



Direito, Cidadania e Justiça Social

ORGANIZADORES

Carlos José Pacheco

Claudia Maria Gil Silva

Úrsula Adriane Fraga Amorim

Pablo Jiménez Serrano



ORGANIZADORES:
Carlos José Pacheco
Claudia Maria Gil Silva
Úrsula Adriane Fraga Amorim
Pablo Jiménez Serrano

Direito, Cidadania e Justiça Social

2016



FOA**Presidente**

Dauro Peixoto Aragão

Vice-presidente

Eduardo Guimarães Prado

Diretor Administrativo - Financeiro

Iram Natividade Pinto

Diretor de Relações Institucionais

José Tarcísio Cavaliere

Superintendente Executivo

Jairo Conde Jogaib

Superintendência Geral

José Ivo de Souza

Relações Públicas

Maria Amélia Chagas Silva

UniFOA**Reitora**

Claudia Yamada Utagawa

Pró-reitor Acadêmico

Carlos José Pacheco

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Alden dos Santos Neves

Pró-reitor de Extensão

Otávio Barreiros Mithidieri

EDITORA FOA**Editor Chefe**

Laert dos Santos Andrade

Capa

Leonardo Simões Canavez

Editoração

Elton de Oliveira Rodrigues

Conselho Editorial

Adilson Pereira

Dario Aragão Neto

Flávia Lages de Castro

Ivan Simões Garcia

Pablo Jiménez Serrano

Conselho Científico

Alice Tacão Wagner

Laert dos Santos Andrade

Maria Aparecida Rocha Gouvea

FICHA CATALOGRÁFICA

Bibliotecária: Alice Tacão Wagner - CRB 7/RJ 4316

P116d Pacheco, Carlos José.
Direito, cidadania e justiça social. [livro eletrônico]
/ Carlos José Pacheco; Claudia Maria Gil da Silva;
Úrsula Adriane Fraga Amorim; Pablo Jimenez Serrano.
Volta Redonda: FOA, 2016.

190 p. il.

ISBN: 978-85-5964-014-4

1. Direito. 2. Justiça social. I. Fundação Oswaldo
Aranha. II. Centro Universitário de Volta Redonda. III.
Título.

CDD - 340

**Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA
Campus Três Poços**

Av. Paulo Erlei Alves Abrantes, nº 1325
Três Poços, Volta Redonda /RJ / CEP. 27240-560
Tel.: (24) 3340-8400 - FAX: 3340-8404
www.unifoa.edu.br

Editora FOA

www.unifoa.edu.br/editorafoa

Apresentação

O presente livro destina-se à publicação de capítulos que objetivam colocar em discussão diversos problemas jurídicos que afetam às sociedades brasileiras e contemporâneas.

A obra tem por finalidade a divulgação dos resultados das pesquisas desenvolvidas pelo corpo docente, discentes do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA, e por destacados professores e pesquisadores convidados.

A presente coletânea objetiva criar um espaço para a discussão e a produção acadêmica sobre temas importantes para a comunidade jurídica, regional, nacional e internacional. A respeito desses temas contemporâneos os autores demonstram um razoável interesse em privilegiar um funcionalismo jurídico fundado na necessidade de caracterizar os novos problemas sociais, que se sabem conseqüentes da dinâmica social, esperando, assim, apontar e discutir as diversas causas ou motivos do aumento da desobediência social e da ineficácia social do direito.

Em suma, a presente obra demonstra a transversalidade e interdisciplinaridade das pesquisas jurídicas que têm como desafio discutir criticamente os assuntos e temas polêmicos e contribuir para a resolução dos problemas que repercutem negativamente na concretização da justiça e da cidadania.

SUMÁRIO

ADPF Nº 153: UMA ANÁLISE SOB A LEITURA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB.....	5
<i>Úrsula Adriane Fraga Amorim, Luana Suckow de Barros</i>	
O PROCESSO DE BOLONHA E SEUS EFEITOS NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA	24
<i>Córa Hisae Hagino</i>	
DIREITOS FUNDAMENTAIS, INCLUSÃO JURÍDICA E CIDADANIA.....	42
<i>Pablo Jiménez Serrano</i>	
DANO MORAL COLETIVO E A DISCRIMINAÇÃO AOS DIREITOS DA CULTURA CIGANA	59
<i>Dario Aragão Neto</i>	
REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO DE EFETIVAÇÃO E RETROCESSO NO CAMPO DOS DIREITOS E DA CIDADANIA.....	73
<i>Aline Caldeira Lopes</i>	
O TEMA DA LIBERDADE POLÍTICA EM MONSTEQUIEU E MARX.....	88
<i>Hélio de Lena Júnior</i>	
REGIME DE PARTILHA DO PRÉ-SAL E A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE PETROLÍFERA	105
<i>Benevenuto Silva dos Santos, Flávio E. N. Hegenberg</i>	
O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO.....	124
<i>Érik da Cruz Benício, Cláudia Regina Robert de Jesus Chaves</i>	
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA O HERMENEUTA E SUA CORRELAÇÃO COM O MINIMALISMO PENAL.....	149
<i>Ricardo Fernandes Maia</i>	

ADPF Nº 153: UMA ANÁLISE SOB A LEITURA DO CONSELHO FEDERAL DA OAB

Úrsula Adriane Fraga Amorim

Doutoranda em Sociologia pelo IUPERJ, Mestre em Serviço Social pela UFRJ. Advogada e Assistente Social. Docente do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

Luana Suckow de Barros

Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela PUC. Advogada – Egressa do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

RESUMO

Trata-se o presente estudo de uma análise à importância da ADPF nº 153, proposta pelo Conselho Federal da OAB, em 2008, e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2010, por meio da qual requereu-se declaração de que a Lei nº 6.683/79, popularmente conhecida como Lei de Anistia, não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 no que tange à anistia concedida aos crimes praticados pelos agentes de Estado no período da ditadura brasileira (1964-1985), por violar preceitos fundamentais constitucionais. Desse modo, apesar de, por maioria, o Supremo ter decidido pela improcedência do pedido, o objetivo deste estudo será demonstrar que a importância da atuação da OAB não deve ser entendida, apenas, pelo viés da busca pelo fim da impunidade dos crimes praticados pelos agentes da repressão e a possibilidade de persecução penal, mas levar ao cenário jurídico o debate de que a invalidade daquela lei é essencial à (re)construção do Estado Democrático brasileiro.

Palavras-chave: Ditadura; Anistia; OAB; ADPF; Democracia.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Aspectos Históricos: considerações preliminares. 3. A Lei de Anistia: uma análise sócio-jurídica. 4. Uma análise sobre a ADPF Nº 153. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Em 1964, ao primeiro dia do mês de abril, a história do Brasil foi marcada pelo fim do Estado democrático de direito e o início do Estado de exceção, caracterizado pela institucionalização da legalidade forjada e fardada e o uso excessivo e irrestrito da força. A partir daí, os vinte e um anos que se seguiram foram marcados pela violação a direitos humanos, o que se verificou na prática de crimes como sequestro, violência física e sexual, tortura, desaparecimento, assassinato e ocultação de cadáver, cujos autores foram os agentes do próprio Estado.

Decorridos quinze anos do golpe, antes mesmo do fim da ditadura, durante a presidência do militar João Figueiredo, foi promulgada, por um Congresso Nacional formado, em maioria, por governistas, a Lei nº 6.683/79, popularmente conhecida como Lei de Anistia, que, se por um lado atendeu aos interesses da sociedade quanto à anistia concedida aos crimes políticos, o que deve ser entendido como os crimes praticados pela oposição, por outro, mais do que e servir como verdadeiro atalho para devolver a direção do país aos civis, protegeu com impunidade a barbárie praticada pelos agentes da repressão, tentando, ainda, causar o esquecimento das sérias violações a direitos humanos ocorridas nos anos da ditadura.

Em 1985, finalmente, os militares saem do poder. Com a posse de José Sarney na presidência do país, " o regime militar chegava ao fim e tinha início à Nova República, com a volta à primazia do poder civil." (BARROSO *in* DANTAS *et al*, 2008, p. 95)

Apesar daquele momento simbolizar o marco do fim da ditadura militar e, em 1988, com a promulgação da Constituição, o retorno do Estado democrático e de direito, tal entendimento merece ser questionado, uma vez que, com o presente preso ao passado, por força da (in)validade da Lei nº 6.683/79, o exercício dos direitos fundamentais à memória e à verdade, a responsabilidade daqueles que cometeram graves lesões a direitos humanos, essenciais ao Estado democrático, abalam esse processo. Desse modo, leciona Flavia Piovesan que não há democracia sem o exercício dos direitos e liberdades fundamentais. A democracia exige, assim, a igualdade no exercício de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Ao contrário de outros países latino-americanos, como Argentina e Chile, que também tiveram a histórica marcada por ditaduras, no Brasil, não houve a revisão, ou invalidade, da anistia no que diz respeito aos crimes praticados pelos agentes da repressão.

Embora todas as ditaduras militares da região tenham promulgado anistias nos moldes da brasileira, que tentavam proteger no futuro os militares após a saída do poder, tais iniciativas foram posteriormente revistas pelos regimes democráticos instituídos - inclusive com a responsabilização criminal de oficiais militares, que acabaram sendo presos por crimes cometidos durante suas ditaduras, especialmente os referentes aos direitos humanos. (CARREIRO, 2011, p. 04)

Nesse sentido, ante a validade da Anistia da forma em que foi promulgada, não houve no Brasil uma justiça de transição completa, o que abala, por via de consequência, o próprio processo de (re)democratização brasileiro. Assim,

Constata-se na experiência de transição brasileira um processo aberto e incompleto, na medida em que tão somente foi contemplado o direito à reparação, com o pagamento de indenização aos familiares dos desaparecidos no regime militar, nos termos da Lei 9.140/95. Emergencial é avançar na garantia do direito à verdade, do direito à justiça e em reformas institucionais.(PIOVESAN, 2011, p. 86)

É nesse contexto que este trabalho se faz relevante. Assim, o propósito deste estudo é destacar a importância da atuação da OAB para além do pedido formulado na inicial. Isso porque, se por um lado o êxito da atuação da Ordem consistiu na tentativa de vencer a impunidade dos crimes praticados pelos agentes do Estado, a partir de um debate mais aprofundado da natureza dos crimes por eles praticados, e a consequente possibilidade de persecução penal, por outro, o êxito também se deu em razão de demonstrar se a lei, ao ser estendida aos agentes da repressão seria válida e violaria o preceito fundamental e constitucional do princípio republicano e democrático, o que obsta a o processo de (re)construção da democracia brasileira.

