetividade

ABSTRACT: The aim of this article is to make an analysis of the obstacles to reasonable time of proceeding, as its length in Brazilian Judiciary. This issue involves not only the judiciary deficiencies, but also the excessive judicialization. The alternative dispute resolution methods, in the aspect of the its effectiveness and suitability to promote social peace (by solution and prevention), reveals itself as a possible effective solution.

KEYWORDS: Reasonable time of proceeding. Alternative dispute resolution methods. Effectiveness

²⁴⁹ Advogado, Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania por meio da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

²⁵⁰ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP/REDE LFG. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Pesquisador pelo CNPq. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Politécnica de Uberlândia – FPU. Juiz de Direito de Entrância Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

²⁵¹ Mestranda em Direito Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP, Especialista em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito – EPD, Bacharel em Direito pela UNIFEB. Atualmente é advogada (Escritório de Advocacia), analista fiscal (R. da Silva Ampliando Horizontes Contabilidade) e pesquisadora da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP.

²⁵² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Franca – UNIFRAN. Especialista em Direito Público pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP. Advogado. Vereador da Câmara Municipal de Ituverava.

²⁵³ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. PUC Minas – Graduado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. FACAB – Docente em Direito e Processo do Trabalho na Graduação. Advogado inscrito na OAB/SP.

²⁵⁴ Advogada, Especialista em Direito Tributário pelo IBET e Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, sendo bolsista do PROSBUP/CAPES.



INTRODUÇÃO

Atualmente a sociedade se mostra altamente litigiosa e o quadro que vislumbramos é o de que todo e qualquer conflito, ainda que mínimo ou uma ameaça de lesão a direito, são levados às cortes.

De todos os métodos usuais de resolução de litígios, o judicial é aquele reputado pela sociedade como o mais efetivo e legítimo.

O acesso à Justiça é considerado como sinônimo de acesso aos Tribunais.

A sociedade espera que todas as controvérsias sejam resolvidas em juízo. A própria formação profissional dos estudantes do curso de ciências jurídicas e sociais o faz relacionar acesso à justiça com uma prestação jurisdicional pela Justiça Pública.

O método processual, portanto, tornou-se corriqueiro, frequente e até mesmo banal, não importa a dimensão do conflito, a primeira solução que se busca é o acesso à justiça.

O Estado deve proporcionar, de modo efetivo, outros meios de solução de conflitos, investindo em políticas públicas, porque acesso à justiça não é sinônimo de acesso a jurisdição

Atualmente vivemos numa sociedade massificada, a velocidade dos fatos não é compatível com o sistema judiciário ofertado pelo Estado, tais como: os problemas no trânsito, no condomínio, em nossas inúmeras relações de consumo, tudo isso leva ao aumento vertiginoso do ajuizamento de ações.

Além do aumento da quantidade de demandas no judiciário, o Código de Processo Civil, apresenta perfil individualista. O quadro que encontramos é de processo em serie que repetem a mesma tese jurídica e que demandam julgamento individual, até mesmo porque não temos cultura consolidada do uso de ações coletivas.

Nesse contexto, para enfrentar a crise do Poder Judiciário é preciso investir e incentivar o uso de ações coletivas e aceitar os métodos alternativos de solução de conflitos como adequados e eficientes.



1 SOCIEDADE LITIGIOSA E A CRISE DA JUSTIÇA

A crise que o judiciário brasileiro enfrenta hodiernamente está relacionada principalmente com a crescente demanda de conflitos existentes na sociedade.

Essa litigância decorre da relação massificada existente na sociedade que busca solucionar todos os seus conflitos perante o judiciário.

Nesse contexto, verifica-se a transferência de responsabilidade do cidadão que outorga poderes para o magistrado solucionar seu problema, seja ele com o vizinho, acidente de trânsito, relação de consumo, não importa o conteúdo, as demandas sociais restam, por fim, delegadas ao Poder Judiciário.

Existem críticas com relação ao processo como método, instrumento típico de solução de controvérsias, sendo considerados por muitos como inadequado e não conclusivo, mas mesmo assim, o mais utilizado entre a população.

Outro aspecto pertinente a ser levado em consideração é o da eficiência e efetividade processual, referente à duração do processo. Sabemos que no judiciário brasileiro, os magistrados trabalham, muitas vezes com o propósito de eliminar processos e cumprir metas, já que sua avaliação é feita com base em sua produtividade numérica o que, contudo, não nos parece ser adequado.

A esse respeito já escrevemos que:

A efetividade do processo é exigência premente em tempos atuais. É cediço que a coletividade anseia por uma atividade jurisdicional capaz de emitir julgamentos céleres e eficazes e apta para garantir o efetivo cumprimento de seus julgados.²⁵⁵

O conflito entre quantidade e qualidade não deveria ser motivo de preocupação para as partes que estão litigando e os magistrados, já que a solução do processo deveria ocorrer em tempo justo, razoável, cumprindo assim a garantia legal prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, sendo “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

²⁵⁵ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli, **O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade**: morosidade da justiça, insuficiência de poderes de *imperium* do magistrato e as deficiências da execução civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 19.



A duração razoável do processo e efetividade são metas a serem alcançadas.

Neste contexto devemos indagar sobre a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos com a intenção de disponibilizar e melhorar outros meios, auto e heterocompositivos e, simultaneamente, trabalhar com as demandas repetitivas, evitando que continuem exigindo enfrentamento individual.

2 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A utilização dos métodos alternativos de solução de controvérsias, é, por certo, uma das possíveis soluções à crise do Poder Judiciário.

Importante destacar que a finalidade não seria apenas retirar processos dos tribunais a fim de que sejam solucionadas em outras searas. O ideal seria que as pessoas utilizem a solução mais adequada para resolver seu conflito, sendo que ao utilizar tais métodos o exercício de cidadania esta sendo fielmente praticado.

Os meios alternativos têm o foco na pessoa em crise, já que postula uma abordagem diferente do litígio, buscando a solução mais adequada ao caso concreto.

Podemos elencar as razões que levaram os meios alternativos a estarem atualmente em voga, sendo que sua utilização é realmente importante até mesmo pelo exercício de cidadania.

As que merecem destaque são: i) a crise do direito e da justiça social; ii) crescente desejo do cidadão em participar da resolução dos seus conflitos.

O cidadão não quer apenas que seu conflito seja resolvido de modo rápido, ele quer uma solução rápida e com qualidade.

É o caso por exemplo da mediação, no qual, parte-se do princípio que conflito e lide não são a mesma coisa, ela trata o conflito como um todo e não apenas aquela porção dele que normalmente é levada ao Judiciário. Realiza-se o tratamento completo do conflito.

Como bem explica Mariana França Gouveia “não se trata de fazer o mesmo mais rápido, mas o de fazer diferente e, em certos casos, melhor”.²⁵⁶

²⁵⁶ GOUVEIA, Mariana França, **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 25.



Aceitando que existem diversas formas de resolver conflitos que não apenas o processo judicial, surge espaço aos meios alternativos, ganhando lugar de destaque, como importante instrumento, valorizando até mesmo o exercício de cidadania e democracia, já que a participação do envolvido no conflito é muito mais ativa.

Como já escrevemos outrora:

É imperioso, para o bem estar individual e social, que haja uma mudança de paradigma na resolução dos conflitos, a fim de se passar de um modelo competitivo e violento para um baseado na cooperação e concórdia, envolvendo pessoalmente as partes, a sociedade civil e os operadores do direito, resgatando a cidadania, permitindo-se que participem ativamente na solução de seus conflitos, encontrando-se para cada litígio a solução mais adequada.²⁵⁷

A maior vantagem desses métodos está em sua aptidão não apenas para resolver o conflito apresentado, mas em reestabelecer as relações interpessoais e possibilitar a paz social.

CONCLUSÕES

A prestação jurisdicional, em regra, não é tempestiva e efetiva, dadas as mazelas do Judiciário, falta de recursos materiais, estruturais e humanos.

Ao se impor aos magistrados metas e avaliações levando em consideração apenas as quantidades de processos julgados em determinados períodos, olvida-se por vezes da qualidade, da decisão e sua aptidão para promover a paz social.

Nesse contexto, as soluções alternativas de litígios estimulam a prática da cidadania, tornando os demandantes como partes ativas da solução do conflito, de forma a possibilitar assim no conflito solucionado como um todo.

REFERÊNCIAS

²⁵⁷ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direitos de Franca**, v. 5, n. 1, p. 122, jul. 2012. ISSN 1983-4225. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/158>>. Acesso em: 26 fev 2014.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito



GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014

LIEBERMAN, Jethro K. **The litigious society**, Basic Book Inc. Publishers: New York, 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAMPAIO, Jorge. Prefácio à obra “**Novas exigências do processo civil**”. Coimbra Editora, v.1, 2007.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 237-253, ago. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970/2313>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

_____. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da justiça. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direitos de Franca**, v. 5, n. 1, p. 105-126, jul. 2012. ISSN 1983-4225. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/158>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

_____. **O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade: morosidade da justiça, insuficiência de poderes de imperium do magistrado e as deficiências da execução civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau: análise das regras vigentes e daquelas inseridas no CPC projetado. **Revista de Processo**, v. 234, p. 181-207, 2014.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; LIMA, Ticiani Garbellini Barbosa Lima. Sociedade litigiosa: buscando soluções inconventionais para resolver conflitos massificados. **Revista Paradigma**, a. XVIII, n. 22, p. 292-308, jan./dez. 2013. ISSN 2318-8650. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/295/326>>. Acesso em: 16 out. 2014.



Os precedentes vinculantes e a qualidade da prestação jurisdicional

Ivan Pinheiro de Figueiredo²⁵⁸

RESUMO: O debate acerca do papel a ser exercido pela jurisprudência no processo civil brasileiro não é recente. Desde o período Colonial, diversos institutos foram desenvolvidos com o fito de garantir maior unidade às decisões jurisdicionais. No Código vigente, a preocupação inspirou a criação do incidente de uniformização de jurisprudência. O projeto de Novo Código de Processo Civil confere nova disciplina à matéria e amplia o papel dos precedentes, ao conferir-lhes força vinculante. A partir daí, e tendo em vista que a decisão judicial resulta de processo que ultrapassa o mero descobrimento de sentido do texto e consubstancia atribuição de normatividade ao suporte textual, que contém em sua estrutura dados factuais e contra factuais, procura-se analisar o resultado da proposta constante do projeto de Novo Código de Processo Civil em relação ao tratamento conferido aos precedentes. Nota-se que dois caminhos se abrem, e que a escolha por um deles, consistente no fechamento da jurisdição em razão do uso do precedente, pode acarretar em perda qualitativa na prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Precedentes vinculantes. Projeto de Novo Código de Processo Civil. Interpretação. Prestação Jurisdicional.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Projeto de Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010,²⁵⁹ no Senado Federal e PL 8046/10,²⁶⁰ na Câmara dos Deputados), a discussão sobre a ampliação do papel exercido pelos precedentes judiciais na tomada de decisões no Brasil foi ampliada. A preocupação com a valorização da jurisprudência vem ressaltada desde a exposição de motivos

²⁵⁸ Mestrando em Direito pela UNESP – campus Franca. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (em andamento). Email: ivanpfigueiredo@gmail.com.

²⁵⁹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em 03 abr. 2014.

²⁶⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em 03 abr. 2014.



do Anteprojeto do novo Código²⁶¹ e resulta, na redação aprovada pela Câmara dos Deputados, na formação de Capítulo específico para a regulamentação dos precedentes judiciais.²⁶²

Apesar de potencializado, o debate em questão não é novo. No Brasil, a preocupação com a uniformização da jurisprudência regressa às Ordenações Manuelinas, através dos assentos, perpassa o Império, nos termos da Lei 2.684/75, que internalizou os assentos da Corte de Lisboa, e é mantido depois da proclamação da República, não mais na forma de assentos, mas nas figuras da revista e do prejudgado, incorporados no Código de Processo Civil de 1939.²⁶³ Outro passo foi dado por força de emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, datada de 30 de agosto de 1963, quando a súmula de jurisprudência é instituída e, já em 1964, as primeiras 370 ementas são aprovadas.²⁶⁴

No Código de Processo Civil em vigor, de 1973, a revista e o prejudgado foram substituídos pelo Incidente de Uniformização de Jurisprudência, conformada nos artigos 476 a 479 do diploma. Subjetivamente complexo, o julgamento do incidente é dividido: o pleno do tribunal resolve a tese atinente à *quaestio iuris*, emitindo depois súmula de jurisprudência dominante, enquanto ao órgão fracionário suscitante incumbe o julgamento do caso concreto.²⁶⁵

Outros muitos dispositivos trataram da uniformização da jurisprudência, a pretexto de garantir integridade ao direito, impedindo a proliferação de decisões contraditórias acerca de matéria afim.²⁶⁶

O projeto de Código de Processo Civil, portanto, apenas continua, em alguma medida, trilhando a senda aberta há muitos anos na história da regulação do processo civil brasileiro. Todavia, o projeto de lei avança em relação à disciplina em vigor, ao definir que juízes

²⁶¹ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 03 abr. 2014.

²⁶² O Capítulo XV, do Título I, da Parte Especial, composto pelos artigos 520 a 522. Os artigos utilizados nesse trabalho fazem referência à versão do Projeto de Lei aprovado pela Câmara dos Deputados.

²⁶³ BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 34, n. 139, p. 193-199. jul. 1985. Disponível em: <<http://goo.gl/nLk3BT>>. Acesso em 27 mar. 2014.

²⁶⁴ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 145, p. 1, jul./set. 1981. Disponível em: <<http://goo.gl/i6W042>>. Acesso em 30 abr. 2014.

²⁶⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004. p. 264; BUZAID, Alfredo. Uniformização... p. 218.

²⁶⁶ É o caso dos recursos especial e extraordinário fundados em interpretação jurisprudencial divergente, da força vinculante das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, da repercussão geral, dos julgamentos representativos de controvérsia, dentre outros.



e tribunais seguirão os precedentes dos órgãos de hierarquia funcional superior, nos termos do artigo 521 e incisos.

Esse será o ponto central de discussão do presente trabalho.

1. Precedente, aplicação e linguagem

O aumento na utilização dos precedentes para a resolução de disputas judicializadas é animado, em linhas gerais, pelo desejo de eliminar o dissídio jurisprudencial em relação a uma matéria em determinado momento histórico, vez que o dissídio seria um “mal que precisa ser reparado, porque, havendo na apreciação da mesma norma legal duas interpretações contraditórias, se uma é a verdadeira, a outra por certo não o é”.²⁶⁷

A vinculação do juízo à súmula de jurisprudência resultante do incidente de uniformização de jurisprudência, ou à decisão precedente, nos termos do projeto de Novo Código de Processo Civil, conferiria estabilidade à jurisprudência, privilegiando a confiança e a credibilidade no Poder Judiciário.²⁶⁸ No resumo traçado por Schauer: “A estrutura do apelo ao precedente é facilmente estabelecida: o tratamento prévio de uma ocorrência X de uma maneira Y constitui, *somente em razão do seu pedigree histórico*, uma razão para tratar X da maneira Y quando e se X ocorrer novamente”.²⁶⁹ Ou seja, verificada a identidade entre a causa previamente decida e a posta em análise, deve o juízo seguir a decisão precedente, mantendo a uniformidade jurisprudencial.

Ocorre que a utilização de precedentes com força vinculante sobre o órgão jurisdicional subsequente vem acompanhada, necessariamente, de problemas, ou custos, na definição de Schauer, que os condensa nos termos seguintes:

²⁶⁷ BUZAID, Alfredo. Uniformização... p. 211.

²⁶⁸ BUZAID, Alfredo. Uniformização... p. 212; Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 19. Disponível em: <<http://goo.gl/RM3SNY>>. Acesso em 02 abr. 2014.

²⁶⁹ SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, vol. 39, n. 3, fev. 1987. p. 571. Disponível em: <<http://goo.gl/k6l2d8>>. Acesso em 24 mar. 2014. No original: “The bare skeleton of an appeal to precedent is easily stated: The previous treatment of occurrence X in manner Y constitutes, solely because of its historical pedigree, a reason for treating X in manner Y if and when X again occurs.”



Inicialmente, o princípio de que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante parece um argumento irrefutável em favor do precedente. Mas a dificuldade de negar que casos semelhantes devem ser decididos de forma semelhante é precisamente o problema. A afirmação é tão ampla a ponto de praticamente sem privada de sentido. A questão difícil é o que queremos dizer com “semelhante”.²⁷⁰

A questão toma forma a partir de uma aproximação linguística. O comando transmitido através do precedente, assim como ocorre na lei ou em qualquer outro comando normativo escrito, está suportado por um texto, o que importa na necessidade de posterior atribuição de normatividade a esse texto, de modo a conformar a decisão posterior ao comando contido na decisão precedente.²⁷¹ Esse processo de atribuição de normatividade ao texto, compreendido como qualidade dinâmica de uma norma, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz, em potência contra factual (normatividade concreta), como de ser condicionada e estruturada por essa realidade (normatividade materialmente determinada),²⁷² contudo, é problematizado na operação com precedentes vinculantes.

Isso porque a atribuição de significado jurídico a fatos da vida precisa lidar, em si, com o que Müller denominou de “aporia fundamental do direito”, consistente na “exigência de objetividade e validade universal máximas, apesar da e justamente na contingência histórica e social”.²⁷³ Se essa relação entre objetividade e contingência histórica é estabilizada no processo singular de atribuição de sentido que culmina na decisão judicial, transferir essa decisão, na forma de precedente, para a resolução de outro caso requer uma nova operação de atribuição de normatividade, necessariamente diferente da primeira.

O processo de atribuição de força normativa ao texto, não é representado pela extração de um significado desde de sempre presente. Ocorre, em lugar disso, a criação, mais ou menos contida, de um nexu entre o fato analisado e o texto legal. Segundo Cappelletti:

²⁷⁰ SCHAUER, Frederick. *Precedent...* p. 596. No original: “Initially, the principle that like cases should be decided alike would seem to make an unassailable argument for precedent. But the difficulty of denying that like cases should be decided alike is precisely the problem. The statement is so broad as to be almost meaningless. The hard question is what we mean by “alike.””

²⁷¹ ABOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p. 58 e ss.

²⁷² MÜLLER, Fredrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 36.

²⁷³ MÜLLER, Fredrich. **O novo paradigma...** p. 57.



O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na verdade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.²⁷⁴

A utilização de precedentes judiciais, plasmados em textos, atravessa o mesmo caminho: a decisão do caso anterior é contingenciada por fatores contextuais distintos dos que circundaram a formulação da decisão anterior. A gramática utilizada em uma decisão, e mesmo elementos linguísticos idênticos sofrem transformações de sentido ao serem modificados os jogos de linguagem em que são utilizados.

Em um caso julgado, pode ser que as investigações “sejam estabelecidas de modo a isentar de dúvida certas proposições, se elas forem alguma vez formuladas”.²⁷⁵ As informações trazidas por uma parte podem ser, com efeito, muito distintas daquelas tratadas na situação que resultou no precedente, querendo, assim, uma decisão diferente.

Nesse contexto, a recepção do sistema de precedentes vinculante estabelecido pelo projeto de Novo Código de Processo Civil, pode ser recepcionado de duas formas bastantes distintas. A primeira delas resultaria em pouca mudança em relação ao modelo vigente: a aplicação de um determinado precedente seria reavaliada pelo tribunal *ad quem*, possivelmente o tribunal que emitiu o precedente. No segundo cenário, ao valer-se do precedente para fundamentar a decisão, o juízo tornaria a sua decisão imune à revisão, que seria barrada sem análise por tribunal superior.

Nesse último caso, a possibilidade de perda na qualidade da prestação jurisdicional oferecida é real. Ao sequestrar a discussão acerca da resposta jurídica de um caso em razão da fundamentação que toma esteio no precedente, as cortes afastam-se do ideal buscado pela própria atividade jurisdicional.

CONCLUSÃO

²⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: safE, 1999. Tradução de Carlos Alberto Álvvaro de Oliveira. p. 21.

²⁷⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza**. Lisboa: Edições 70, 2000. Tradução de Maria Elisa Costa. p. 37.



Tendo em conta que a interpretação do texto funciona em um esquema de imputação de sentidos ao suporte escrito, torna-se inviável projetar a atribuição de normatividade, da qual prescinde a atividade jurisdicional, como relação etérea, despregada do contexto em que a decisão é tomada. Por essa razão, a atividade de aplicação de precedentes ao caso concreto nunca se resume a um processo de pura subsunção do texto ao caso, e importa reavaliação da decisão, pelo juízo, ao caso presente. Desse modo, se a aplicação do precedente servir para trancar o acesso às instâncias superiores, imunizando o processo de imputação de sentido do exame por corte superior, ao invés de promover unidade, o instituto dos precedentes vinculantes conduzirá em deformação da atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 34, n.139, p. 189-218. jul. 1985. Disponível em: <<http://goo.gl/nLk3BT>>. Acesso em 27 mar. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**. Porto Alegre: safE, 1999. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v.145, p. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em: <<http://goo.gl/i6W042>>. Acesso em 30 abr. 2014.

MÜLLER, Fredrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

SEGATTO, Antônio Ianni. **Wittgenstein e a questão da harmonia entre linguagem, pensamento e realidade**. 2011. 170 f. Tese (Doutorado) - Curso de Filosofia, Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/teseianni>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, vol. 39, n. 3, fev. 1987. p. 571-606. Disponível em: <<http://goo.gl/k6l2d8>>. Acesso em 24 mar. 2014.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



WITTGENSTEIN, Ludwig. **Da certeza**. Lisboa: Edições 70, 2000. Tradução de Maria Elisa Costa.



Transexuais e travestis: um direito de cidadania ao prenome social e respeito ao gênero.

Bruna Sitta Deserti²⁷⁶
Eduardo Mendonça Salomão²⁷⁷
Camila Magrini Silva²⁷⁸
Hélio Veiga Júnior²⁷⁹
Patrícia Borba Marchetto²⁸⁰
Stefania Fraga Mendes²⁸¹

1. Introdução: a contemporaneidade e o direito ao reconhecimento social.

A sociedade moderna está em constante mutação e construção de novas formas de relações humanas que apresentam uma necessidade de respaldo jurídico e reconhecimento social para a efetivação dos direitos dos indivíduos e suas novas especificidades emergentes que surgiram ao longo do tempo, mas que ainda sofrem discriminações em razão de leis obsoletas e de um judiciário que encontra dificuldades em reconhecer novos direitos que não estejam positivados em algum código de maneira clara.

A liquidez social, que pode gerar radicalmente uma exclusão de humanidade entre os indivíduos²⁸², exige na pós-modernidade estruturas pautadas em uma maleabilidade prática e

²⁷⁶ DESERTI, B. S. Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Tabelaã.

²⁷⁷ SALOMÃO, E. M. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Advogado.

²⁷⁸ SILVA, Camila Magrini da. Mestranda em Direito Público pela Universidade Estadual Paulista – UNESP.

Especialista em Direito Previdenciário e Direito Processual Civil. Advogada. Coordenadora da Comissão de Direito da Seguridade Social da 12ª Subseção de Ribeirão Preto da OAB/SP. Docente pela Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal.

²⁷⁹ VEIGA JR., Hélio. Mestrando pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Especialista em Direito das Famílias pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Docente no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – FACIHUS na Fundação Carmelitana Mário Palmério - FUCAMP. Advogado.

²⁸⁰ Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona. Docente pela UNESP – Universidade Estadual Paulista.

²⁸¹ MENDES, Stefania Fraga. Mestranda pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP.

²⁸² BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.** Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 151-153.



eficaz para que novos direitos sejam reconhecidos à todos os cidadãos que não se moldam à estrutura jurídico-social contemporânea, direitos esses que devem ser reconhecidos em primeiro lugar pelo judiciário detentor do privilégio de conhecer e ser chamado a solucionar problemas sociais em primeira mão assim como em segundo lugar pelo legislativo, cuja competência para criação de leis deve se pautar na necessidade da sociedade.