Com a finalidade de cumprir os objetivos deste trabalho, optamos pela pesquisa documental, através da qual analisamos a ADPF nº 153 e a Lei de Anistia, além da pesquisa bibliográfica.

Considerando que o tema nos remete ao passado recente do país, será necessário, primeiramente contextualizar o leitor sobre o momento histórico em que o Estado democrático e de direito foi vencido, e por qual razão continua vencido. Posteriormente, abordaremos a Lei 6.683/79 e as consequências que extrapolam os anos da ditadura, alcançando aos dias

atuais. Continuamente será realizada análise da ADPF 153, tendo por foco trechos da fundamentação do voto do Relator da ADPF, demonstrando a importância da atuação da OAB quanto a questão do preceito fundamental do princípio republicano e democrático.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Na década de 60, o choque de forças ideológicas entre União Soviética e Estados Unidos dividiu o mundo entre socialismo e capitalismo. Apesar do Brasil não participar diretamente daquele embate, posto que adotou a política externa independente, não alinhada aos interesses dos Estados Unidos, internamente sentiu-se os efeitos daquela bipolarização político-econômica, o que, com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, e a consequente chegada de João Goulart à presidência, culminaria na articulação do golpe militar.

No contexto da Guerra Fria, para as elites nacionais, a posse de Jango como presidente do Brasil significava risco. Se desde quando ocupava o cargo de Ministro do Trabalho, ainda no governo Getúlio Vargas, era associado ao comunismo pelo mero fato de dialogar com sindicatos, com a visita à China, à época da renúncia de seu antecessor político, e a defesa das Reformas de Base, a associação da política progressista de Goulart ao perigo do comunismo se intensificou – e com ela, a articulação das elites para desestabilizar o governo dele.

No cargo de Vice-Presidente, sabido é que sempre usou sua influência em animar e apoiar, mesmo ostensivamente, manifestações grevistas promovidas por conhecidos agitadores. E, ainda há pouco, como representante oficial, em viagem à URSS e à China comunista, tornou clara e patente sua incontida admiração ao regime destes países, exaltando o êxito das comunas populares. (GOMES e FERREIRA, 2007, p. 136)

Não por acaso, o Congresso Nacional aprovou a emenda a Constituição de 1946 nº 4, alterando o regime de governo de presidencialista para parlamentarista, razão pela qual João Goulart, que na linha sucessória e constitucional deveria ser e ter os poderes de um presidente, recebe apenas os poderes de chefe de Estado, sendo os atos dele, portanto, limitados ao crivo do Congresso, no órgão do Conselho de Ministros, nos termos daquela emenda.

Inobstante a manobra política do Congresso, o que ficou conhecido como golpe branco, o sistema parlamentarista durou pouco menos de dois anos. Assim, em 1963, com a vontade popular expressada por meio de plebiscito, volta-se ao presidencialismo e, por via de consequência, os poderes retirados de Jango a ele retornariam.

Nesse cenário político e com o confronto entre os interesses, era o momento das elites se organizarem, articulando nova estratégia, agora, porém, não para limitar a competência do presidente, mas para retirá-lo do poder.

As direitas civil e militar começaram a organizar-se e preparar-se para o confronto. Surgiram organizações como o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES), financiado por empresários nacionais e estrangeiros; o Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD), que apoiava financeiramente políticos da oposição e organizações sindicais e estudantis contrárias ao governo; a Ação Democrática Parlamentar (ADP), que reunia deputados conservadores de vários partidos. Essas organizações vinham a unir-se a outras mais antigas, como as associações de proprietários rurais, parte da hierarquia da Igreja Católica, e a ESG. O bordão do anticomunismo foi usado intensamente. Planos para derrubar o presidente começaram a ser traçados, contando com a simpatia do governo norte-americano". (CARVALHO, 2009, p. 136)

Iniciou-se, assim, a propaganda pelo inimigo interno: o comunismo. Para tanto, foi utilizada a Doutrina de Segurança Nacional, ajustada ao Brasil por intermédio da Escola Superior de Guerra, com apoio do Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES) e Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD).

Se por um lado a doutrinação consistia em descaracterizar a política progressista de Jango, associando-a ao comunismo e ao risco que este trazia ao país, por outro, indicava a quem caberia a missão de salvar a nação: as Forças Armadas.

Esses aspectos, enfatizados pela Doutrina de Segurança Nacional, implicam perfilar a identidade política das Forças Armadas, não só como principais tutores dos interesses nacionais, como, mais radicalmente, como encarnação ou síntese institucionalizada desses interesses. Se este é o lado de identificação positiva, a Doutrina de

Segurança Nacional também perfila a identidade negativa diante da qual é definido o sentido operativo da primeira: o inimigo. É preciso que fique claro, mais uma vez, que essa doutrina coloca-se dentro de um campo de ideias, onde já está implícita a imagem de um inimigo e do mortal combate contra ele, que é o que dá sentido às práticas e ideias de todas as Forças Armadas. (O' DONNEL, 1986, p. 54)

Contraposto a isso, estudantes, trabalhadores e camponeses se mobilizaram no sentido de lutar pela efetivação das Reformas de Base, sendo as propostas das reformas, relacionadas a interesses da esquerda.

No dia 13 de março de 1964, durante o comício na Central do Brasil, no Rio de Janeiro, Jango assinou dois decretos, propondo uma revisão da Constituição de 1946, de modo que um ratificava a desapropriação de propriedades rurais para fins de reforma agrária, o outro, nacionalizava as refinarias de petróleo.

Se antes do daquele discurso, as elites brasileiras temiam às políticas progressistas de Jango, associando-as ao comunismo, com o comício, e o apoio sindical, isso se potencializou. Por essa razão, em reação, partidos políticos reivindicaram o impeachment de Jango. As elites brasileiras, representadas por empresários e latifundiários, também por setores conservadores da sociedade, como a Igreja, se mobilizaram no sentido de retirar Jango do poder.

Decorridos dezoito dias do comício, os militares, com apoio de partes da sociedade civil, derrubaram Jango da presidência. Junto a ele, também foram derrubadas a Constituição e a democracia. Era o início do dia que não durou vinte um anos, posto que, em razão da promulgação da Lei de Anistia, e a declaração de validade pelo STF, os efeitos do 1º de abril de 1964 são sentidos até hoje.

3. A LEI DE ANISTIA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA

A história nos mostra que a ditadura militar no Brasil teve dois pilares de sustentação. Inicialmente, a criação de um aparato ideológico capaz de auxiliar os militares a disseminar a Doutrina de Segurança Nacional, o que culminou com a queda de Jango. Posteriormente, a criação de um aparato jurídico, na tentativa de legitimar o golpe e validar as próprias ações.

Logo que se impuseram no poder, os militares encontraram obstáculos a serem vencidos, sobretudo, a inconstitucionalidade e a ilegitimidade. O golpe não se legitimou em si mesmo nem nas razões "protetivas" dis-

seminadas por meio da Doutrina de Segurança Nacional. O discurso dos militares não se sustentava e não se coadunava com as próprias ações, ocasionando, assim,

a contradição entre os declarados objetivos de reforçar a democracia a restabelecer a legalidade e a necessidade de repressão cada vez maior para suprimir a dissensão originou a permanente crise de legitimidade que marcaram posteriormente o Estado de Segurança Nacional. (ALVES, 2005, p. 64)

Assim, os militares construíram um aparato a fim de que se fosse dada à ditadura a legitimidade e legalidade da qual carecia, de modo a possibilitar "uma aparência de normalidade para a vida social e política que impedisse o reconhecimento do regime a partir da perspectiva da excepcionalidade e do arbítrio." (FREIRE et al, 1997, p. 473), o que consistiu na edição de Atos Institucionais e Atos Complementares, os quais tinham natureza de decreto.

Apesar de, longo da ditadura, tenham sido baixados 17 Atos Institucionais e 104 Atos Complementares, para este estudo, nos limitaremos a destacar o AI-1 e o AI-5, pelas razões que serão demonstradas.

No primeiro ato baixado pela ditadura, notamos a preocupação de simular para a sociedade brasileira a legitimidade e legalidade do golpe. Para tanto, a imposição ao poder foi denominada como revolução. Além disso, os militares se investiram no exercício do Poder Constituinte.

(...) A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular." (BRASIL, 1964)

Na medida em que a oposição se organizava e se fortalecia no sentido de vencer o Estado militar, o aparato “jurídico legitimador” se transformava cada vez mais em aparato repressivo. Desse modo, a arbitrariedade excessiva o uso irrestrito da força para contenção da oposição – quando não a morte – se tornou uma constante.

A consequência mais grave do Ato Institucional foi talvez o caminho que ele abriu para a utilização descontrolada do Aparato Repressivo do Estado de Segurança Nacional. A este respeito foram cruciais as restrições impostas ao Judiciário e a abolição do habeas corpus para crimes políticos. Podiam-se efetuar prisões sem acusação formal e sem mandado. Juntamente com as restrições ao Judiciário, isto impedia que advogados e outros que defendiam os presos políticos de aplicar as garantias legais. Por isso não podiam evitar sérios abusos de poder e tortura de presos políticos. (ALVES, 2005, p. 135)

No ano de 1968, cresceu no Brasil uma onda manifestações no sentido de questionar o regime militar. Desse processo participaram estudantes, trabalhadores, artistas, entidades de classe, entre elas, a OAB. A classe média demonstrava apoio à causa. Intensificou-se, no mesmo ano, a ação dos grupos de esquerda, que, apesar das matizes ideológicas divergentes, convergiam para o mesmo fim: vencer a ditadura militar.

Resistiu-se à ditadura enquanto foi possível. Quando a via democrática e pacífica foi não só reprimida, mas virtualmente eliminada, não houve outra alternativa para a esquerda senão a luta armada. Foi sob essa lógica que se organizaram as guerrilhas urbanas e rurais.

Enquanto foi possível fazer-se uma oposição legal, assim foi feito: o Movimento Intersindical Antiarrocho, as greves de Osasco e Contagem, as inúmeras passeatas estudantis, a marcha dos 100 mil no Rio de Janeiro, os jornais Movimento e Opinião. Mas tudo o governo reprimia. Quando isso não foi mais possível, partiu-se para um outro tipo de luta. (FREIRE et al, 1997, p. 38)

Junto a isso, vale destacar que o Congresso Nacional, por meio dos membros que representavam oposição ao regime militar, também aderiram à onda de manifestações contrárias à ditadura.