Nesse sentido, entende-se que o sistema jurídico não é um sistema pronto e acabado, pois muitas injustiças ocorreriam, se o fosse. Entretanto, para que se evite omissões legais que não contemplem o direito de uma nova era em constante modificação, as ações conjuntas do judiciário e do legislativo devem consolidar a concessão de garantias sociais aos atores da modernidade que não possuem respaldo legal ou social que tutelem seus respectivos direitos. É daqui que se parte para a necessidade de um sistema jurídico aberto e com mobilidade, justamente por ser inconcluso, já que não abarca todas as situações humanas, e, sendo assim, igualmente necessário é que o judiciário seja capaz de absolver demandas concretas da realidade pública e privada.²⁸³

Em análise ao exposto por Castanheira Neves, experimenta-se atualmente uma radical transição metodológica entre a interpretação da lei e a realização do direito, uma vez que a realização do direito não se identifica nem se esgota na mera interpretação da lei.²⁸⁴ E é em razão dessa realização do direito que não se pode aceitar a ineficácia do judiciário sob a escusa de omissões legais supostamente justificáveis pela inaplicabilidade de leis obsoletas.

A Constituição Federal ao consagrar a dignidade humana como princípio constitucional fundamental estruturante do Estado democrático de direito chancelou uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade e cidadania plena de cada indivíduo.

Dessa forma, as relações sociais e jurídicas devem estar adequadas ao que a Constituição busca tutelar, estando essa tutela vinculada à noção de promoção de uma emancipação e reconhecimento social por meio da dignidade humana, a qual incide sobre todas as situações subjetivas, previstas ou não no ordenamento jurídico.

²⁸³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002. p. 103-104.

²⁸⁴ NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003. v. 1. p. 11.



O grau de abertura de uma sociedade precisa atingir a amplitude necessária para que o Estado então tutele o máximo de situações sociais não reconhecidas legalmente. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de perceber uma “sociedade que admite sua própria incompletude, e, portanto, é ansiosa em atender suas próprias possibilidades ainda não-instituídas, muito menos exploradas”²⁸⁵.

É exatamente neste contexto de ausência de reconhecimento social e jurídico a uma minoria exposta a situações vexatórias em razão do gênero que se percebe a atual impossibilidade de modificação do nome do transexual e do travesti que ainda não se submeteram à cirurgia de readequação sexual, seja por razões de impossibilidade ou vontade.

Assim, o judiciário se encontra em uma situação que precisa tutelar os direitos dos transexuais e travestis, mas em razão de uma omissão legal tem se manifestado contrariamente, no que se refere ao direito dos indivíduos supramencionados, a modificar o nome daqueles adequando-o à sua respectiva identidade social.

Vê-se, assim, o judiciário impor a improcedência do pleito de retificação de registro civil com base no gênero e na identidade social apresentada pelo transexual ou travesti, utilizando como justificativa nada plausível a inexistência de lei que tutela a questão ou ainda negando o reconhecimento de um acontecimento social pela escusa da impossibilidade jurídica do pedido.

É em razão da ineficiência do poder judiciário em tutelar novos direitos sociais de cidadania que se justifica a análise da presente questão que ainda se encontra pendente de consenso judicial e regulação jurídica.

2. A necessidade da alteração no Registro Civil do prenome e do sexo dos transexuais e travestis como forma de respeito à identidade social do indivíduo.

Considerando então a necessidade social da modificação do nome do transexual e do travesti para que estes adaptem seus respectivos nomes à identidade social que possuem, torna-se,

²⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 13.



assim, importante salientar a necessidade do judiciário reconhecer tal possibilidade tanto antes como depois da cirurgia de transgenitalização (neocolpovulvoplastia ou neofaloplastia).

A jurisprudência já se manifestou favorável em alguns casos sobre a possibilidade de alteração do registro civil antes mesmo da cirurgia de transgenitalização.

EMENTA: RETIFICAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERAÇÃO DO NOME E DO SEXO. TRANSEXUAL. INTERESSADO NÃO SUBMETIDO À CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. PRESENÇA. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA. SENTENÇA CASSADA. O reconhecimento judicial do direito dos **transexuais** à **alteração** de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, **ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença.²⁸⁶

Além do julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais supramencionado, outras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁸⁷ também foram de extrema importância para o reconhecimento jurídico dos direitos dos transexuais e travestis quanto à alteração do prenome e do sexo em seus respectivos registros civis. Entretanto, por vezes, o judiciário não concede a procedência do pedido de alteração do prenome e sexo no registro civil antes de realização da cirurgia de transgenitalização sobre a escusa processual de falta de interesse de agir do requerente, conforme se verifica na decisão abaixo:

REGISTRO CIVIL. Pleito de alteração do prenome e designativo de sexo. Modificação condicionada à realização de cirurgia de redesignação sexual, o que, na hipótese, não ocorreu. Registros públicos que têm caráter de definitividade, espelhando a realidade **Falta de interesse de agir caracterizada.** Processo extinto sem resolução de mérito. Sentença mantida. Ausência de

²⁸⁶ TJMG. Ap. Cív. n°. 0104792-06.2013.8.13.0521. Rel. Des. Edilson Fernandes. Julgado em 22/04/2014. Publicado em 07/05/2014.

²⁸⁷ TJRS. Ap. Cív. n°. 70022504849. 8ª C. Cív. Rel. Des. Rui Portanova. j. 16.04.2009. / TJRS. Ap. Cív. 70030772271. 8ª C. Cív. Rel. Des. Rui Portanova. j. 16.07.2009.



violação a dispositivos de lei, bem como a qualquer cânone constitucional
Recurso desprovido.²⁸⁸

Desta feita, é necessário que o judiciário se pautem em princípios norteadores das liberdades individuais, respeitando a dignidade de cada indivíduo em sua especificidade e diferença, tutelando o direito ao não tratamento vexatório pela possibilidade de alteração do registro civil quanto ao prenome e sexo de qualquer transexual ou travesti cuja identidade social não possua semelhança com a identidade biológica, independentemente da existência prévia ou não da cirurgia de transgenitalização.

Falta plausibilidade ao judiciário quando este condiciona a concessão da possibilidade de se alterar o registro civil apenas daqueles que já se submeteram à cirurgia de transgenitalização uma vez que a identidade social de qualquer indivíduo não é pautada apenas no sexo morfológico, mas sim no gênero e na forma como cada um se apresenta perante a sociedade.

Ademais, sabe-se que a fila para a cirurgia de transgenitalização no Brasil, a qual só pode ser realizada pelo SUS²⁸⁹, é de enorme espera, tratando-se de uma completa incongruência legal negar a alteração do registro civil aos transexuais e travestis que ainda não se submeteram à cirurgia sendo que o próprio art. 4º, I da Portaria n.º. 2.803/13 prevê o “acolhimento com humanização e respeito ao uso do nome social” para a realização dos procedimentos legais e médicos referentes à transgenitalização.

Inobstante, não se pode olvidar que o prazo de espera para a realização da cirurgia pelo SUS já é demasiadamente longo, o que somado com o prazo de 2 (dois) anos de tratamento psicológico compulsório antes da realização da cirurgia gera em média um prazo de espera obrigatória de ao menos 3 (três) anos, tempo este que é suficiente para que situações vexatórias ocorram com os transexuais e travestis que ainda não se submeteram à fila de espera para a

²⁸⁸ TJSP. Ap. Cív. n.º. 0025917-51.2013.8.26.0071. 1º Cam. Dir. Privado. Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy. Julgado em 18/03/2014. Publicado em 20/03/2014.

²⁸⁹ Deve-se no entanto expor que não existe razões suficientes para que apenas o SUS – Sistema Único de Saúde – seja o detentor exclusivo da possibilidade de realização da cirurgia de transgenitalização conforme dispõe o art. 16 da Portaria n.º. 2.803/13, devendo tal possibilidade ser aberta à iniciativa privada com respeito às premissas do CFM – Conselho Federal de Medicina – expostos pela Portaria n.º. 2.803/13 do Ministério da Saúde.



cirurgia de transgenitalização ou que já o fizeram, mas ainda aguardam o momento para a realização daquela.²⁹⁰

Fora do Brasil, em países como Holanda, Suécia, Itália e Alemanha, a identidade de gênero, irreversível, deve ser considerada enquanto causa relevante para a caracterização da identidade registral. Patrícia Corrêa Sanches expõe de forma clara sobre o tema concretizando a ideia da necessidade de respeito à identidade de gênero de uma forma ampla pelo que expõe:

“A busca da felicidade no perfeito ajuste da personalidade do indivíduo com sua representação social é a tônica moderna. Neste ritmo, **a adequação do nome bem como do gênero sexual estão sob os holofotes do direito**. A uma, porque tanto o nome quanto gênero sexual são atribuídos nos primeiros momentos de vida da pessoa; a duas, porque **esses elementos irão pautar a sua representação em sociedade**; e finalmente por último, mas não conclusivamente, **eles podem se tornar protagonistas de constrangimentos e infelicidade quando não se amoldam à realidade da pessoa a quem deveriam representar, o que culmina nos pedidos de alteração desses elementos.**”²⁹¹ (grifou-se)

Portanto, resta evidente que o judiciário não deve negar a possibilidade da alteração do registro civil quanto ao prenome, assim como deverá substituir o sexo registral pelo gênero do indivíduo transexual ou travesti, independentemente da ocorrência da transgenitalização, sendo inclusive desnecessário e indevido o registro de tais alterações no assento do Registro Civil bem como a suposta criação de um terceiro sexo.²⁹²

REFLEXÕES FINAIS

²⁹⁰ Importante ressaltar que a Portaria n°. 2.803/13 do Ministério da Saúde em seu art. 14, §2º autoriza a partir dos 18 anos a hormonioterapia, entretanto só permite a intervenção cirúrgica após os 21 anos de idade, ou seja, faz com que o indivíduo se hormone por um período de 3 (três) anos, durante o qual ele ou ela toma suas feições quando ao sexo desejado em razão do sexo psicológico e é obrigado a conviver com um nome que não mais traduz sua condição social enquanto pessoa.

²⁹¹ SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 425.

²⁹² Neste sentido: SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey: 2011. p. 272-273.



A retirada do termo “sexo” e a respectiva inclusão do termo “gênero”, excluindo a suposta criação de um “terceiro sexo” para os transexuais ou travestis, transgenitalizados ou não, para uma definição que atenda a necessidade social de reconhecimento daqueles, assim como a alteração do registro civil quanto ao prenome são medidas que se impõem para garantir o direito à cidadania plena com igual respeito aos direitos fundamentais de cada indivíduo que possua disforia de gênero.

Para que seja atingido o real sentido da lei que é maximizar a tutela dos efeitos positivos de uma regulação estatal quanto aos efeitos da cidadania, torna-se, assim, necessário a concessão de direitos aos materialmente diferentes, proporcionando uma igualdade fática em relação a um tratamento não-discriminatório e sim inclusivo, garantindo aos transexuais e travestis a possibilidade de não serem expostos à situações vexatórias em razão de seu gênero.

Portanto, cabe ao judiciário passar a regular a situação social e jurídica aqui trazida à baila da discussão de maneira positiva aos direitos dos transexuais e travestis quanto à alteração do registro civil referente ao prenome e à substituição do sexo pelo gênero de cada indivíduo, efetivando assim o tratamento desigual aos desiguais pela medida de suas respectivas desigualdades, o que justifica o tratamento especial à tais pessoas que se encontram também em situação psicofísica não semelhante à maioria dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2002. p. 103-104.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação juridical**. Coimbra: Coimbra, 2003. v. 1. p. 11.

SÁ, Maria de Fátima de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey: 2011.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



“CIFRA NEGRA” E DELINQUÊNCIA CONVENCIONAL “DARK NUMBER” AND CONVENTIONAL CRIMES

Renan Posella Mandarin²⁹³

Larissa Rosa²⁹⁴

Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas²⁹⁵

RESUMO: A preocupação com dados estatísticos no âmbito das ciências criminais passou a ser considerado recentemente. Apesar dos antecedentes históricos, os estudos acerca das “cifras negras” se desenvolveram a partir da atual necessidade de o Estado compreender a forma como os delitos chegam às agências de controle penal e, com isso, direcionar a atuação preventiva ou repressiva em relação à criminalidade. O estudo pretende também analisar os subtipos “cifras” (“cifra dourada”, “cifra cinza” e “cifra amarela”) e suas diferenças conceituais em comparação à “cifra negra”. Diante da verificação das falhas nas etapas procedimentais inerentes à persecução criminal e na constatação da criminalidade oculta, técnicas de investigação são utilizadas para reduzir a incidência de “cifra negra”. O trabalho é bibliográfico e desenvolve conceitos relativos à criminalidade, a partir de uma perspectiva metodológica crítica. O objeto de análise do trabalho é a criminalidade oculta e sua incidência diante da seletividade das estruturas repressivas do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: “cifras negras”; criminalidade; direito penal.

ABSTRACT: The concern with statistical data in the context of criminal Science has been considered recently. Despite the historical background, the studies about the "dark number" developed from the current need to the State understand how the crimes come to the criminal control agencies and, therewith, direct the preventive and repressive action in relation to crime. The study also aims to examine the subtypes "number" ("golden number", "gray number" and "yellow number") and their conceptual differences compared to the "dark number". Given the flaws in the verification of procedural steps involved in criminal prosecution and the finding of occult crime investigation techniques are used to reduce the incidence of "black number". The

²⁹³Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP).

²⁹⁴Mestranda e bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp.

²⁹⁵Professora Doutora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca e da Universidade Paulista (UNIP) – Campus de Ribeirão Preto. Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH.



work is literature and develops concepts of crime, from a critical methodological perspective. The analysis object of the work is the hidden crime and its impact on the selectivity of the repressive state structures.

KEYWORDS: "dark number"; crime; criminal law.

INTRODUÇÃO

A “cifra negra” tem sido objeto de estudo da criminologia moderna, principalmente para melhor compreensão dos motivos que levam ao desvio existente entre os crimes cometidos e os registrados. O presente trabalho procurará demonstrar como a “cifra negra” se apresenta no atual sistema penal brasileiro, mais especificamente no ambiente da delinquência convencional (delinquência oculta de pouca danosidade social). Inicialmente será traçada uma contextualização do fenômeno da “cifra negra”, com a finalidade de apresentar outras categorias de análise da criminalidade oculta, estas sim de grande nocividade social, vinculadas ao exercício abusivo do poder político, da fortaleza econômica, e, inclusive, da especialização profissional, cuja manifestação mais relevante é o domínio funcional ou operativo dos meios tecnológicos, conhecidas como “cifra dourada” da criminalidade.

Em seguida serão apresentadas as etapas inerentes à configuração do sujeito criminoso e como a “cifra negra” incide em cada caminho desse procedimento penal. Por derradeiro, o trabalho apontará as técnicas de investigação da “cifra negra”.

1. Contextualização da cifra negra

A ideia das “cifras negras” surgiu com o belga Lambert Adolphe Jacques Quételet (1796-1874), considerado um dos precursores da sociologia moderna e da criminologia de bases sociológicas, pertencente à denominada Escola Cartográfica, ponte entre clássicos e positivistas. Quételet era um matemático-estatístico que trabalhava em pesquisas censitárias. Em seu trabalho, estabeleceu o conceito de “homem médio” como um tipo ideal e abstrato de sujeito, visto como um padrão para diversas análises sociológicas. A criminalidade poderia ser representada por uma função matemática em decorrência dos estados econômicos e sociais, alertando para a questão



dos crimes não comunicados ao Poder Público. Especificamente, conseguiu caracterizar esse conceito de “cifra negra” ao relacionar, de forma constante, a criminalidade real, aparente e a criminalidade legal, que acabava levando os acusados a julgamentos. Assim, Adolphe Quetelet anunciava que todo conhecimento sobre estatísticas de delitos e ofensas não seria de nenhuma utilidade, caso não se admitisse tacitamente que existe uma relação quase invariável entre as ofensas conhecidas e julgadas e a soma total desconhecida dos delitos cometidos.²⁹⁶

Os criminólogos sustentam que através das estatísticas criminais pode-se conhecer o liame causal entre os fatores de criminalidade e os ilícitos criminais praticados. Entretanto, imprescindível certa dose de acurácia ao analisar as estatísticas criminais oficiais, na medida em que há uma quantia significativa de delitos não comunicados ao Poder Público, quer por inércia ou desinteresse das vítimas, quer por outras causas, dentre as quais os erros de coleta e a manipulação de dados pelo Estado.

Também conhecida como “cifra obscura” ou “zona obscura” (*dark number*) da criminalidade, as “cifras negras” podem ser definidas como a defasagem que medeia entre a criminalidade real (condutas criminalizáveis efetivamente praticadas, isto é, totalidade de delitos realmente cometidos) e a criminalidade estatística/aparente/revelada (oficialmente registrada ou que chega ao conhecimento dos órgãos de controle)²⁹⁷. Em síntese, as “cifras negras” correspondem à porcentagem de crimes não comunicados ou elucidados.

Ocorre que as estatísticas criminais oficiais, criadas inicialmente para quantificação da criminalidade real, subverteram seus objetivos precípuos a uma nova dimensão científica, passando a ser utilizadas como instrumento privilegiado para o estudo da lógica do controle social, isto é, dos modelos de comportamentos selecionados pelas agências de controle (polícia, ministério público, justiça e administração penitenciária).

²⁹⁶FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Elementos de análise da "cifra negra" na delinquência convencional: uma visão vitimológica*. **Revista Espaço Acadêmico (UEM)**, v. 123, 2011, p. 87.

²⁹⁷ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.261-262.



Como traço do comportamento discricionário seletivo dos órgãos de controle na compilação de dados da criminalidade, aponta-se à denominada “cifras douradas”²⁹⁸, que são infrações penais praticadas pela elite, não reveladas ou apuradas. Representam a criminalidade de “colarinho branco” (crimes fiscais, eleitorais, políticos, etc.), definida como práticas antissociais impunes pelo poder político e econômico (a nível nacional e internacional), em prejuízo da coletividade e dos cidadãos e em proveito das oligarquias econômico-financeiras.

Alguns doutrinadores²⁹⁹ ressaltam a existência das “cifras cinzas” para qualificar as ocorrências policiais registradas no órgãos competentes, mas que encontram nas próprias delegacias a solução dos conflitos, e das “cifras amarelas”, que correspondem aos delitos praticados com violência policial e que não são levados ao conhecimento das corregedorias, por medo das vítimas sofrerem represálias por parte dos policiais.

Portanto, as “cifras negras” têm como objeto a análise dos delitos convencionais, ou seja, os crimes de fácil percepção e que ocorrem cotidianamente na sociedade, conhecidos também como “crimes de rua” (crimes patrimoniais, crimes pessoais, etc.). Os delitos mais complexos, de difícil observação e captação, embora considerados mais ofensivos a determinados bens jurídicos, dificilmente são incorporados a essa abordagem.

Augusto Thompson amplia o conceito de “cifra negra”. Conforme o autor, criminoso, em sentido formal, é o indivíduo condenado pela justiça³⁰⁰. Para adquirir o *status* de condenado, há um obrigatório caminho a ser percorrido, o qual tem como etapas: a) ser o fato relatado à polícia; b) se relatado, ser registrado; c) se registrado, ser investigado; d) se investigado, gerar um inquérito; e) se existente o inquérito, dar origem a uma denúncia por parte do promotor; f) se denunciado, redundar em uma condenação pelo juiz; g) se, havendo condenação e expedido o consequente mandado de prisão, a polícia efetivamente o executa.

Violada uma dessas fases procedimentais, oficialmente não haverá criminoso e, portanto, haverá incidência da “cifra negra”. Para o Thompson, a “cifra negra” não se limita à brecha entre os crimes praticados e os registrados; vai além, ao considerar os crimes cometidos e

²⁹⁸ CERVINI, Raúl. *A cifra negra da criminalidade oculta*. **Revista Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 1, 2010, p. 216.

²⁹⁹ GAMBOA, Mônica Resende. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 109.

³⁰⁰ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?*, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2007, p.



toda persecução de ordem formal necessária para selar a culpabilidade do delinquente. Uma ínfima parcela dos crimes perpetrados chega a receber pena, parcela esta que não chega a um por cento dos crimes reais. Isso porque, há uma inadequação, um enorme desencontro no sistema penal entre os programas de ação (processo legislativo, criminalização primária) e os recursos administrativos de que o sistema dispõe para implementar esses programas (criminalização secundária)³⁰¹.

A seleção de quem será considerado criminoso pela instância formal é um trajeto muito mais longo, exigindo um processo de “filtração escalonado”³⁰², que partindo do próprio legislador, tanto os autores como as vítimas, as testemunhas, a polícia, os promotores de justiça e os tribunais, atuam como “filtros” determinantes na eleição de quais acontecimentos devem ser definidos como delitos e quais pessoas devem ser classificadas como delinquentes, com todas as consequências que disto resulta.

2. Técnicas de investigação da “cifra negra”

Numerosas investigações acerca dessa “cifra negra” da criminalidade têm tentado pôr em evidência a exata quantidade desses fatos legalmente puníveis, que o sistema ignora ou descuida. Os processos empregados são variados, na medida em que se pretende reduzir ao máximo a margem de erro. As técnicas utilizadas, segundo Raul Cervini³⁰³, são:

A) investigação em face dos autores ou técnicas de autodenúncia, realizada com o interrogatório de pessoas, em geral acerca dos fatos criminosos cometidos, resultando deles ou não o processo penal;

B) investigação em face de vítimas de delitos, com o interrogatório de pessoas que tenham suportado algum tipo de crime. Esta técnica proporciona uma orientação diferente, posto que permite investigar as razões que levam à falta de denúncia e, por outro lado, entre aqueles que foram denunciados, quais não foram indiciados ou processados e por qual razão. Através deste método, pode-se alcançar um índice bem real em casos de alguns tipos de delito, como por

³⁰¹BARATTA, Alessandro. *Requisitos mínimos de respecto de los derechos humanos en la ley penal*. **Revista Criminología y Derecho I**. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1987, p. 7 e ss.

³⁰²CERVINI, Raúl. op. cit., p. 217.

³⁰³CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 218-220



exemplo: furto, roubo e crime de dano. Mas, em outros, como os de estupro, jogos de azar e favorecimento pessoal, os resultados podem apresentar-se alterados, em face do aspecto social (problemas de imagem), participação da vítima e mesmo da sua cumplicidade. Conforme pesquisa realizada pelo professor Manzanera³⁰⁴, a fim de averiguar a vitimização oculta, constatou-se que uma entre duas pessoas admitiu ter sido vítima de um delito, mas somente 22% denunciou, circunstância indicadora de que 4 entre 5 delitos permaneceram na “cifra negra”, em razão da ausência de delação da vítima.

C) investigação em face de informantes criminais, que possui a vantagem de apresentar uma amostragem de terceiros de forma muito desinibida e confiável. Os informantes devem ser questionados acerca das circunstâncias que lhes permitiram o conhecimento direto sobre o cometimento de algum delito, num determinado lapso de tempo e num determinado lugar. Todavia, da mesma maneira que a autodenúncia, muitos informantes são criminosos que vivem da delação alheia, alimentados pela mecânica do sistema, podendo sua credibilidade ser maculada pelo revanchismo ou retraimento (cúmplices).

D) sistema de variáveis heterogêneas que resume todas as vantagens dos métodos já analisados, ao prever três níveis de controle informático: análise da “cifra negra” dos delitos leves, que é maior em razão dos crimes graves; a tendência à autocomposição das vítimas nos delitos leves e à variação dos métodos de análise de país para país.

E) técnica do segmento operativo dos agentes de controle formal (polícia, tribunais e ministério público), muda o foco e direciona os estudos no sentido de pesquisar as causas reais de vulnerabilidade e de disfunções do sistema criminal. Todos os órgãos do sistema criminal intervêm num processo de filtro por etapas, conforme analisado.

CONCLUSÃO

A incidência da “cifra negra” demonstra claramente o conteúdo simbólico do direito penal e a vulnerabilidade das agências de controle frente aos delitos que permeiam a sociedade. O

³⁰⁴MANZANERA, Luis Rodríguez. *Victimización en una Ciudad Mejicana*. **Revista ILANUD AL DIA**, ano 4, n. 10, San José, Costa Rica, ab. 1981, pp. 77 e ss.



sistema penal não consegue absorver toda a criminalidade, o que o torna instrumento seletivo de criminosos.