Os parlamentares de oposição eleitos em 1966 reagiram ao clima político, vendo-se forçados a apoiar o crescente movimento de protesto de massa de trabalhadores e da classe média. Embora não pudesse legislar como deveria, pois grande parte das atribuições legislativas havia sido transferida para a esfera do Executivo, o Congresso desempenhou efetivamente um papel na denúncia dos atos repressivos do governo. (ALVES, 2005, p. 157)

Nesse sentido, a decisão do Congresso Nacional, por maioria dos membros, pela permanência da imunidade parlamentar do deputado Marcio Moreira Alves, foi o estopim para a resposta dos militares. É nesse cenário político que o Ai-5 foi baixado.

Segundo Gaspari, “desde 1964, a máquina de repressão exigia liberdade de ação. Com o AI-5, ela teve e foi à caça” (GASPARI. 2002, p. 345). O quinto ato institucional deu carta branca à ditadura. Assim, a “caça” consistia na suspensão de direitos e garantias fundamentais, entre eles, o Habeas Corpus, a suspensão de direitos políticos, a prática de crimes cujas vítimas eram qualquer um que, pelos agentes da repressão, fosse considerado subversivo.

Decorridos os anos, com a intensa caça à oposição, a esquerda pouco a pouco foi minada. Isso porque, quem não foi torturado, preso e/ou sequestrado pela ditadura, foi morto. Além disso, vale destacar que, “aqueles que sobreviveram à operação e à tortura subsequente foram enquadrados na Lei de Segurança Nacional por crimes de sequestro, assalto, terrorismo e atentado pessoal.” (LEMOS, 2005, p. 06)

Além da perda da força dos grupos de esquerda, fosse por divergências internas dos diversos grupos de oposição, fosse em razão do próprio cerco militar, a verdade amarga é que grande parte do êxito da ditadura, e seu subsequente apoio por grande parte da sociedade civil, decorre dos índices econômicos atingidos pelo país, em particular o “Milagre Econômico”. Com o modelo econômico dando sinais de desgaste e incapaz de se sustentar a longo prazo (modelo cuja análise e crítica detalhadas estão além do escopo do presente trabalho), a cúpula do governo, representada pelo presidente Ernesto Geisel (1974-1979), percebendo que maus indicadores econômicos abalariam o regime, traça uma entrega do poder aos civis novamente, porém, sob os próprios termos.

Em 1978, durante o governo Geisel, a Câmara dos Deputados, por meio da emenda constitucional nº 11, revogou todos os Atos Institucio-

nais e Complementares, dando início ao processo “lento, gradual e seguro” (palavras do próprio Geisel em seu discurso de posse) de abertura política.

Com a revogação dos Ato Institucional e o retorno dos direitos e garantias constitucionais retirados do povo brasileiro, as manifestações populares e parlamentares perderiam as mordidas decorrentes da censura dos militares. Assim, no cenário de distensão política, foi criado o Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), possibilitando o debate e representando a pela concessão da anistia aos crimes praticados pelos perseguidos pela ditadura.

No ano seguinte, João Figueiredo, Presidente à época, encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de Lei da Anistia. Apesar da aprovação da lei ter decorrido do voto da maioria dos membros do Legislativo, não por imposição, vale destacar alguns pontos, os quais entendemos ser essenciais ao questionamento da (i)legitimidade daquela lei.

Sabe-se que, no ano de 1978, havia no país dois partidos políticos: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). O primeiro, apoiava os militares e era maioria no Congresso. O segundo, apesar de distante dos ideais da esquerda, representava única oposição ao governo militar. Só por essa razão, qualquer projeto de lei aprovado e de iniciativa do Presidente da República, como foi o caso da Lei de Anistia, deveria ser desconfiado. Isso porque, vale lembrar que, com o AI-5, o Congresso foi fechado por ordem do presidente Geisel, pelo simples fato de que, por meio de votos, seria difícil que o partido aliado aos militares, isto é, ARENA, conseguisse a aprovação do projeto de emenda à Constituição de 1967 que autorizasse eleições indiretas.

Como consequência disso, o país presenciou o denominado “Pacote de Abril”, que se tratava de um conjunto de medidas determinadas pelo general Geisel para que as cadeiras do Senado fossem compostas, em sua maioria, por governistas. Da mesma forma, trocou-se o quórum mínimo de votação de 2/3 (maioria absoluta) para 1/3 (maioria simples). Além disso, Geisel poderia nomear senadores - e nomeou.

Ainda no mesmo sentido, diferente do discurso sustentado pelos militares, ou dos defensores da validade da Lei em questão, a anistia não decorreu de uma vontade dupla, isto é, de negociação entre Estado e oposição. Ao revés, os militares, de forma arquitetada, concederam a anistia desvirtuando do ideal pleiteado por agentes sociais e políticos, de forma ampliá-la aos próprios agentes, criando verdadeiro óbice (i)legal para que fossem isentos de qualquer responsabilidade criminal, restando, assim, evidente que muito mais do que uma anistia para às vítimas da ditadura, a Lei nº 6683/79 foi uma verdadeira autoanistia, “capaz de anular mesmo

crimes contra a Humanidade – portanto imprescritíveis – como a tortura, elaborada e validada ainda durante o regime militar” (CARREIRO, 2011.).

Assim, ao promulgar uma anistia “ampla, geral e irrestrita”, os militares - e os governistas - ao mesmo tempo em que atenderam à demanda social pela anistia das vítimas da ditadura, garantiram a segurança futura de seus agentes em um regime vindouro pelo viés da impunidade, apaziguando-se a oposição e protegendo os seus. Iguando, desse modo, as vítimas da barbárie do Estado de exceção aos seus próprios algozes.

Assim, embora de grande significado no processo de democratização do país, a Lei 6.683/79 se deu basicamente nos termos que o governo queria, mostrou-se mais eficaz aos integrantes do aparato da repressão (mesmo que a tortura jamais tenha sido reconhecida como uma prática de Estado e os funcionários públicos violadores de direitos humanos sequer tenham sido citados no texto da legislação) do que os perseguidos políticos e não foi capaz de pôr fim às atrocidades iniciadas com o golpe de 1964.” (SANTOS et al. 2003, p. 175)

Por fim, cabe destacar o que Castelo Branco afirmou que “se nos adotarmos esse regime, entraremos nele pela força, haveremos de mantê-lo apenas pela força e sairemos dele pela força”. (SILVA, 1975.), Assim, vale destacar que por óbvio, a força referente à saída dos militares do Poder não deve ser entendida no sentido denotativo, mas sim no sentido de que foram nos termos dos próprios termos, e não decorrente da vontade popular.

4. UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF Nº 153

Da dúvida quanto à interpretação do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 6683/79 e a (in)aplicabilidade dele quanto aos crimes praticados pelos agentes da repressão, no ano de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Conselho Federal, ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, distribuída sob o nº 153, uma vez que aquele parágrafo “foi redigido intencionalmente de forma obscura, a fim de incluir sub-repticiamente, no âmbito da anistia criminal, os agentes públicos que comandaram e executaram crimes comuns.” (OAB, 2008.)

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (BRASIL. 1979)

No pedido, a OAB sustentou que a norma impugnada não se aplica aos crimes comuns praticados pelos agentes de Estado nos anos da ditadura. Assim, preliminarmente, a OAB arguiu a inépcia jurídica da interpretação daquele dispositivo – senão do próprio texto – tendo por núcleo o entendimento distorcido trazido pela Lei de Anistia quanto à conexão entre crimes. Ao final, na hipótese de superada a inépcia suscitada, a Ordem pugnou pela declaração de invalidade da norma atacada quanto aos crimes praticados pelos agentes da repressão, tendo por parâmetro preceitos fundamentais constitucionais. Isso porque, o alcance da anistia aos crimes comuns praticados por agentes de Estado que praticaram crimes comuns como os de sequestro, violência física e sexual, homicídio, ocultação de cadáver, entre outros, viola os seguintes preceitos: (i) isonomia em matéria de segurança, (ii) direito à verdade, (iii) princípios republicano e democrático e (iv) dignidade humana e do povo brasileiro.

(...) uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz de seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar. (OAB. 2008)

Em razão do enfoque deste trabalho, entre os preceitos fundamentais violados, destaca-se o princípio republicano e democrático, consagrado, como fundamento da República Federativa do Brasil, no preâmbulo

e no artigo primeiro do texto constitucional (democracia representativa), e também no artigo quatorze (democracia participativa).

Sustentou a Ordem que, a violação àquele princípio decorre do fato de que, além dos agentes que praticaram lesões a direitos humanos exercerem funções públicas, e serem remunerados pelo erário público, levou à análise o contexto em que a Lei de Anistia foi criada e a inexistência do exercício da democracia, representativa ou participativa, para ratificação da referida lei após a vigência da Constituição de 1988.

Em 2010, o pedido da OAB foi rechaçado pela maioria dos ministros do STF, os quais seguiram o voto do relator da ação, Eros Grau, à época ministro do Supremo.

Considerando o objeto de estudo, optamos por destacar apenas trechos do voto do Relator tendo em vista que foi voto vencedor e tendo em vista que estão relacionados ao viés dado a este estudo, isto é, a questão da (re)construção da democracia.

Em apertada síntese, para o Relator, o pedido foi improcedente porque a Lei de Anistia, e estensão para agentes repressores, decorreu não apenas da vontade popular, inclusive, da própria OAB. Assim, aduz o ministro que a atuação da Ordem, em 2008, confrontaria a atuação da Ordem, no passado recente, que, segundo ele, teria participado do processo de elaboração, e concordado, com a Lei nº 6683/79 nos termos em que foi promulgada.

"(...) a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História. (...) Reduzir a nada essa luta (...) é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem (...) lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. (...) Essas jornadas, inesquecíveis, foram heróicas. Não se as pode desprezar. A mim causaria espanto se a brava OAB (...), denotadamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico venire contra factum proprium." (STF, 2010, p.28)

Ocorre que, a atuação da OAB não vai de encontro à Ordem do passado. Ao contrário. À época do projeto da Lei de Anistia, a OAB, por intermédio de Sepúlveda Pertence, se posicionou no sentido de discordar dos termos da daquela lei.

Não bastasse isso, o ministro fundamenta que "a inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país,

o da batalha da anistia, autêntica batalha." (STF). Ora, como falar de redemocratização, ou, *ipsis litteris*, como reconhecer a anista como "a mais importante luta pela redemocratização do país", quando votada por um Congresso formado, na maioria, por um partido governista e promulgada por um presidente imposto pelo regime militar, não por um processo eletivo constitucional e democrático?