O excessivo catálogo de ilícitos estrangula o sistema penal e gera aumento na “cifra negra”. Portanto, o direito penal deve ser utilizado como instrumento de intervenção mínima, na efetiva contenção das práticas delitivas que geram grave danosidade social. A criminalidade leve, de escassa danosidade social, deve ser solucionada fora do âmbito penal. Essa se mostra a maneira mais viável para redução dos números da “cifra negra”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos de respecto de los derechos humanos em la ley penal. **Revista Criminología y Derecho I**. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1987, p. 7 e ss.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. Elementos de análise da "cifra negra" na delinquência convencional: uma visão vitimológica. **Revista Espaço Acadêmico (UEM)**, v. 123, p. 84-92, 2011.

CERVINI, Raúl. A cifra negra da criminalidade oculta. **Revista Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 1, p. 215-225, 2010.

GAMBOA, Mônica Resende. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

MANZANERA, Luis Rodríguez. Victimización en una Ciudad Mejicana. **Revista ILANUD AL DIA**, ano 4, n. 10, San José, Costa Rica, ab. 1981, pp. 77 e ss.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2007.



O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

THE ROLE OF THE PUBLIC MINISTRY ON THE JURISDICTIONAL CUSTODY OF THE SOCIAL RIGHTS

Beatriz Petrechen de Vilhena Moraes³⁰⁵
Yvete Flávio da Costa³⁰⁶

RESUMO: O presente trabalho visa analisar o papel do Ministério Público na tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais previstos pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Tal papel se demonstra indispensável diante da omissão estatal na efetivação dos direitos sociais e da consequente judicialização individual desta questão. Do estudo da Constituição Federal depreende-se que esta propõe que o Ministério Público é o órgão responsável pela proteção dos direitos sociais. Desta feita dispõe o *parquet* de instrumentos jurídicos necessários e efetivos para a busca da concretização destes direitos, sendo um deles a Ação Civil Pública. Conclui-se, portanto, neste trabalho, que através da propositura de Ação Civil Pública pode o Ministério Público pleitear o cumprimento e implementação de políticas públicas que visem garantir direitos sociais. Ainda, nota-se que o Ministério Público tem a missão institucional de agir em busca da referida proteção, desempenhando papel fundamental na efetivação dos direitos sociais constitucionais.

Palavras-chave: direitos sociais; judicialização; Ministério Público.

ABSTRACT: The present work analyzes the role of the Public Ministry on the judicial protection of fundamental social rights provided by Article 6 of the Federal Constitution of 1988. The mentioned role is essential due to state failure in the fulfillment of social rights and the consequent individual judicialization of the matter. From the study of the Constitution we figure that the prosecutor is responsible for the protection of the social rights. Therefore the prosecutor has legal effective instruments that are necessary for the pursuit of realizing these rights, one of

³⁰⁵ Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio De Mesquita Filho” - UNESP. E-mail: beatriz.pvilhena@gmail.com

³⁰⁶ Pós-doutorado em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora e mestre em Direito pela PUC/SP. Docente dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, campus de Franca/SP. Líder do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado – NUPAD. E-mail: yvetecosta@gmail.com



them being the Civil Action. Thus, in the present paper we conclude that through the filing of Civil Action the Public Ministry may plead for the compliance and implementation of public policies to assure social rights. Still, we notice that the Public Ministry has the institutional mission to act on the pursuit of the referred protection, playing a fundamental role on the realization of the constitutional social rights.

Keywords: social rights; judicialization; Public Ministry.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tratou de forma destacada os direitos sociais previstos no artigo 6º, prevendo no próprio Preâmbulo constitucional a intenção de garantir o exercício destes direitos. A importância dada pela Constituição a estes direitos acarretou o aumento de sua eficácia e força normativa, trazendo o aumento da demanda pela efetivação destes através de processos judiciais, diante da ineficiência e omissão estatal em garanti-los por outras vias.

Diante deste fenômeno surgem diversas controvérsias, dentre as quais se encontra a oposição da judicialização dos direitos sociais frente à clássica máxima da separação dos poderes. No entanto, no Estado Social delineado pela Constituição Federal de 1988 a proteção dos direitos foi conferida ao Poder Judiciário, que pode examinar os atos comissivos ou omissivos da administração pública, especialmente no tocante às políticas públicas, conforme se demonstrará.

Posto ser possível o referido controle judicial, problema maior se verifica em relação ao caráter individual que as demandas que buscam a efetivação destes direitos tem assumido no Brasil. Isto porque, os direitos sociais, apesar de serem direitos subjetivos, são, antes de tudo, direitos coletivos, marcados pela universalidade. Com esta cultura de individualização dos conflitos, vê-se na prática a criação de uma desigualdade, posto que somente aqueles que conseguem acessar o Judiciário tem garantido alguns direitos sociais.

Frente a este importante problema revela-se imprescindível a atuação do Ministério Público de forma a coletivizar estas demandas. Frise-se a missão institucional e a legitimidade do Ministério Público trazidas pela Constituição de 1988, na defesa dos interesses sociais. Portanto, de acordo com as atribuições conferidas pela Lei maior, este órgão deve exigir a elaboração e



cumprimento das políticas públicas que tratam de direitos sociais, por diversos meios, principalmente através da propositura de Ação Civil Pública perante o Poder Judiciário.

A adoção do tema se deu diante de sua atualidade e relevância para a efetivação dos direitos previstos em nossa Constituição. Para abordagem do problema foi utilizada pesquisa acerca dos temas e questionamentos abordados tanto na doutrina e jurisprudência quanto na legislação Constitucional. A análise do tema e dos dados coletados foi feita através de método predominantemente dedutivo.

DESENVOLVIMENTO

No sistema processual brasileiro os direitos sociais podem ser assegurados judicialmente através de ações individuais, por serem direitos subjetivos, ou de demandas coletivas. Observa-se no Brasil uma cultura processual individualista, marcada pela bilateralidade, onde predominam pedidos individuais de efetivação de direitos sociais³⁰⁷. Alguns autores defendem a crise do modelo liberal de direito, fundado na ideia de direito subjetivo, defendendo sua insuficiência para lidar com os problemas contemporâneos.³⁰⁸

Ademais, os direitos sociais, apesar de serem direitos subjetivos, são, antes de tudo, direitos coletivos, marcados pela universalidade. O reconhecimento de direitos coletivos e universais acarreta a necessidade modernização da visão sobre o processo civil, que deve aprimorar suas técnicas para proporcionar a efetividade do processo como meio de realização do direito material, no caso, da tutela coletiva de direitos sociais. Assim leciona o ilustríssimo ministro Teori Albino Zavascki:

Ora, a ação civil pública destina-se a tutelar direitos e interesses difusos e coletivos. Há de se entender, conseqüentemente, que é instrumento com aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a proteção ao direito material da melhor forma e na maior extensão possível. Somente assim será adequado e útil.

³⁰⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 241/263.

³⁰⁸ OST apud BADIN, A. S. *Controle Judicial das Políticas Públicas. Contribuição ao estudo do tema da judicialização pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K Komisar*. Método. 2013.



Desta feita percebe-se que as ações coletivas se demonstram mais adequadas do que as individuais para os debates que envolvem o controle das políticas públicas em matéria de direitos sociais, atendendo ao princípio da igualdade³⁰⁹. Com a presente cultura de individualização dos conflitos, vê-se na prática a criação de desigualdades, posto que somente aqueles que conseguem acessar o Judiciário, e ainda, que conseguem obter provimento favorável, têm efetivados determinados direitos sociais.

Neste contexto revela-se imprescindível a atuação do Ministério Público para coletivizar estas demandas. De acordo com o artigo 127 da Constituição³¹⁰, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado, devendo defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Tal definição coloca Ministério Público como base de sustentação de um de seus fundamentos constitucionais, qual seja, a cidadania (art. 1º, inciso II, CF), a qual não pode se concretizar sem que estejam garantidos os direitos sociais. Ao atribuir ao Ministério Público “a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis”³¹¹, o Constituinte caracterizou-o como “o guardião dos chamados direitos sociais”³¹², posição que coaduna com o artigo 129, II e III da CF.

A fim de buscar a efetivação dos referidos direitos o Ministério Público deve atuar, extrajudicialmente, como fonte de mobilização de diversos atores sociais e participar na elaboração de políticas públicas constitucionalmente vinculativas³¹³, fiscalizando e cobrando os poderes instituídos, sobretudo a administração pública.

Quando os Poderes Executivo e Legislativo não atende às necessidades relacionadas aos direitos sociais, deixando de implementar ou de cumprir políticas públicas já implementadas, o Ministério Público tem legitimidade para pleitear perante o Judiciário sua efetivação, através da

³⁰⁹ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticojurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 585.

³¹⁰ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

³¹¹ GONCALVES, Leonard Augusto. *O Ministério Público e a Tutela Dos Direitos Sociais*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1492. Acesso em 05 de outubro de 2014.

³¹² idem.

³¹³ Para Leonardo Augusto Gonçalves a partir do conceito de políticas públicas constitucionais vinculativas se chega ao entendimento de que, para a garantia dos direitos sociais, a Administração estará compelida à elaboração de estratégias de atuação visando implementá-los. Idem.



propositura de Ação Civil Pública, conforme artigo 1º, IV e 5º, I da Lei 7.347/1985³¹⁴. Neste sentido Marcos Felipe Holmes Autran que entende que:

em determinadas situações é possível um controle da discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. Neste caso, o Ministério Público possui legitimidade para zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, devendo promover medidas necessárias para a sua garantia. Assim, é possível uma ação civil pública para que o Estado venha a construir um hospital em determinada localidade, desde que fique demonstrado especificamente que se trata de uma necessidade social para determinada localidade e que a demanda coletiva visa implementar direitos e garantias asseguradas constitucionalmente (art. 129, III c/c LACP)³¹⁵

Em concordância, entende João Batista de Almeida ser possível ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público para pedir implementação de políticas públicas, do contrário o administrador ficaria livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais (inclusive orçamentários).³¹⁶

Salienta-se que no atual Estado Social de Direito nada justifica a pura e total discricionariedade desvigiada do administrador público que, deve conter um substrato material, fazendo com que os atos emanados dos três poderes, para ter validade, devem estar balizados pela efetividade³¹⁷. Como consequência, deve haver possibilidade de cobrar as obrigações de fazer do Poder Público, estabelecidas na Constituição, mediante acionamento judicial³¹⁸, especialmente pelo Ministério Público no tocante a políticas públicas que visam efetivar direitos sociais. Do contrário, os direitos sociais tão priorizados na “Constituição cidadã” estariam fadados à se tornarem letra morta, frente ao descaso e omissão estatal na efetivação destes.

³¹⁴ FERRAGINI, Albino. *O Ministério Público e a Garantia Judiciária dos Direitos Fundamentais Sociais e o Controle da Omissão Inconstitucional da Administração Pública*. Araçatuba, 2008, p. 335. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre pelo Centro Universitário Toledo.

³¹⁵ AUTRAN, Marcos Felipe Holmes Apud GONÇALVES, Leonard Augusto, *op cit*.

³¹⁶ ALMEIDA, João batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³¹⁷ *idem*.

³¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, in: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação Civil Pública- Lei 7347/85 – 15 anos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p.707-751.



Diante deste quadro é que se vislumbra que o Ministério Público, no desempenho de suas funções, dispõe dos instrumentos jurídicos adequados para perseguir a implementação e cumprimento de políticas públicas de efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal. Neste contexto o instrumento processual que mais se encaixa com a tutela pretendida é Ação Civil Pública, que se revela como a melhor forma de efetivar, judicialmente, os direitos sociais negligenciados pelo Poder Público. Assim sendo, dispondo o Ministério Público de instrumento tão relevante e efetivo na tutela do referidos direitos, este não pode se omitir, tendo a missão institucional³¹⁹ de provocar o Poder Judiciário para buscar tal tutela.

CONCLUSÃO

O fenômeno da judicialização dos direitos sociais implica em inúmeras controvérsias. Procurou-se priorizar neste trabalho o problema do caráter individual que assumem estas demandas no cenário brasileiro, defendendo que sua coletivização tutelaria o direito de maneira mais efetiva e equânime. Para que tal coletivização, faz-se indispensável a atuação do Ministério Público, extra e judicialmente.

Discorreu-se também, brevemente, sobre a questão da possibilidade de controle judicial a respeito das políticas públicas ligadas a direitos sociais, argumentando que é possível, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, a imposição de obrigações pelo Judiciário, a pedido do Ministério Público, por meio de Ação Civil Pública.

Diante dos argumentos trazidos à baila no presente trabalho pretendeu-se demonstrar e dar ênfase à importância do papel a ser desenvolvido pelo Ministério Público na efetivação judicial dos direitos sociais. Somente este órgão dispõe das ferramentas necessárias e adequadas para buscar de maneira mais justa uma solução para o problema da omissão do Poder Público na concretização dos direitos sociais previstos pela Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

³¹⁹ GONCALVES, Leonard Augusto, *op cit*.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 7 de jul. 2014.

ALMEIDA, João batista de. Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAGINI, Albino. *O Ministério Público e a garantia judiciária dos direitos fundamentais sociais e o controle da omissão inconstitucional da administração pública*. Araçatuba, 2008, p. 335. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre pelo Centro Universitário Toledo.

GONCALVES, Leonard Augusto. *O Ministério Público e a Tutela Dos Direitos Sociais*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1492. Acesso em 05 de outubro de 2014.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 241/263.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, in: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação Civil Pública- Lei 7347/85 – 15 anos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p.707-751.

OST apud BADIN, A. S. *Controle Judicial das Políticas Públicas. Contribuição ao estudo do tema da judicialização pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K Komesar*. Método. 2013.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticojurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 585.



O modelo da justiça consensual como forma de efetividade de direitos dos sujeitos envolvidos no conflito penal

The consensual model of justice as a form of effective rights of the individuals involved in the criminal conflict

Larissa Rosa³²⁰

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas³²¹

Renan Posella Mandarinó³²²

RESUMO: o objetivo deste estudo é a análise das características do modelo da justiça criminal consensual e os avanços que esta forma de resolução de conflitos pode representar para a efetivação dos direitos dos sujeitos envolvidos no conflito penal. No Brasil, adota-se predominantemente o modelo de justiça criminal punitivo, que tem como finalidade buscar a distribuição da culpa e a punição do acusado. As formas consensuais de resolução do conflito têm sido gradualmente implementadas no contexto nacional, principalmente a partir da Lei n. 9.099/95, o que deveria trazer uma maior preocupação com a responsabilização e reparação dos danos, bem como com uma maior participação dos indivíduos envolvidos, com o resgate da importância da figura da vítima e do autor dos fatos e também com a valorização do diálogo entre os sujeitos. Partindo-se da premissa de que o consenso é uma evolução na forma de resolução dos conflitos criminais, pretende-se analisar esta nova dinâmica existente no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça criminal consensual; Meio alternativo de resolução de conflitos penais; Efetividade de direitos.

³²⁰ Mestranda e bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp.

³²¹ Professora Doutora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca e da Universidade Paulista (UNIP) – Campus de Ribeirão Preto. Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH.

³²² Mestrando e bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP).



ABSTRACT: the present study aims to analyze the characteristics of the model of consensual criminal justice and advancements that may pose to the realization of the rights of the individuals involved in the criminal conflict. In Brazil, we adopt the predominantly punitive criminal justice model, which aims to get the distribution of guilt and the punishment of the accused. Consensual forms of conflict resolution have been gradually implemented in the national context, especially from law. 9099/95, which should bring a greater concern with accountability and remediation, but also a greater participation of those involved with the rescue of the importance of the figure of the victim and the author of facts and also to the enhancement of dialogue between subjects. Starting from the premise that consensus is an evolution in the resolution of criminal disputes, we intend to analyze this new dynamics existing in the Brazilian legal system.

KEY-WORDS: Consensual criminal justice; Alternative forms of criminal conflicts resolution; Effectiveness of rights.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento deste estudo baseia-se em dois aspectos principais: o modelo de justiça criminal consensual e a importância da participação dos sujeitos envolvidos na resolução dos conflitos criminais.

A legislação brasileira possui alguns instrumentos de solução consensual do conflito penal, notadamente aqueles regulamentados na Lei n. 9.099/95, quais sejam: a conciliação, a transação e a suspensão condicional do processo. No entanto, na prática, o que se observa é a precária aplicação destas ferramentas e, portanto, a ineficácia das técnicas. Se não há falta de regulamentação legal para a solução consensual dos conflitos penais, é preciso estudar qual o(s) motivo(s) da falta de êxito deste modelo de justiça no Brasil.

O problema parece estar na incorreta aplicação das formas consensuais de resolução dos conflitos. Legislar não é o suficiente para que a realidade social seja alterada. Além disso, o sistema brasileiro não está carente de inovação legislativa no campo das formas alternativas de solução dos conflitos. As práticas consensuais já têm sido adotadas (em abstrato) com êxito no âmbito criminal. Sua maior falha tem sido com relação à eficiência na aplicabilidade dos instrumentos existentes.

Os impactos causados pela incorreta aplicação desses instrumentos podem ser observados sob diversos ângulos: da vítima, do autor do delito, dos profissionais envolvidos e da comunidade.



O trabalho é bibliográfico, sendo analisadas conceitualmente as formas de resolução consensual dos conflitos penais, destacando-se como objeto principal de análise aquelas que estão previstas na legislação nacional. São, ainda, utilizadas as normas constitucionais e a legislação infraconstitucional para sustentar os posicionamentos e fundamentos abordados. O desenvolvimento do trabalho adota o método dedutivo, partindo-se da premissa de que o consenso é uma evolução na forma de solução dos conflitos penais, contudo, a sua prática pode ocorrer de forma distorcida.

1 A justiça criminal consensual e a efetivação dos direitos dos sujeitos envolvidos

É cediço que o sistema judicial brasileiro tem tido pouca credibilidade, não só por sua morosidade, burocracia e ineficácia, mas também pela incoerência usualmente apresentada entre o discurso firmado na legislação e as práticas processuais adotadas no cotidiano forense.

Assim sendo, as tentativas de melhorar a realidade da persecução penal brasileira devem ser valorizadas, pois, conforme alerta Eugênio Raúl Zaffaroni, um sistema penal somente será considerado legítimo quando houver coerência entre o discurso empregado e o seu valor real na aplicabilidade diária.³²³

Enquadrando-se o processo penal como um mecanismo de política criminal em que os seus procedimentos e instrumentos refletem o comportamento desejado pelo Estado para os seus cidadãos, percebe-se que o modelo predominante no Brasil é o retributivo-punitivo. O que se busca com o processo é retribuir o mal perpetrado pelo autor, ou seja, com a ação penal busca-se distribuir objetivamente a culpa pelo delito e punir o infrator, com base na legislação posta. O Estado é a personagem central, tendo, na expressão de Louk Hulsman, “roubado” o conflito das partes.³²⁴

O modelo consensual de justiça adotado pela Lei n. 9.099/95 surge com a função de possibilitar aos sujeitos retomarem o poder de solução dos seus próprios conflitos. O Estado

³²³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 16.

³²⁴ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993. p. 82.



coopera na medida em que proporciona a relação entre a vítima e o ofensor e, comumente, deverá participar na responsabilização dos envolvidos. O diálogo, principal instrumento de efetivação do modelo consensual, passa a ser importante mecanismo de solução dos conflitos, possibilitando a comunicação entre as necessidades da vítima e da comunidade e a adequada responsabilização do ofensor.

A Lei n. 9.099/95 acompanha um movimento mundial de valorização da solução consensual dos conflitos. Alguns motivos justificam este movimento crescente: a crise de legitimidade do sistema penal punitivo, a busca de abordagens alternativas do delito e do conflito, reivindicações da vítima e da sociedade e insatisfação generalizada com os resultados do processo penal pautado pelo modelo tradicional.

Alguns instrumentos foram instituídos pela Lei n. 9.099/95 para viabilizar a solução do conflito através do consenso entre as partes. A conciliação poderá ocorrer por meio do acordo civil de composição dos danos, acordo pré-processual realizado entre a vítima e o autor dos fatos, objetivando a reparação dos danos (materiais, morais ou estéticos) sofridos pela vítima. A conciliação também poderá ocorrer por meio da transação penal, acordo entre o autor dos fatos e o representante do Ministério Público, visando à imediata aplicação de pena não restritiva de liberdade. A suspensão condicional do processo, por sua vez, surge como proposta do órgão acusador ao acusado, quando já houver processo instaurado, objetivando a sua paralisação.

Desta forma, verifica-se que, evidentemente, ferramentas foram consagradas na legislação pátria para a efetivação do consenso, entretanto, a postura permanece a mesma, o olhar dos cidadãos e daqueles envolvidos com o conflito penal não se modificou. A consequência disso é o uso equivocado dos instrumentos consensuais, pois o que se observa é a aplicação dos inovadores institutos com o olhar de quem ainda sustenta a eficiência dos aparelhos repressivos.

A percepção de disfunção e crise do atual sistema brasileiro é generalizada e a simples adoção de soluções alternativas não está sendo suficiente para resolver o problema. É preciso adotar uma nova lente³²⁵.

³²⁵ A “troca de lentes” é proposta pelo autor Howard Zehr e revela ser necessário um novo foco sobre o crime, a fim de que novos resultados possam efetivamente ser observados pelos modelos de justiça criminal adotados.



É preciso vislumbrar que, para a correta aplicação de instrumentos consensuais em um sistema penal predominantemente punitivo, é necessário, naquele momento de busca pelo consenso, deixar de lado a postura adversarial, para que o diálogo e a participação ativa dos interessados possa ter sucesso em um procedimento flexibilizado, que atenderá ao caso concreto, de acordo com a gravidade do delito e com a necessidade das partes.

Raffaella Pallamolla demonstra em seu trabalho que as pesquisas têm apontado que as vítimas que tiveram a oportunidade de ter contato com o ofensor em procedimentos que buscam o consenso revelaram temer menos a revitimização e obtiveram uma reparação melhor quanto aos danos sofridos. Os ofensores que participaram de formas consensuais de resolução de conflitos cumprem melhor a obrigação assumida de reparação dos danos perpetrados e reincidem menos.³²⁶

A prática demonstra que a vítima não é apenas esquecida, mas sistematicamente excluída do processo que teve origem com a violação do seu próprio direito. Ela é usualmente tratada como uma mera testemunha. Esse afastamento da vítima com relação à resolução do seu próprio conflito fere o direito fundamental da vítima ao contraditório efetivo e gera um novo processo de vitimização, o que parece ser uma grande incoerência de um sistema que prega a reparação integral da vítima como um de seus objetivos.

A vítima tem uma história complexa no processo penal. Já passou por momentos de protagonismo e de exclusão. O que se observa atualmente, no contexto brasileiro, é uma tentativa de incluir cada vez mais a vítima na solução do seu próprio conflito. A partir dessa visão, é preciso investigar se as formas de inclusão da vítima no processo penal brasileiro são reais ou apenas formais.

A verificação da realidade brasileira quanto ao procedimento utilizado para a solução dos conflitos penais suscita questionamentos, principalmente aquele que indaga se os instrumentos que pregam uma evolução para o modelo consensual poderão conviver com um sistema predominantemente punitivo e se a realidade demonstra que as partes têm sido efetivamente incluídas. Para o respeito aos direitos dos sujeitos envolvidos na resolução do

³²⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 111-112.



conflito penal, deve haver coerência entre o discurso jurídico penal de valorização da vítima e das formas de resolução consensual e o seu valor real na aplicabilidade diária, ou seja, se a atuação está de acordo com o discurso realizado.

O diálogo facilitado entre os sujeitos envolvidos no conflito penal possibilita que a resolução deste conflito possa abarcar diversos aspectos que não seriam respeitados com a sumária punição do acusado. Por meio de práticas alternativas consensuais, o contraditório e a ampla defesa, postulados básicos da Constituição Federal, serão respeitados, permitindo que a vítima e o acusado possam contar a sua versão dos fatos e que isso seja efetivamente levado em consideração na estipulação da reparação que será imposta, o que acaba por concretizar um procedimento mais justo e atento ao caso concreto.

As vantagens do “novo” modelo de justiça criminal consensual são diversas e coadunam com os princípios do Estado Democrático de Direito. A sua efetivação faz prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, axioma basilar da nossa Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O estudo desta temática se faz necessário para que a legislação e a prática penal brasileiras possam evoluir cada vez mais na forma de resolução consensual dos conflitos penais, concretizando uma efetiva alternativa ao modelo punitivo.