Para além disso, ao fazer aquela afirmação, o ministro ignora não apenas as condições políticas em que a sociedade se encontrava à época da promulgação da Lei de Anistia, mas também a natureza dos crimes praticados por opositores à ditadura e os crimes praticados por agentes de Estado, reduzindo, ao mesmo plano, crimes políticos a crimes comuns.

Sabe-se que, apesar do Código Penal brasileiro vigorar antes mesmo dos anos da ditadura, os militares, dentro da lógica do Estado de exceção e da necessidade de institucionalização, editaram os Decretos nº 314/1967 e o nº 898/1969, além da Lei nº 6.620/1978, a fim de criminalizar as ações legítimas de resistência por parte da oposição.

Com o advento daqueles diplomas legais, houve a tipificação de crimes políticos, os quais têm natureza jurídica de crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Nesse sentido, entende-se que apenas aqueles diplomas legais definiram, e definem, o que são crimes políticos, não cabendo, portanto, entendimento como crime político as condutas que por eles não foram tipificadas. Tratam-se, pois, de crimes cujo bem jurídico tutelado é a segurança nacional – estigmatizada no contexto da bipolarização político-econômica decorrente da Guerra Fria.

Ao contrário disso, os crimes praticados pelos agentes da repressão, isto é, tortura, sequestro, violência física e sexual, homicídio, ocultação de cadáver, entre outros, têm natureza jurídica diversa. Ao tipificá-los, o legislador buscou proteger bens importantes para a sociedade e sem os quais a dignidade humana seria lesada, para não dizer inexistente.

Ao largo do exposto, em que medida os argumentos, ora analisados, utilizados por Eros Grau, e seguidos pela maioria dos ministros do STF, são compatíveis com o recente passado brasileiro? Ademais, em que medida são compatíveis com preceitos fundamentais constitucionais, sobretudo, o princípio republicano e democrático? Será realmente possível falar em (re)construção da democracia, enquanto se reconhece a validade de uma lei promulgada durante um Estado militar e enquanto se ratifica as graves violações a direitos humanos praticados por agentes de Estado? O que nos parece é que os argumentos do Relator não se adequam aos princípios e valores consagrados na Constituição de 1988, principalmente, ao princípio repúblicano e democrático, como muito bem suscitado na ADPF.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o Judiciário brasileiro avançou muito no sentido de reconhecer pleitos que, não muito distante, eram vistos como impossíveis pelo viés conservador e positivista. Hoje, é perfeitamente, e juridicamente, possível união entre pessoas do mesmo sexo e adoção por pessoas do mesmo sexo. É lícito o aborto de fetos anencéfalos. Apesar de versarem sobre assuntos diferentes, essas decisões foram chegadas por uma mesma razão: a primazia da dignidade humana.

Por outro lado, quando o assunto é Lei de Anistia, o Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, mantém valores conservadores, quase semelhantes ao da sociedade do passado recente, que autorizou o golpe de 64, declarando válida, e o pior, recepcionada pela Constituição de 1988, uma lei que prende o presente ao passado marcado pela bárbarie cometida por agentes do próprio Estado contra opositores, impunidade e injustiça.

Engana-se quem acredita que a decisão do Supremo venceu a OAB. Ao revés. A ADPF não limitou o seu julgamento às partes envolvidas. Muito além da OAB, autora da ação, e das vítimas da ditadura, o povo brasileiro foi lesado com o golpe de 1964 e continua lesado com a decisão do Supremo. A memória e a verdade foram sufocadas pelo texto de uma lei que, como o próprio nome aduz, foi criada para o esquecimento.

Mais do que lutar para que os crimes praticados pelos agentes da repressão, nos anos da ditadura, fossem reconhecidos como crimes comuns, afastando portanto, a aplicabilidade do parágrafo primeiro do artigo primeiro da Lei nº 6.683/79, para os agentes da repressão, a Ordem proporcionou um debate mais amplo de que, necessariamente, sem a declaração de invalidade da lei aos agentes da repressão, a justiça de transição no Brasil continuará, como leciona Piovesan, um processo inacabado – atingindo, por via de consequência, o processo de (re)construção da democracia.

Em que se pese a importância da análise realizada, forçoso reconhecer que, com a promulgação da Lei de Anistia, aos vencidos, coube o preço de serem vítimas da barbárie provocada pelo Estado. Aos vencedores, o “direito” de praticar diversas formas de violência, lesionando direitos humanos, sem que pudessem, no futuro, ser responsabilizados pela barbárie que cometeram no passado. Ao STF, mais do que ratificar a impunidade, coube igualar as vítimas aos próprios algozes, ignorando a incompatibilidade entre os preceitos constitucionais, entre eles, o princípio republicano e democrático, dilatando no tempo a lesão a direitos humanos, a impunidade e a injustiça decorrentes do Estado de exceção formado pelos militares.

Por fim, coube à OAB reafirmar, vinte nove anos depois da promulgação da Lei de Anistia, o compromisso firmado no passado: a defesa do Estado democrático - daí a importância da ação, ainda que vencida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maria Helena Moreira: **Estado e Oposição no Brasil – 1964-1984**, São Paulo, EDUSC, 2005.

BICUDO, Hélio. **Lei da Anistia e crimes conexos** [Folha de S.Paulo 6/12/1995, p. 3] In: Janaína Teles (org.), **Mortos e desaparecidos políticos: Reparação ou impunidade?** 2ª edição. São Paulo: Humanitas, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil**. In: DANTAS, Bruno. CRUXÊN, Eliane.SANTOS, Fernando. LAGO, Gustavo Ponce de Leon. **Os alicerces da Redemocratização – Do Processo Constituinte aos Princípios e Direitos Fundamentais**. Senado Federal. Instituto Legislativo Brasileiro:Brasília, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo: **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, Malheiros, 2005.

BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=1&tipo_norma=AIT&data=19640409&link=s>, acesso em 09 out. 2013

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>, acesso em 09 out. 2013

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, promulgada em 18 de setembro de 1946, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>, acesso em 09 out. 2013

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**, promulgada em 24 de janeiro de 1967, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>, acesso em 10 out. 2013

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em 09 out. 2013

BRASIL. Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967. Disponível em <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/126124/decreto-lei-314-67>> acesso em 09 out. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 898/69, de 29 de setembro de 1969. Disponível em <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/126023/decreto-lei-898-69>>, acesso em 09 out. 2013

BRASIL. Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6620.htm>, acesso em 10 out. 2013

BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>, acesso em 12 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140compilada.htm> acesso em 09 out. 2013

BRASIL. Lei nº 11.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>, acesso em 13 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.528, de 18 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>, acesso em 13 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**, Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil . Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>, acesso em 11 out. 2013

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CARREIRO, Marcelo. **Continuidades do Controle Militar na Redemocratização Brasileira (1979-2011)**. In: SIMPÓSIO DE HISTÓRIA COMPARADA, X, 2011, Rio de Janeiro.

Anais do X Simpósio de História Comparada. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A responsabilidade do Estado Brasileiro na questão dos desaparecidos durante o regime militar**, In: Janaína Teles (org.), *Mortos e desaparecidos políticos: Reparação ou impunidade?* 2ª edição. São Paulo: Humanitas, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu, **Crimes sem anistia** [Folha de S.Paulo, 18/12/1992, p.3], In: Janaína Teles (org.), *Mortos e desaparecidos políticos: Reparação ou impunidade?* 2ª edição. São Paulo: Humanitas, 2001.

DREIFUSS, René Armand: **1964: A Conquista do Estado – ação política, poder e golpe de Estado**, Petrópolis: Vozes, 1981.

GASPARI, Elio: **A Ditadura Envergonhada (As Ilusões das Armas)**, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, Angela Maria de Castro e FERREIRA, Jorge. **Jango: as múltiplas faces**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

GOMES, Luiz Flavio e MAZZOLI, Valerio de Oliveira (orgs): **Crimes da Ditadura Militar – uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile e Uruguai**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Danyelle Nilin. **O preço do passado**. 1ª edição. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

LEMONS, Renato. **Ditadura militar, violência política e anistia**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 23., 2005, Londrina. Anais do XXIII Simpósio Nacional de História – História: guerra e paz. Londrina: ANPUH, 2005. CD-ROM LENA JÚNIOR, Hélio de e GOMES, Víctor Leandro C. C.: **Doutrina de Segurança Nacional e Atos Institucionais: entendendo o modus operandi do regime civil-militar no Brasil (1964-1985)** In: MALTA, Maria Mello de (org.): **Ecossistema do Desenvolvimento – uma história do pensamento econômico brasileiro**, Rio de Janeiro, Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2011.

OAB, Conselho Federal. **O estado de exceção**. Disponível em <http://www.oab.org.br/historiaoab/estado_excecao.htm>, acesso em 02 jul. 2014.

PIOVESAN, Flavia. **Democracia, Direitos Humanos e globalização**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_libglobal.html>, acesso em 02 jul. 2014.

____. **Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro**, in: O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010.

O PROCESSO DE BOLONHA E SEUS EFEITOS NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Córa Hisae Hagino

Professora de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda, UNIFOA. Professora de Direito da Universidade Federal Fluminense. Estudante de doutorado do Programa "Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI" do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.

RESUMO

O processo de Bolonha teve início em 1999 a fim de criar um espaço europeu de ensino superior com mobilidade de estudantes e professores, transnacionalização, implantação do mesmo sistema de créditos nos países, entre outras medidas. De fato, a reforma de Bolonha tem o objetivo de colocar o sistema europeu de ensino superior em boas condições de competir com o sistema americano de educação. Assim, o Processo de Bolonha tem como foco principal uma análise econômica do ensino superior e os aspectos sociais como a democratização do ensino superior não são uma prioridade. Em Portugal, o processo de Bolonha foi aplicado na Faculdade de Direito de Coimbra, trazendo efeitos negativos ao currículo e à formação dos estudantes.

Palavras-chave: Processo de Bolonha, currículo, educação.

SUMÁRIO

1. Considerações Iniciais. 2. O Processo de Bolonha: educação ou mercado? 3. O processo de Bolonha em Portugal: o caso da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 4. Considerações Finais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A universidade no século XXI tem passado por grandes transformações em decorrência de diversas pressões. Por um lado, tanto a sociedade como o mercado capitalista exigem cada vez mais do ensino universitário; por outro lado, a universidade sofre com a política de redução de financiamento por parte do Estado e passa a ter que buscar alternativas financeiras (SANTOS, 2008).