A análise da realidade brasileira com relação aos procedimentos consensuais existentes e aqueles que podem vir a ser instaurados e, mais do que isso, a identificação da problemática da falta coerência entre a legislação existente e a realidade efetivada na prática forense é essencial para apontar caminhos para a melhor aplicação dos instrumentos de consenso no processo penal e pode representar o início de uma evolução do sistema e uma verdadeira integração da vítima e do ofensor ao procedimento de resolução do seu conflito.

REFERÊNCIAS

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.



AS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS E SEUS DESAFIOS DIANTE DA DINÂMICA DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE TAX IMMUNITIES AND IT'S CHALLENGES AHEAD TECHNOLOGY EVOLUTION DINAMIC BENEATH THE OPTICAL OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Antônio de Pádua Faria Junior³²⁷

RESUMO: As imunidades tributárias, ao que todos sabem, encontram-se previstas no inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal brasileira. Entretanto, o que muitos desconhecem e/ou não correlacionam, são os motivos pelos quais as imunidades tributárias foram criadas. O desconhecimento das causas de criação deste instituto de Direito Constitucional Tributário gera inúmeras imprecisões em sua aplicação prática, o que coloca em risco a própria proteção que o legislador constituinte buscou oferecer a determinados Direitos e Garantias fundamentais dos cidadãos. O objeto central do presente trabalho será a análise das imunidades tributárias previstas na alínea “d” do inciso VI do artigo 150 da Carta Magna, que garante que livros, jornais e periódicos e o papel destinado a sua impressão não serão atingidos pelo fenômeno da tributação. A relevância da alínea mencionada consiste nas diversas interpretações jurídicas dadas a sua redação, o que pode colocar em risco alguns dos Direitos e Garantias Fundamentais consagrados pela Carta Republicana brasileira, como por exemplo o acesso à informação, a depender da posição que se adote, e é justamente para prevenir equívocos prejudiciais a estas prerrogativas constitucionais que se presta este trabalho.

Palavras-chave: Imunidades Tributárias; Direitos Fundamentais; Constituição Federal.

ABSTRACT: The tax immunities, as everyone knows, are found at the section VI of article 150 of the Brazilian Federal Constitution. However, what many people do not know or do not correlate are the reasons whereby the tax immunities have been created. The ignorance of the creation causes of this Constitutional and Tributary institute generates several inaccuracies on its practical application, what can take in risk the protection that the constituent tried to offer to some Fundamental Rights of the citizens. The task central goal will be the analysis os the tax immunities brought by the article 150, section VI, subsection “d” of the Federal Constitution, what ensure that books, newspapers, journals and the print paper will not be reached by the any tax. The relevance of the mentioned subsection consists of several juridical interpretation on its

³²⁷ Mestrando em Direito Tributário na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”



wording, what can take in risk some Fundamental Rights brought by the Brazilian Federal Constitution, as example, the information access, all about the adopted interpretation, and this is exactly to avoid damaging mistakes to these constitutional rights that this task is made.

Key-words: Tax Immunities; Fundamental Rights; Federal Constitution.

INTRODUÇÃO/DESENVOLVIMENTO

O presente trabalho tem por escopo o trato de um assunto ainda bastante divergido no meio jurídico e acadêmico, vez que as administrações públicas brasileiras, sobretudo as estaduais, vêm colecionando divergências na aplicação das regras de imunidade tributária no âmbito dos livros, jornais e periódicos que são feitos e reproduzidos na forma digital.

No contexto histórico, tem-se no Brasil uma Constituição Federal relativamente nova e com conteúdo moderno, haja vista o trato que a mesma dá a temas relevantes e garantistas, como por exemplo, os Direitos Fundamentais e Sociais, que têm no ordenamento constitucional brasileiro considerável importância e são tidos como pilares do desenvolvimento do país, o que não se vê em muitas Constituições, inclusive de países profundamente desenvolvidos.

Assim sendo, os dispositivos constitucionais que introduziram a previsão a tais direitos necessitavam de outros dispositivos, constitucionais e/ou infraconstitucionais, que os regulamentasse e desse efetividade aos mesmos, inserindo-os no plano prático.

É o caso, por exemplo, das imunidades tributárias, previstas no inciso VI do artigo 150 da Carta Republicana, que prestam auxílio essencial a alguns destes direitos considerados como fundamentais pelo artigo 5º do diploma constitucional, como por exemplo, o direito a liberdade de crença e exercício de cultos religiosos (inciso VI); direito a informação (inciso XIV) entre outros.

No caso do presente trabalho, a preocupação deste autor diz respeito ao cumprimento efetivo do direito que todo cidadão tem de acessar informação e, por este intermédio, conseguir condições melhores de educação, formação etc.

Portanto, para que tal direito seja assegurado ao cidadão brasileiro criou-se, dentre outros mecanismos, a alínea “d” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal de 1.988, que prevê a imunidade tributária dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado a impressão



destes, garantindo assim que a informação veiculada através destes meios chegue ao cidadão a valores acessíveis, possibilitando que este não comprometa em demasia o seu orçamento, em detrimento da aquisição de bens outros que lhe são vitais.

Nesta análise sintética, observa-se que a despeito de ser também um instituto de Direito Tributário, as imunidades possuem caráter fortemente social, daí sua razão de existir.

Ocorre que, por vezes, as diversas interpretações das normas, inclusive das constitucionais, causam sérios desarranjos na consecução dos fins almejados pelo legislador constituinte, já que muitos juristas não interpretam a Carta Magna como um todo, pois apenas dialogam com seus fragmentos.

Acrescente-se a isto o fato de que a sociedade e, sobretudo a tecnologia evoluem em velocidade infinitamente superior à legislação (em sentido amplo), e o que se tem observado é que o texto constitucional brasileiro, por mais moderno que o consideremos, foi criado há cerca de vinte e seis anos, diante de uma realidade diferente, e, portanto, não prevê literalmente a ocorrência de alguns fenômenos criados após sua promulgação.

É o caso dos livros, jornais e periódicos criados em formato digital, que hodiernamente são bastante comuns na vida de qualquer cidadão, mas que na época da realização da Assembleia Constituinte não haviam ainda sido concebidos e sequer passou pelo pensamento dos constituintes o possível surgimento futuro de tais materiais.

À época só se falava em livros, jornais e periódicos em formatos físicos e impressos em papel, razão pela qual jamais pairou dúvidas acerca da imunidade tributária destes objetos concebidos neste formato.

Entretanto, a mesma certeza não se aplica de forma tão unânime quando o que se observa é a incidência de impostos sobre estes mesmos objetos concebidos na forma digital, o que é verificado pelo tratamento distinto que as Fazendas Públicas dos estados vêm atribuindo ao caso, ora tributando-os, ora garantindo-lhes a imunidade tributária.

O fato é que, as Fazendas Públicas de alguns estados têm tentado sustentar a tese de que a imunidade tributária consagrada na alínea “d” do retro mencionado inciso constitucional abrangia exclusivamente objetos impressos em papel, em uma interpretação extremamente reducionista e fragmentada.



Este entendimento considera lições exclusivamente de Direito Tributário, pois que leva em conta simplesmente a função arrecadatória do Estado, considerando as imunidades tributárias como um campo isolado da Carta Magna, como se estas não tivessem diálogo e interdependência com o restante daquela.

Entretanto, como já salientado, as imunidade tributárias não foram criadas exclusivamente com o fito de obstar a arrecadação do Estado, mas principalmente para fazer valer outros direitos e garantias estipulados constitucionalmente, como é o caso do direito fundamental à informação, buscado a todo custo pela imunidade tributária dos livros, jornais e periódicos, não bastando, portanto, que se aplique normas interpretativas referentes exclusivamente ao Direito Tributário para se definir o que será imune a impostos ou não.

Ora, se o que se busca aqui é atender ao direito fundamental do acesso à informação, o meio pela qual esta se propaga é indiferente, pois o benefício desta imunidade tributária é destinado ao cidadão em geral e não ao produtor de livros, jornais, periódicos e os produtores do papel destinado a impressão destes.

Assim sendo, há de ser observado que intuito do legislador foi garantir proteção ao cidadão e não beneficiar produtores de livros impressos, por exemplo.

Entretanto, como ainda não há uma definição concreta chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, o tema necessita de amplos estudos e discussões para que seja aperfeiçoado o entendimento dos operadores do Direito, de modo a não permitir que interpretações equivocadas da norma constitucional afrontem a própria Carta Magna.

CONCLUSÃO

Este trabalho traz em seu bojo uma tentativa de abordagem de forma sintética e precisa da correlação entre Direito Tributário e Direitos Fundamentais ambos estabelecidos pela Constituição da República, indicando que tais campos do diploma constitucional devem sempre dialogar entre si para que não ocorra prejuízos aos direitos dos cidadãos.

O tema ora abordado guarda bastante relevo, pois, embora a arrecadação eventualmente oriunda da tributação de livros, jornais e periódicos em formato digital não seja



tão significativa assim, o fato de possivelmente estar havendo uma afronta ao direito à informação que todo cidadão tem é bastante sério.

A Constituição Federal brasileira inovou ao criar um rol tão extenso de direitos e garantias fundamentais para, justamente garantir que estes sejam os pilares do desenvolvimento sustentável do país, ou seja, sem eles o Brasil não terá um crescimento e melhoria nos moldes do que pretende o povo.

Sendo assim, é essencial que sejam respeitados não somente os direitos fundamentais e sociais estabelecidos no artigo 5º e 6º da Carta Magna propriamente ditos, mas também que se observe com diligência os demais dispositivos que buscam dar efetividade a tais direitos, pois sem estes, aqueles não serão cumpridos e conseqüentemente os fins almejados pelo legislador constituinte dificilmente serão alcançados.

É justamente o que ocorre no caso dos livros, jornais e periódicos criados em formato digital, em que a administração pública de determinados entes da Federação vem tentando criar “brechas” ao aplicarem interpretações e normas simplesmente de Direito Tributário para tributarem tais objetos, pensando simplesmente na arrecadação de tributos, sem considerar a importância que a imunidade tributária destes materiais tem na busca pelo direito à informação, consagrado no inciso XIV do artigo 5º da CF/88 e, por conseguinte, na concretização do desenvolvimento do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. In: TORRES, Ricardo Lobo. et al. **Temas de interpretação do direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 147.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 8ª Ed. São Paulo: Forense, 2010.

BARRETO, Aires F. e BARRETO, Paulo Aires. **Imunidades Tributárias: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 2ª Ed. São Paulo. Dialética.

BORGES, Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: out. 2013.

_____. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: jul. 2013.

CARRAZA, Roque Antonio; TORRES, Heleno Taveira. Imunidade do papel destinado à impressão de jornais e periódicos e a prestação de serviços gráficos. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, a. 9, n. 54, nov./dez. 2011. p. 11.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22^a Ed. São Paulo: SARAIVA, 2010.

_____. **Derivação e Positivção no Direito Tributário. Vol. I**. São Paulo. Noeses, 2012.

_____. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4. ed. São Paulo: NOESES, 2011.

CHIESA, Clélio. **A Competência Tributária do Estado Brasileiro: Desonerações Nacionais e Imunidades Condicionadas**. 1^a Ed. São Paulo. Max Limonad, 2002.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: Teoria e Análise da Jurisprudência do STF**. 2^a Ed. São Paulo. Malheiros, 2006.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Alcance da imunidade de livros, jornais e periódicos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. XXVII, n. 83, tomo I, set. 2001. p. 261.

FABRI, José Carlos. Tributação do livro eletrônico. **Revista de Doutrina da 4^a Região**, Porto Alegre, n. 56, out. 2013. Edição especial 25 anos da Constituição de 1988. (Grandes temas do Brasil contemporâneo). Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao056/Jose_Fabri.html

JORGE, Valdemar Bernardo. As novas relações jurídicas de natureza tributária advindas da informática: comercialização de “softwares” imunidade do livro eletrônico “Internet”. **Direito Tributário atual**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 342-345.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidade dos meios eletrônicos de comunicação social. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, Porto Alegre/São Paulo, a. IV, n. 20, 2010. p. 69.

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



PESTANA, Márcio. **Princípio da Imunidade Tributária**. 2ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consultas**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 11 set. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Consultas**: inteiro teor. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2848329/>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**: pesquisa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

VELLOSO, Andrei Pitten. Imunidade tributária do livro digital: fundamentos e alcance. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, a. XIV, n. 83, jan./fev. 2012. p. 22.



A AUTONOMIA DO DANO EXISTENCIAL E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Eduardo Souza Braga³²⁸
João Bosco Penna³²⁹

RESUMO: A evolução da dogmática acerca dos danos sem conteúdo econômico, chamados de danos imateriais ou extrapatrimoniais, redundou na aceitação da existência de outras espécies de danos, além do dano moral puro. Ainda não há uma integral aceitação dos novos danos à personalidade humana pela doutrina e jurisprudência, porém não se duvida que, hodiernamente, as afrontas à dignidade do homem se apresentam sob novas formas de atuação, em um dinamismo que clama por respostas urgentes, a fim de impedi-las ou, se isso não for possível, reparar os prejuízos causados de uma maneira mais ampla. Nesse cenário, o reconhecimento da autonomia do dano existencial se afigura como um instrumento eficaz, mormente se houver uma delimitação conceitual adequada, com enfoque nos seus elementos constitutivos objetivos, quais sejam, prejuízos ao projeto de vida e óbices à integração social. Ao ser humano deve sempre ser resguardado o direito de fazer escolhas livres e intencionais, mormente em relação ao projeto de construção de sua identidade no mundo. Nesse contexto, qualquer atitude externa que prejudique a construção de seu projeto de vida deve ser repelida. Existem situações, no entanto, em que o dano já se consumou, cabendo apenas a tutela reparatória, através do reconhecimento do dano à existência causado e a sua tradução em uma punição adequada. Atitudes arbitrárias que impeçam o ser humano de bem dispor de seu tempo ocioso, com criação de obstáculos para o seu relacionamento com os demais integrantes do meio em que está inserido também são causadores de dano à sua existência, mormente por ser um animal social e cultural por excelência. Também nessa hipótese, a reparação deve ser a mais efetiva possível.

PALAVRAS-CHAVE: Existência humana. Dano existencial. Autonomia. Projeto de vida. Integração social.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade de massa, desigual, violenta, individualista e egoísta, o indivíduo, não raras vezes, pode ter sua dimensão existencial atacada, sendo que, em alguns casos, as consequências daí advindas são irreversíveis.

Diante desse quadro, cada vez mais se torna necessário o adequado entendimento

328 Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho

329 Doutor em Medicina Legal pela Universidade de São Paulo. Professor Titular da Universidade Estadual Paulista



sobre o que vem a ser o instituto do “dano existencial”, oriundo do Direito italiano, especialmente em relação à sua autonomia e elementos de caracterização, a fim de se dar uma resposta adequada às ofensas ocorridas, servindo, a punição aplicada e a reparação imposta, ao menos como atenuantes dos prejuízos sofridos pelas vítimas.

OBJETIVOS

Pretende-se demonstrar com este trabalho que o dano à existência humana é uma espécie do gênero “dano extrapatrimonial”, que possui uma delimitação conceitual específica e elementos de caracterização próprios, capazes de lhe conferir autonomia, necessária à sua adequada compreensão.

O reconhecimento da autonomia do dano existencial é, hodiernamente, de importância ímpar, na medida em que muitas são as formas de afronta à dignidade e à existência humana, mormente em decorrência da “evolução” irracional da sociedade e do desprestígio cada vez mais intenso ao solidarismo como vetor condutor das interações humanas.

METODOLOGIA

Para melhor compreensão da autonomia do dano existencial e de seus elementos constitutivos, fez-se um levantamento e um estudo bibliográfico dos autores que trataram do assunto.

Nesse estudo, buscou-se realizar uma análise dialética do instituto, com intuito de se alcançar um melhor entendimento sobre suas peculiaridades.

DISCUSSÕES E RESULTADOS

Como é cediço, os danos, pressupostos para a responsabilização do agente causador de prejuízos, são divididos em dois grandes grupos: danos materiais e danos extrapatrimoniais.

Durante muito tempo, entendeu-se que os danos extrapatrimoniais estavam reduzidos



aos danos morais, sendo que, na verdade, tais expressões eram concebidas como sinônimas.

Vozes em sentido contrário sempre existiram, porém elas ganharam corpo com a promulgação da Constituição de 1988, em que, claramente, houve uma divisão dos danos sem cunho econômico, representada pelo texto do artigo 5º, inciso V³³⁰, em que os danos morais foram citados dissociadamente dos danos à imagem.

Nesse contexto, a defesa da autonomia de outros tipos de danos imateriais passou a ter assento constitucional.

Desse modo, atualmente, a expressão danos extrapatrimoniais ou imateriais deve ser entendida como gênero, do qual são espécies outras modalidades de danos sem conteúdo pecuniário, dentre eles o dano moral puro.

As dificuldades de se estabelecer marcos de diferenciação entre as espécies de danos imateriais são de grande envergadura, notadamente em decorrência de uma aparente sobreposição de elementos de definição, que pode levar à conclusão de que tudo se refere ao íntimo do indivíduo vitimado e, por isso, o estabelecimento de diferenças não se sustenta no plano fático.

Assim, as definições conceituais devem ser bem estruturadas, sendo essa a única forma de se resguardar a autonomia das diversas espécies de danos extrapatrimoniais.

Dessarte, para escoreta conceituação do dano existencial, imperioso se analisá-lo em comparação com as outras formas mais recorrentes de danos não patrimoniais, especialmente os danos morais e os danos estéticos.

O dano moral puro, outrora tido como única forma de dano imaterial, deve ser compreendido como um dano que se traduz por ofensas que causam consequências a aspectos essencialmente subjetivos do indivíduo, ou seja, seu elemento conceitual base é o sofrimento psicológico angariado pela vítima.

Enfim, é aquele que leva em conta a dor, o desespero, a angústia e demais emoções negativas angariadas pelo ofendido.

330 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:

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.



É importante se pontuar, nesse momento, que, apesar de o sofrimento humano ser o elemento de destaque do dano moral puro, este deve ser reconhecido como existente tão somente em decorrência da comprovação da situação injusta que o causou. É um dano “*in re ipsa*”.

No que concerne ao dano estético, aspectos objetivos devem ser investigados, já que tal espécie de dano decorre diretamente da deformidade do corpo humano, ou seja, de elementos externos, de simples verificação.

As deformidades devem, de algum modo, causar repulsa, na vítima ou em terceiros, havendo, assim, lesão à incolumidade da imagem humana.

É óbvio que o sofrimento humano está presente nessa espécie de dano, porém ele se diferencia do dano moral puro por não ter a mesma proeminência em sua caracterização e se referir a um específico direito da personalidade, a imagem.

O dano existencial tem elementos caracterizadores que se distinguem dos que foram antes mencionados, notadamente por possuírem conteúdos essencialmente objetivos, em que pese não haver a completa negação dos aspectos subjetivos, que ficam, no entanto, sublimados.

A existência humana está intimamente ligada com a liberdade de escolha.

O homem tem o direito de poder escolher o que fará de sua vida, com a construção de seu destino da forma que melhor lhe aprouver, sem interferências externas e impostas contra a sua vontade.

Em outros termos, o ser humano tem o direito de construir sua existência segundo seus os íntimos anseios, sendo, por isso, responsável por todos os atos cometidos nesse processo de construção.

Por ser um animal social, as interações sociais sempre existirão, porém cabe unicamente ao indivíduo escolher como e quando se relacionará com o meio em que está inserido, na medida em que é capaz de fazer escolhas livres e intencionais.

Enfim, ao ser humano deve sempre garantida a oportunidade de se fazer a si próprio, o que definirá a sua existência no mundo, ou seja, dará sentido à sua vida.

Essa é a dimensão existencial do ser humano, que, em uma sociedade que tem a dignidade humana como fundamento alicerçante, não pode ser vilipendiada.

Nesse sentido, qualquer afronta ao direito do indivíduo de se constituir a si próprio



enquanto pessoa humana dotada de liberdade de escolha merece adequada e esmerada reparação, dissociada dos sofrimentos que dessa afronta podem ser surgir, também merecedores de reprimenda.

Nesse contexto, conclui-se pela autonomia do dano existencial, que tem como elemento conceitual fundamental o direito à liberdade inata do indivíduo de se situar na sociedade em que vive, com o máximo aproveitamento de suas potencialidades.

De modo sintético, o dano existencial pode ser concebido como aquele oriundo de ofensas à liberdade de escolha do indivíduo, que frustram, de algum modo, os planos já elaborados ou que poderiam ser elaborados para a sua plena realização como ser humano, em sua incansável busca pela felicidade.

Em sua caminhada em direção à realização pessoal ampla, a interação do indivíduo com as demais pessoas integrantes da sociedade, notadamente parente e amigos, é de primordial importância.

Diante disso, os elementos de configuração do dano existencial podem ser expostos sob duas vertentes, que são complementares, mas que comportam uma separação para uma melhor visualização do fenômeno: o projeto de vida e o direito à integração em sociedade.

Em relação ao projeto de vida, pouco há para ser acrescentado, tendo em vista as colocações de linhas anteriores, porém, é importante se pontuar que não apenas a total impossibilidade de realização desse projeto que deve merecer proteção, mas, também, a dificuldade de sua consecução.

Dessarte, é na dosimetria do montante indenizatório que se deve verificar a intensidade de lesão ao projeto de vida e não no momento de configuração do dano à existência.

No que tange ao direito de integração social, a sua afronta resta caracterizada quando o indivíduo é impedido, total ou parcialmente, de ter relações interpessoais nos diferentes contextos possíveis de uma vida em sociedade, o que obsta o seu desenvolvimento amplo e saudável enquanto ser humano, em prejuízo à construção de sua história vivencial e personalidade cultural.

Para melhor elucidação do tema em estudo, imperioso trazer à baila algumas situações em que o dano existencial se faz presente, em razão das dificuldades relacionadas ao



estabelecimento ou execução de um projeto de vida ou à construção saudável e plena de um ser social.

São elas, dentre outras: perda injusta e precoce de um ente querido; abandono parental; prisões arbitrárias ou fruto de erro judiciário; acidentes de trânsito ou de trabalho com sequelas na completude física ou psíquica do vitimado; assédio sexual e exigência de trabalho extraordinário por longos períodos, de forma a atrapalhar a vida em sociedade do trabalhador e o cumprimento de seus objetivos pessoais.

Considerando todo o explanado, resta claro que o dano existencial não se confunde com as outras espécies de danos extrapatrimoniais, que, inclusive, podem decorrer de um mesmo fato, com cumulação de indenizações.

Por fim, cumpre deixar consignado que o reconhecimento da autonomia do dano existencial e consequente imposição de penalidade dissociada das outras espécies de danos imateriais encontra substrato legal, dentre outras, nas previsões insertas nos artigos 1º, III; 5º, V, X e XXXV e 6º da CF/88 e artigos 949, parte final; 404, § único, parte final; 11, 12 e 21 do CC/2002.

CONCLUSÕES

A exata compreensão do dano existencial, principalmente no que tange à sua autonomia frente a outras espécies do gênero “dano imaterial” tem o condão de imprimir máxima efetividade ao princípio da reparabilidade integral, na medida em que a cumulação com outras formas de reparação se mostra possível e desejável, além de servir de instrumento pedagógico eficiente para a diminuição das infrações à dimensão existencial da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.

BATISTA, Márcio Oliveira. **A regulação do direito ao lazer no resgate da dignidade humana**

I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em **D**ireito



do trabalhador e sua formação social. In: ALMEIDA, Roberto Ribeiro de; CRUZ, Priscila Aparecida Silva; ALVES, Marianny (Org.). *Direitos Humanos em um contexto de desigualdades*. São Paulo: Boreal, 2012.

BEBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações.** Revista LTr, São Paulo, n. 1, Jan., 2009.

CASAGRANDE, Márcio. **Lazer Trabalhoso.** Consultor Jurídico. São Paulo. 26 ago. 2006. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/47733.1>>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2002

EAGLETON, Terry. **As Ilusões do pós-modernismo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial.** Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.