Ana Maria Seixas (2003) ressalta que a globalização veio trazer uma tensão entre o modelo de universidade voltada pelo e para o conhecimento que confrontou-se com o ideal de universidade orientada pelo e para o mercado. "A universidade, de criadora de condições para a concorrência e para o sucesso no mercado, transforma-se, ela própria, gradualmente, num objeto de concorrência, ou seja, num mercado" (SANTOS, 2008, p. 25). No novo século XXI as tensões trazidas pela globalização hegemônica têm se agravado e muitos dos seus resultados ainda não estão plenamente visíveis, como mostrarei no caso do Processo de Bolonha.

Esta pesquisa tem por objetivo traçar um panorama das declarações que envolveram o processo de Bolonha, mostrando seus desafios no ensino superior português, em especial o impacto da reforma de Bolonha na Faculdade de Direito de Coimbra.

Em um primeiro momento, realizou-se uma análise de todos os documentos que deram origem ao denominado Processo de Bolonha, buscando-se verificar os preceitos básicos de cada documento. Além disso, foram realizadas observação participante (cerca de 200 horas em sala de aula) e entrevistas com atores sociais, tais como estudantes e docentes da Faculdade de Direito de Coimbra a fim de perceber que efeitos Bolonha teve nesses sujeitos. Analisou-se, ainda, as alterações curriculares pré e pós Bolonha nesta instituição.

2. O PROCESSO DE BOLONHA: EDUCAÇÃO OU MERCADO?

O processo de Bolonha teve início em 1998 com a Declaração de Sorbonne, porém, esse processo ficou mais conhecido após a Declaração de Bolonha em 1999. As duas declarações trazem embutidos os objetivos a serem realizados pelas universidades europeias como a utilização do sistema de créditos para garantir a equivalência entre as universidades e permitir maior mobilidade estudantil. Posteriormente, esse processo teve continuidade com as reuniões dos ministros da educação da União Euro-

peia (UE) e do Espaço Econômico Europeu em 1999 na cidade de Bolonha, em Praga, no ano de 2001; em Berlim, em 2003; em Bergen, em 2005; em Londres, em 2007; em Lovaina, em 2009; em Budapeste-Viena, em 2010 e em Bucareste, em 2012.

O prazo final para a aplicação dos objetivos de Bolonha era o ano de 2010, sendo que este prazo foi estendido até 2020, no Comunicado de Leuven. Apesar da extensão de prazo, os princípios de Bolonha já foram integrados na maior parte das universidades europeias.

O primeiro documento, precursor da Declaração de Bolonha, data de 1988 e é chamado de *Magna Carta Universitatum*. Essa carta já tratava de questões que seriam trazidas posteriormente com a declaração de Bolonha e outros documentos da política de ensino superior europeia.

A Magna Carta foi escrita em Bolonha, Itália, pelos reitores das universidades europeias em comemoração do nono centenário da Universidade de Bolonha tendo como objetivo destacar o papel das universidades em uma sociedade que se transforma e se internacionaliza cada vez mais. A Magna Carta, lançada quatro anos antes da abolição das fronteiras comunitárias, trazia como princípios fundamentais: a autonomia e a independência universitária, a não separação entre ensino e pesquisa, a liberdade no ensino e na investigação e o ultrapassar das fronteiras geográficas ou políticas.

“Deste modo, tal como nos primeiros anos da sua história, as universidades encorajam a mobilidade de docentes e estudantes. Além disto, consideram que uma política global de equivalência de estatutos, títulos, exames (sem pôr em causa diplomas nacionais) e atribuição de bolsas é essencial para o cumprimento da sua missão, nas condições hoje prevaletentes” (*Magna Carta Universitatum*).

O documento que antecedeu a Declaração de Bolonha, foi a Declaração de Sorbonne de 25 de Maio de 1998, declaração conjunta dos quatro ministros encarregados do ensino superior na Alemanha, França, Itália e Reino Unido. Essa declaração enuncia a construção de uma Europa do saber, um esforço na criação de um espaço europeu do ensino superior:

“Um espaço europeu aberto ao ensino superior oferece abundantes perspectivas positivas, respeitando, naturalmente, as diferenças de cada um, mas exigindo esforços sérios para abolir barreiras e desenvolver um quadro de ensino que promova a mobilidade e a cooperação conjun-

ta de forma cada vez mais estreita" (Declaração de Sorbonne).

A Declaração de Sorbonne aborda, ainda, a utilização de um sistema de créditos (ECTS) e de semestres a fim de facilitar a validação de créditos em casos de mobilidade. Esta, será incentivada na graduação e na pós-graduação. A mobilidade de professores é também mencionada.

Em relação ao ensino na graduação, o documento afirma que deveriam ser oferecidos aos estudantes programas diversificados, compreendendo estudos pluridisciplinares, aquisição de competências linguísticas, além da utilização das novas tecnologias da informação.

A declaração de Bolonha, cujo nome marcou o processo de Bolonha, constitui o principal documento de construção de um espaço de ensino superior. Ela foi assinada no dia 19 de Junho de 1999, na cidade com o nome da declaração, por vinte e nove ministros da educação europeus.

A criação do Espaço Europeu do Ensino Superior trouxe a necessidade de criar uma Europa mais completa e alargada a fim de garantir maior competitividade no cenário internacional, segundo a Declaração de Bolonha.

"Teremos que fixar-nos no objetivo de aumentar a competitividade no Sistema Europeu do Ensino Superior. A vitalidade e a eficiência de qualquer civilização podem ser medidas através da atração que a sua cultura tem por outros países. Teremos que garantir que o Sistema Europeu do Ensino Superior adquira um tal grau de atração que seja semelhante às nossas extraordinárias tradições culturais e científicas" (Declaração de Bolonha).

Desse modo, pretendeu-se ordenar as políticas educacionais a fim de atingir uma série de objetivos. Um dos objetivos consiste na adoção de um sistema baseado essencialmente em duas fases principais, a graduação (com duração mínima de 3 anos) e a pós-graduação, que deverá conduzir ao grau de mestre e /ou doutor constitui o primeiro objetivo. O segundo objetivo baseia-se na criação de um sistema de créditos - tal como no sistema ECTS - como forma de incentivar a mobilidade dos estudantes europeus. O incentivo à mobilidade de estudantes, professores, investigadores e pessoal administrativo consiste no terceiro objetivo. A quarta finalidade é o incentivo à cooperação europeia na garantia da qualidade com o intuito de desenvolver critérios e metodologias comparáveis. Por fim, o último objetivo diz respeito ao desenvolvimento curricular, cooperação in-

terinstitucional, projetos de circulação de pessoas e programas integrados de estudo, de estágio e de pesquisa na Europa.

Na Cimeira de Lisboa, realizada em Março de 2000, o tema da criação de uma Europa do conhecimento é retomado como forma de tornar a União Europeia uma Europa mais dinâmica e competitiva, o que garantiria crescimento econômico, mais empregos e coesão social.

O Processo de Bolonha é levado a cabo através de um programa de trabalho que vai sendo orientado com base em conferências ministeriais bianuais: Praga 2001, Berlim 2003, Bergen 2005, Londres 2007 e Lovaina 2009. Houve, ainda, uma conferência em 2010 em Budapeste – Viena em razão do Aniversário de Bolonha e em 2012 um reunião em Bucareste.

Em Praga, no ano de 2001, os ministros europeus reafirmaram seu compromisso em estabelecer uma Área Europeia de Ensino Superior até 2010. Foi elaborado um relatório "*Furthering the Bologna Process*", encomendado por um grupo de acompanhamento. Nesse relatório chegou-se à conclusão de que as metas traçadas pela Declaração de Bolonha foram largamente aceites e usadas como base para o desenvolvimento do ensino superior.

Em Praga, os Ministros europeus reafirmaram os esforços para a promoção da mobilidade de docentes e discentes, através da continuidade de seis objetivos principais: a adoção de um sistema de graus facilmente legíveis e comparáveis, a adoção de um sistema baseado essencialmente em dois ciclos principais, estabelecimento de um sistema de créditos como o ECTS, a promoção da mobilidade, promoção da cooperação europeia na garantia da qualidade, promoção da dimensão europeia no ensino superior. Foram ainda enfatizados os seguintes pontos: a aprendizagem ao longo da vida, promoção do envolvimento de instituições de ensino superior e de estudantes na construção de uma Europa do conhecimento, promover a atratividade da Área Europeia de Ensino Superior e o acompanhamento continuado do processo de Bolonha pelos ministros europeus de ensino superior e pelas associações que fazem parte deste processo.

"Os ministros expressaram o seu apreço pelas contribuições para o desenvolvimento de programas de estudo que combinem a qualidade académica com a relevância para uma empregabilidade duradoura e pediram às instituições de ensino superior uma maior participação continuada e pró ativa. Afirmaram ainda que os estudantes devem participar e influenciar a organização e o conteúdo do ensino nas universidades e outras instituições de ensino superior, assim como reafirmaram a necessidade, recordada pelos

estudantes, de ter em conta a dimensão social no processo de Bolonha" (Declaração de Praga, 19 de Maio de 2001).

Assim, em Praga, os objetivos foram aumentados e foi reafirmado o compromisso em implementar a Área Europeia de Ensino Superior até 2010.

A Comissão Europeia, em 5 de Fevereiro de 2003, debateu o papel das universidades na sociedade e na economia do conhecimento na Europa e lançou algumas questões sobre financiamento, autonomia, qualidade, relacionamento com empresas.

"Como assegurar receitas adequadas e sustentáveis para as universidades e garantir que as verbas sejam utilizadas com a máxima eficácia? Como garantir a autonomia e o profissionalismo tanto no âmbito da gestão como no domínio académico? [...] Como promover, em todos estes domínios, o espaço europeu de ensino superior coerente, compatível e competitivo preconizado na Declaração de Bolonha, bem como o espaço europeu de investigação estabelecido como objetivo para a União no Conselho Europeu de Lisboa em Março de 2000?" (Comissão Europeia, Bruxelas, 2003).

O encontro posterior teve lugar em Berlim, em 19 de Setembro de 2003, com os ministros de trinta e três países europeus, onde manteve-se como objetivo o aumento da competitividade e acrescentou-se a necessidade do reforço da coesão social e da redução das desigualdades sociais. É também enfatizado o caráter público do ensino superior.

Em Maio de 2005, em Bergen, Noruega, foi realizada uma Cimeira Ministerial com quarenta e cinco ministros da Educação Europeia. Nessa reunião surgem novas ações como: adoção de linhas orientadoras para a garantia de qualidade e a implementação de quadros de qualificação nacionais compatíveis com o Quadro Europeu de Qualificações.

A Conferência Ministerial de Londres em 2007 reforça o debate das reuniões anteriores e acrescenta ainda: necessidade de abolição das medidas estatais que ainda hoje são entrave ao processo de Bolonha, reforço da ação social na educação superior e esforço na recolha de dados para constituição de uma base que favoreça a mobilidade e a empregabilidade, entre outras medidas.

Da declaração de Bolonha, em 1999, até a Reunião Ministerial em Lovaina, em 2009, mais dezoito países aderiram à declaração de Bolonha, que passaram a ser quarenta e sete¹. Ainda em Lovaina, foram apresentados diversos relatórios, entre eles, os avanços ocorridos nos últimos dois anos.

Em Lovaina se admitiu que o Processo de Bolonha continuaria depois de 2010, tendo sido estabelecidas as seguintes prioridades para a nova década: proporcionar oportunidades iguais para uma educação de qualidade; aumentar a participação na aprendizagem ao longo da vida, promover a empregabilidade, desenvolver resultados de aprendizagem centrados no estudante e missões de ensino, articular a educação, a pesquisa e a inovação; abrir as instituições de ensino superior aos fóruns internacionais; aumentar as oportunidades para a mobilidade e a sua qualidade; melhorar a recolha de dados; desenvolver ferramentas de transparência multidimensionais; garantir o financiamento.

Em Budapeste – Viena, em 2010, foi realizada uma conferência em comemoração aos 10 anos do processo de Bolonha e foram apresentados relatórios sobre as alterações nos últimos 10 anos. Os pontos mais destacados foram: A liberdade acadêmica assim como a autonomia e responsabilidade das instituições de ensino superior como princípios do Espaço Europeu do Ensino Superior; o papel decisivo da comunidade académica para tornar o Espaço Europeu do Ensino Superior uma realidade; o ensino superior como uma responsabilidade pública; promover a igualdade de oportunidades para uma educação de qualidade.

A reunião ministerial de 2012 foi realizada em Bucareste. No encontro compareceram 47 ministros europeus da educação superior. Nessa declaração afirma-se que o ensino superior pode ajudar na solução da crise econômica europeia. Afirma, ainda, que após o processo de Bolonha as estruturas do ensino superior europeu são mais compatíveis e que entre 2012 e 2015 os esforços serão concentrados na continuação do suporte às instituições de ensino superior para a adequação às linhas do Processo de Bolonha ([http://www.ehea.info/Uploads/\(1\)/Bucharest% 20Communique%20 2012\(2\).pdf](http://www.ehea.info/Uploads/(1)/Bucharest%20Communique%202012(2).pdf)). O próximo encontro será em 2015 na Arménia.

Em resumo, o processo de Bolonha centra-se numa análise do ensino superior europeu voltado para a economia mundial, tendo como aspectos centrais a construção de uma Europa do conhecimento e uma maior com-

¹ São eles: Albânia, Alemanha, Andorra, Arménia, Azerbaijão, Áustria, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Cazaquistão, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Liechtenstein, Luxemburgo, Macedónia, Malta, Moldávia, Montenegro, Noruega, Países Baixos, Polónia, Portugal, Roménia, Rússia, Santa Sé, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, República Checa e Ucrânia.

petitividade frente aos Estados Unidos, deixando como temas subsidiários os aspectos sociais, como a democratização do ensino e da pesquisa.

Em relação ao financiamento aponta que as universidades devem buscar cada vez mais formas de recursos fora do Estado, mas paradoxalmente aponta para a necessidade de autonomia e independência universitária.

A transnacionalização é um importante aspecto no processo de Bolonha que tem como uma das metas prioritárias a mobilidade de estudantes, docentes, investigadores e funcionários. Contudo, pouco debate-se sobre os apoios financeiros a estes atores sociais. Além disso, outro ponto problemático refere-se a ausência do debate sobre a extensão universitária.

No decorrer do processo de Bolonha muitas críticas foram surgindo no meio social. As associações das universidades europeias, sindicatos e associações docentes e estudantis têm-se mostrado contrárias a esta política de tratamento da educação enquanto comércio e têm solicitado maior debate sobre o tema.

3. O PROCESSO DE BOLONHA EM PORTUGAL: O CASO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Em Portugal, o processo de Bolonha foi aplicado de cima para baixo sem grandes debates com a sociedade civil, o que tem levado a grande rejeição a esta reforma. Além disso, a redução de investimentos estatais e o aumento das mensalidades dos cursos públicos têm gerado uma grande insatisfação no meio acadêmico estudantil. Por outro lado, os docentes reclamam de sobrecarga de trabalho e falta de incentivo para a realização de pesquisa. Neste item, optei por analisar os efeitos do Processo de Bolonha em uma instituição em particular, no caso, a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O processo de Bolonha entrou oficialmente em vigor na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 30 de Setembro de 2007, ou seja, no ano letivo 2007/2008, 3 anos antes do prazo final previsto para a transformação total das graduações de Portugal.

O curso durava 5 anos e as disciplinas eram anuais, após a Reforma de Bolonha, a graduação em Direito passou para um total de 4 anos e a ter disciplinas semestrais.

Tabela 1² – 1º ano do curso de Direito em distintos anos letivos

Pré Bolonha (2004/2005)	Pós Bolonha (2007/2008)	Pós Bolonha (2007/2008)	Pós Bolonha (2011/2012)	Pós Bolonha (2011/2012)
Curso anual	1º semestre	2º semestre	1º semestre	2º semestre
Direito Constitucional e Ciência Política	Direito Constitucional I	Direito Constitucional II	Direito Constitucional I	Direito Constitucional II
Direito Romano e História do Direito Português	Direito Romano	História do Direito Português	Direito Romano	História do Direito Português
Economia Política	Economia Política I	Economia Política II	Economia Política I	Economia Política II
Introdução ao Direito	Introdução ao Direito I	Introdução ao Direito II	Introdução ao Direito I	Introdução ao Direito II
	Direito Internacional Público I	Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo *	Direito Internacional Público I	Direito Internacional Público II *
	Direito Financeiro *			Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo *
				Inglês Jurídico *

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 10 de Agosto de 2012.

Como se pode observar na tabela 1, as únicas alterações ocorridas no período pós-Bolonha foram a retirada da Ciência Política do currículo, a inclusão da disciplina obrigatória Direito Internacional Público, e a inclusão de disciplinas optativas, tais como: Direito Financeiro, Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo e em 2011/2012 já constava a disciplina optativa inglês jurídico.

² Apesar de no período pós Bolonha não haver disciplinas anuais, utilizei as disciplinas de 1º e 2º semestre como forma de facilitar a comparação. Além disso, no período posterior à Bolonha, o plano de curso está dividido por anos letivos a título indicativo, devendo o aluno obter no total 240 créditos ECTS (222 através da aprovação de disciplinas e 18 livres).

Tabela 2 – 2º ano do curso de Direito em distintos anos letivos

Pré Bolonha (2004/2005)	Pós Bolonha (2007/2008)	Pós Bolonha (2007/2008)	Pós Bolonha (2011/2012)	Pós Bolonha (2011/2012)
Curso anual	1º semestre	2º semestre	1º semestre	2º semestre
Direito Administrativo	Direito Administrativo I	Direito Administrativo II	Direito Administrativo I	Direito Administrativo II
Direito Internacional Público e Europeu	Direito Comunitário I	Direito Comunitário II	Direito da União Europeia I	Direito da União Europeia II
Economia e Finanças Públicas	Direito do Trabalho I	Finanças Públicas I	Direito do Trabalho I	Direito do Trabalho II *
Teoria Geral do Direito Civil	Teoria Geral do Direito Civil I	Teoria Geral do Direito Civil I	Teoria Geral do Direito Civil I	Teoria Geral do Direito Civil II
		Direito Fiscal I	Finanças Públicas I	Direito Fiscal I
				Finanças Públicas II
				Alemão Jurídico *

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 10 de Agosto de 2012

A disciplina Direito do Trabalho I passou a ser lecionada no segundo ano de Faculdade de Direito no período pós-Bolonha. Este fato não agradou o professor catedrático da disciplina. O professor também discorda de Direito do Trabalho II ser optativa. Sendo assim, antes de Bolonha se tinha 1 ano de Direito do Trabalho e após a reforma de Bolonha apenas 6 meses obrigatórios.

"Um semestre é pouco para Direito do Trabalho e deveria ser mais tarde, que aparecesse depois da Teoria Geral do Direito Civil. Antes era no terceiro ano, mas vocês terão as duas matérias juntas [...] Com a necessidade de passar 5 anos em 4, Direito do trabalho é lecionada no mesmo ano que teoria geral do Direito Civil." Docente 1³.

Outras alterações podem ser observadas através da mudança do nome da disciplina de Direito Internacional Público e Europeu para Direito Comunitário e, a seguir, para Direito da União Europeia. Outro diferencial

3 Os docentes, assim como os estudantes, não serão identificados para preservar o anonimato.

foi a inclusão da disciplina Alemão Jurídico como optativa a partir do ano letivo 2008/2009.

Tabela 3 – 3º ano do curso de Direito em distintos anos letivos

Pré Bolonha (2004/2005)	Pós Bolonha (2007/2008)	Pós Bolonha (2007/2008)	Pós Bolonha (2011/2012)	Pós Bolonha (2011/2012)
Curso anual	1º semestre	2º semestre	1º semestre	2º semestre
Direito Administrativo e Fiscal	Direito Administrativo III	Contratos Cíveis	Direito Administrativo III	Contratos Cíveis *
Direito das Obrigações	Direito das obrigações I	Direito das obrigações II	Direito das obrigações I	Direito das Coisas
Direito do Trabalho	Direito Penal I	Contratos Públicos	Direito de Família e Menores	Contratos públicos
Direito Penal	Direito Processual Civil I	Direito Penal II	Direito Penal I	Direito das obrigações II
Direito Processual Civil		Direito Processual Civil II	Direito Processual Civil I	Direito Penal III
				Direito Processual Civil III

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 10 de Agosto de 2012

As mudanças ocorridas ao terceiro ano da Faculdade incluem a inclusão das disciplinas Contratos Públicos e Contratos Cíveis, inicialmente enquanto disciplinas obrigatórias e, posteriormente, enquanto disciplinas optativas, além da inclusão de Direito das Coisas mais recentemente.

Tabela 4 – 4º ano do curso de Direito em distintos anos letivos

Pré Bolonha (2004/2005)	Pós Bolonha (2007/2008)	Pós Bolonha (2007/2008)	Pós Bolonha (2011/2012)	Pós Bolonha (2011/2012)
Curso anual	1º semestre	2º semestre	1º semestre	2º semestre
Medicina Legal	Medicina Legal	Direito Comercial II	Medicina Legal	Direito Comercial II
Direito Comercial	Direito Comercial I	Direito Patrimonial da Família e Sucessões	Direito Comercial I	Direito Patrimonial da Família e Sucessões
Direito das Famílias e Sucessões	Direito da Família e Menores	Direito Processual Penal	Direito Penal III	Direito Processual Penal

Direito das Coisas	Direito das Coisas	Direito Processual Civil III	.	Direito Processual Civil III
Direito e Processo Penal	Direito Penal III	Direito dos Registos e Notariado *	Metodologia do Direito	Direito dos Registos e Notariado *
Direito Internacional Privado e Comunitário	Direito Internacional Privado		Organização Judiciária	Contrato Cívico *
	Metodologia do Direito			Contratos públicos*
	Organização Judiciária			

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 10 de Agosto de 2012.

No 4º ano observa-se que a disciplina pré Bolonha Direito da Família e Sucessões foi dividida em 2 semestres: Direito da Família e Menores e Direito Patrimonial da Família e Sucessões.

Direito Processual Civil III, que antes de 2007, era do quinto e último ano do curso de Direito, passou a integrar o quarto ano no pós-Bolonha. O mesmo ocorreu com Metodologia do Direito, todavia, esta disciplina perdeu a antiga denominação Metodologia do Direito e Filosofia do Direito, além de perder 50% da carga horária, já que era disciplina anual e passou a ser semestral. Antes de Bolonha, era optativa, após a reforma de Bolonha, virou obrigatória.

A cadeira Organização Judiciária surge no currículo de 2007/2008 e permanece até os tempos atuais. Direito dos Registos e Notariados também aparece no programa de 2007/2008 e permanece na atualidade, todavia sempre como optativa no último ano.

Tabela 5 – 5º ano do curso de Direito no período pré Bolonha

Pré Bolonha (2004/2005)
Curso anual
Direito Administrativo
Direito Comercial
Direito Comunitário
Direito Constitucional

Direito das Empresas
Direito e Processo Civil
Direito Penal
Economia
Metodologia e Filosofia do Direito *
Teoria do Direito *

* disciplina optativa

Fonte: <https://woc.uc.pt/fduc/course/planocurricular.do>, acessado em 10 de Agosto de 2012.

O quinto ano só existe no período pré Bolonha, sendo que no Pós Bolonha estas matérias do último ano foram distribuídas pelos anos anteriores. A disciplina Teoria do Direito, uma optativa, não existe mais no contexto de Bolonha. E a disciplina de Direito Constitucional que era lecionada em 2 anos (um dos anos junto com Ciência Política) passou a ser ensinada em apenas 1 ano. Interessante observar que disciplinas sociais como Constitucional e Trabalho perderam terreno. Disciplinas zetéticas como Ciência Política e Filosofia do Direito foram retiradas do currículo. De um modo geral, as outras permaneceram com a mesma carga horária.

Do ano letivo 2004/2005 até o ano em que houve a grande alteração curricular do Processo de Bolonha (2007/2008), ocorreram duas pequenas mudanças no plano de disciplinas. No período letivo 2006/2007, a criminologia era uma disciplina anual facultativa, assim como a Economia, contudo a Economia acaba por ser englobada em 2007/2008 como Economia Política, ao contrário de Criminologia, que deixa de ser lecionada.

Na Faculdade de Direito de Coimbra, o NEDI (Núcleo de Estudantes de direito da Universidade de Coimbra), assim como a AAC (Associação Acadêmica de Coimbra) se posicionaram contra o processo de Bolonha, mas ainda assim têm participado das reuniões sobre sua implementação na FDUC (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra) a convite da direção da faculdade. *“Somos contra o processo de Bolonha e sua implementação. Somos vinculados à AAC e ela se posicionou deste modo”* (presidente do NEDI).

Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a pesquisa tem apontado para uma sobrecarga de trabalho dos docentes e de estudantes, pois o currículo de cinco anos sofreu uma pequena redução de carga horária.

ria. Logo, os cinco anos de graduação foram distribuídos em quatro anos, o que significa maior estudo em menos tempo.

"Não tenho o hábito de começar na primeira semana... mas com Bolonha tudo é muito rápido, não posso dispensar esta aula [...] "Temos três meses de aula. De meados de Setembro a meados de Dezembro para dar a cadeira [Janeiro é época de exame]" Docente 1.

Segundo o presidente do NEDI a adaptação à Bolonha trouxe muitos problemas, como a falta de tempo para estudar. Segundo ele, antes de Bolonha, havia um período maior de tempo para se raciocinar. *"Depois de Bolonha só há a segunda fase que é enfiar tudo na cabeça para decorar. Depois dos exames, os alunos esquecem tudo o que foi decorado."* Ele afirma que há pouco tempo para estudo e para aulas, pois antes eram 5 anos e agora são 4, sendo que não houve redução da carga horária, mas uma distribuição do 5º ano pelos 4 anos do curso. Por exemplo, antes havia 8 cadeiras por ano e agora existem 10. *"Consequência: em menos tempo tem que se fazer o que se fazia antes. [...] Não consigo acompanhar o ritmo de Bolonha"* (presidente do NEDI).

Passa-se a ter o dobro de exames, pois antes o curso era anual e passou a ser semestral com Bolonha. A avaliação continuada, que está prevista na Reforma de Bolonha, praticamente não ocorre, salvo raras exceções, pois as turmas encontram-se superlotadas. *"Há turmas com 800 alunos. Não vão todos às aulas! [...] é um dever sem sanção. Não há hábito de ir às aulas. Por ano temos 350 novos alunos. [...] Quer se por menos dinheiro formar o mesmo. As faculdades recebem por cabeça. A FDUC não pode reduzir vagas"* (presidente do NEDI). Vale ressaltar que mesmo antes de Bolonha já havia superlotação das turmas.

Docente 2 afirma que gostaria de oferecer avaliação continuada, mas não pode dar pelo excesso de alunos. Assim, para não favorecer somente a alguns, optou por não permitir este tipo de avaliação. De todas as disciplinas em que realizei observação participante (Direitos Reais, Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo, Introdução ao Estudo do Direito I, Direito Constitucional I, Direito do Trabalho I, Direito de Família I, Direito Penal I e Metodologia do Direito) somente Direito Constitucional I possuía avaliação continuada que consistia na presença obrigatória nas aulas e dois exames, um no meio do semestre e outro ao fim, sendo mais uma avaliação repartida e não exatamente uma avaliação continuada.

O mestrado, mais caro que a graduação, passa a ser exigido pela Ordem dos Advogados e pelo Centro de Estudos Judiciários (órgão responsável pelo ingresso na magistratura e Ministério Público), gerando uma imposição onerosa aos estudantes. E a mobilidade que é incentivada por

Bolonha, não vem acompanhada de bolsas para todos, gerando uma hierarquização entre os estudantes.

No 1º ciclo se paga atualmente cerca de 960 euros por ano. Esse valor chega a 1000 euros com taxa de inscrição. O 2º ciclo ou mestrado se paga 1500 a 2500 euros em 1 ano, normalmente se faz em mais tempo, logo se paga ainda mais.

A crise econômica acentuou ainda mais os efeitos perversos de Bolonha, as universidades públicas enfrentaram grandes cortes de recursos oriundos do Estado. No caso da Universidade de Coimbra, esta redução chegou a 20%, o que resultou no corte de bolsas na licenciatura e aumento das mensalidades. Nesse sentido, os efeitos do processo de Bolonha começam a se sentir e os questionamentos estão longe de acabar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de Bolonha ao invés de gerar mais coesão social e reduzir as desigualdades sociais, como afirmam suas premissas, tem, na realidade, servido para aumentar a hierarquização social entre os estudantes. No caso do curso de Direito, um curso tradicionalmente elitizado, a reforma de Bolonha aumentou ainda mais a distinção entre os estudantes, pois como a mobilidade passa a ser valorizada, mas não há bolsas para a maioria e o mestrado é incentivado, mas muitos alunos não têm como pagar as propinas, que já são mais elevadas que a licenciatura, criamos dois tipos de alunos: um com currículo básico e outro com maior formação e experiência internacional. A escolha do mercado obviamente privilegiará o segundo modelo de estudante, reproduzindo-se a lógica de distribuição da riqueza. Quem tiver capital para investir em sua educação pública, terá melhores condições de integração no mercado de trabalho, cada vez mais competitivo.

Com Bolonha, temos uma penalização do aluno menos favorecido economicamente e uma sobrevalorização dos que já teriam condições de obter um currículo melhor, com a diferença de que Bolonha e o mercado cobram de todos da mesma forma, ainda que sejam desiguais na origem e na classe social.

O estudante trabalhador é a categoria de estudante mais prejudicada com Bolonha, pois possui menos tempo para dedicar-se à faculdade e com o ritmo de Bolonha, com mais exames e aulas em menos tempo, tiveram a vida acadêmica dificultada.

Os estudos pluridisciplinares que Bolonha tentou instituir na Faculdade de Direito de Coimbra não resultou, pois o curso jurídico continua permeado de uma visão meramente jurídica, dando pouco espaço a outras ciências, nomeadamente às Ciências Sociais. *“Bolonha vem falar do reconhecimento às atividades complementares. Não acontece a lado nenhum.”* (presidente do NEDI)

A aquisição de competências linguísticas foi estimulada no currículo pós Bolonha com a inclusão das disciplinas optativas como o inglês jurídico e o alemão jurídico. Todavia essas disciplinas são básicas e não fornecem a fluência exigida pelo mercado de trabalho.

O sistema de créditos ECTS foi adotado na FDUC desde o ano letivo de 2007/2208 como forma de incentivar a mobilidade dos estudantes europeus. O incentivo à mobilidade, todavia, não foi acompanhado suficientemente do número de bolsas para viagem Erasmus. E, atualmente, a universidade de Coimbra recebe principalmente estudante das ex-colônias portuguesas e não da Europa, como se poderia imaginar. Brasileiros, angolanos, timorenses e chineses (em sua grande maioria de Macau) compõem uma Faculdade de Direito pluriétnica. Todavia, essa faculdade, que recebe estudantes de distintas nacionalidades, parece não estar preparada para tal. Quase todas as aulas são em português (exceto inglês jurídico e alemão jurídico) e nos exames também é assim.

Não ter disciplinas em outras línguas, além de dificultar a conclusão de créditos para não falantes de português, cria ainda dificuldades para os filhos de imigrantes portugueses, mas que retornaram ao país e têm como primeira língua a língua estrangeira.

Os estudantes oriundos da CPLP (Comunidade dos Países de Língua Portuguesa) têm muitas vezes dificuldade em perceber o sotaque do português de Portugal, por isso normalmente se sentam o mais perto possível do docente para fazer leitura labial. Além disso, os estudantes estrangeiros possuem dificuldade em se integrar com os estudantes portugueses, em especial os estudantes africanos. Alguns relatam casos de racismo.

A promoção da dimensão europeia no ensino superior foi abarcada superficialmente em determinadas disciplinas específicas, mas não está presente no currículo pós Bolonha de uma forma mais ampla, mas nomeadamente nas disciplinas de Direito Internacional e Direito da União Europeia.

O reforço da ação social na educação superior prevista na Declaração de Londres não surtiu efeito na Universidade de Coimbra, que, com a crise econômica, tem reduzido sua ação social, ao fechar cantinas universi-

tárias, além de redução do número de bolsas aos estudantes e um aumento considerável nas mensalidades.

A visão economicista de Bolonha, veio trazer ainda mais problemas à educação superior, que também sofre com a redução de investimentos por parte do Estado em razão da crise econômica. Acentua-se assim a desigualdade social entre os estudantes e dificulta-se o acesso a todos a um ensino superior de qualidade.

Referências

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. **Homo Academicus**. Madrid: Siglo XXI, 2008a.

_____. **A distinção: a crítica social do julgamento**. São Paulo: EDUSP, 2008b.

_____. **Intelectuales, política e poder**. 1ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

BOURDIEU, Pierre; BOLTANSKI, Luc. **La producción de la ideología dominante**. 1ª ed. Buenos Aires: Nueva Visión, 2009.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. **A reprodução - Elementos para uma teoria do sistema de ensino**. Lisboa: Editorial Vega, 1999.

_____. **Los herederos: los estudiantes y la cultura**. 2ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2009.

FREIRE, Paulo. **Educação Política e Conscientização**. Cadernos Livres nº 6. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1975a.

_____. **Pedagogia do Oprimido**. Porto: Afrontamento, 1975b.

MORAES, Maria Célia Marcondes de. Processo de Bolonha vis-à-vis a globalização de um modelo de Ensino Superior. In: PACHECO, José Augusto. MORGADO, José Carlos.

MOREIRA, António Flávio. **Globalização e (des)igualdades: desafios contemporâneos**. Porto: Porto Editora, 2007.

MORGADO, José Carlos. MOREIRA, António Flávio. **Globalização e (des)igualdades: desafios contemporâneos**. Porto: Porto Editora, 2007.

PACHECO, José Augusto. VIEIRA, Ana Paula. Europeização do currículo. Para uma análise das políticas educativas e curriculares. In: **Globalização e Educação: Desafios para políticas e práticas**. Porto: Porto Editora, 2006.

Revista Crítica Ciências Sociaisnº 66, Tema: A universidade e os Jovens. Coimbra: 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2002). **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula; NUNES, João Arriscado. Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: **Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA, Naomar. **A universidade no século XXI: para uma nova universidade**. Coimbra: Almedina, 2008.

SEIXAS, Ana Maria. **Políticas Educativas e ensino superior em Portugal**. A Inevitável presença do Estado. Coimbra: Quarteto, 2003.

TEODORO, António. **A educação em tempos de globalização neoliberal: os novos modos de regulação das políticas educacionais**. Brasília: Liber Livre, 2011.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, INCLUSÃO JURÍDICA E CIDADANIA

Pablo Jiménez Serrano

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

RESUMO

No presente trabalho discute-se a relação possível entre os construtos: cidadania e exclusão jurídica. Nesse diapasão, privilegia-se um discurso que permite uma melhor compreensão da realização dos direitos de cada cidadão, especialmente o direito a uma melhor assistência jurídica.

Palavras-chave: Cidadania; Exclusão Social; Exclusão Jurídica.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Significação dos direitos fundamentais. 3. Cidadania e concretização dos direitos. 4. Para além de uma definição. 4.1. Expressão dos direitos dos cidadãos na sociedade contemporânea. 4.2 A problemática da exclusão social. 5. Exclusão social e democratização do acesso à justiça. 6. A tutela rápida e justa e seus instrumentos. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar como se articulam os conceitos contemporâneos de cidadania e de exclusão jurídica, entendida como o fenômeno de ausência de instituições e instrumentos hábeis de provocação de tutela rápida e justa dos direitos básicos dos jurisdicionados no Brasil. Para tanto, aborda-se, de início, a característica da universalidade dos direitos fundamentais e a teoria da dupla dimensão, que evidenciam quer a titularidade ampla de tais direitos quanto os deveres de proteção por parte do Estado. Após, analisa-se a temática da realização da cidadania pela concretização dos direitos que foram conquistadas pela sociedade e, em seguida, o conteúdo de tais direitos, bem como o conceito-chave de dignidade humana e sua relação com o direito à assistência jurídica. Além da explicitação do direito à assistência jurídica, analisam-se, com brevidade, os pontos basilares da facilitação do acesso à justiça, com foco nos juizados especiais e na conciliação.

2. SIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, quer pela ótica do Direito Internacional quando denominados direitos humanos (RAMOS, 2005, p. 179), quer pela ótica do Direito Constitucional, são universais, ou seja, na síntese do citado autor⁴, seus *titulares* são os *seres humanos*, sem distinção de qualquer ordem (religião, gênero, orientação sexual, convicção política, etnia, nacionalidade, entre outros). Por outro lado, cabe lembrar que a afirmação dos direitos fundamentais representou, ao longo da história, um movimento emancipatório, qualificado pela tolerância e pela natureza contramajoritária, essencial para a defesa das minorias e que permeia a história da humanidade. De fato, o reconhecimento teórico e filosófico dos direitos do homem tem antecedentes históricos remotos na Antiguidade grega e, como expoentes mais recentes, os cientistas políticos iluministas de Locke e Rousseau, cujos ensinamentos relativos à liberdade dos homens até hoje, repercutem textos normativos de direitos humanos. Para mencionar um exemplo desse legado teórico, cite-se a primeira afirmação da cinquentena Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela qual "*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*", o que é similar à frase inicial de Rousseau (1996) no clássico *O Contrato Social*, na qual afirmou que "*o homem nasceu livre*". Após a aceitação filosófica desse rol de direitos da pessoa humana, inseriu-se tal aceitação em diversas Constituições

4 Ver em PECES-BARBA, Gregório *et al.* *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III e Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 299.

e Declarações de Direitos. A concretização na vida cotidiana dos povos havia sido iniciada, mas trazia dentro de si a ameaça da limitação dos direitos aos direitos expressos e reconhecidos pelo Estado-nação. A universalidade, típica das teorias filosóficas do século XVIII, rendeu-se à positivação dos direitos no século XIX, com a promulgação de Constituições em cada país. Cabia ao Estado (por meio de sua Constituição) o reconhecimento e proteção de determinado direito (BOBBIO, 1992, p. 30).

O final do século XX, por seu turno, conheceu um novo paradigma na elaboração teórica dos direitos fundamentais que é o estudo de novas formas de implementação, de modo a concretizar, na realidade social, os direitos mencionados em textos normativos locais ou internacionais. De fato, o problema grave de nosso tempo, de acordo com a feliz expressão de Bobbio, não é mais declarar ou fundamentar os direitos humanos, mas sim de protegê-los com efetividade, ou seja, implementá-los.¹

O principal marco teórico para esse paradigma é a teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais, que afirma que esses direitos possuem uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. A dimensão subjetiva consiste na dotação de direitos subjetivos aos beneficiários da proteção; já a dimensão objetiva é aquela que impõe deveres de proteção ao Estado².

Esse dever de proteção dos direitos fundamentais exige que o Estado os protejam de forma ativa contra lesões perpetradas, quer por agentes do Poder Público, quer por particulares³.

Com isso, a dimensão objetiva dos direitos humanos acarreta a constatação de que eles devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltados à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. A dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de *imposição de deveres*, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais. Esses deveres geram a criação de procedimentos

1 De acordo com Bobbio, "*Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.*" Ver in BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro : Ed. Campus, 1992, p.25

2 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. Ver também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, em especial p. 152 e seguintes.

3 SARMENTO, Daniel. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria" in MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (coords). *Arquivos de Direitos Humanos n° 4*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, pp. 63-102.

e também de entes ou organizações capazes de assegurar, na vida social, os direitos fundamentais. Conseqüentemente, à dimensão subjetiva dos direitos humanos, adicionou-se essa dimensão objetiva, que recebeu tal denominação pelas suas características organizacional e procedimental, desvinculada das pretensões individuais.⁴

Entretanto, nos deveres estatais de implementação dos direitos, há indicadores de que apenas 30% da população brasileira têm acesso aos órgãos e instrumentos de assistência jurídica, o que torna quase que inviável a luta pela efetividade dos direitos e distribuição de justiça.⁵

Por isso, a estruturação de um sistema de assistência jurídica é peça essencial no arcabouço de deveres do Estado voltado para a implementação dos direitos fundamentais. Assim, analisaremos, a seguir, a realização da cidadania pelo direito a ter direitos.

3. CIDADANIA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS

Os direitos fundamentais se dizem em construção permanente. Por conseguinte, a procura pela melhor forma de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais não se encerrou, isto é, a realização da "cidadania" continua a ser uma das principais preocupações das sociedades contemporâneas. Modernamente, discute-se acerca do reconhecimento, quer formal quer real, dos direitos de cada cidadão⁶, reconhecimento, muitas vezes, visto como uns dos fundamentos do chamado Estado Democrático de Direito.

Todavia, fala-se da inaplicabilidade ou da ineficácia social de determinados princípios constitucionais, a saber: isonomia, erradicação da pobreza, da marginalização, da desigualdade social e da não realização social

4 Para Willis Santiago Guerra Filho, "A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar". Ver in GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade", in GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 1997, p.13. Ver também HÄBERLE, Peter. *La libertà fondamentale nello Stato costituzionale*. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1996, p. 115 e 116.

5 Ver o *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais*, elaborado pelo Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas. Brasília: CJF, 2003, em especial p. 7.

6 Veja-se Preâmbulo da Constituição Federal: "Nos, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

dos direitos e valores fundamentais, a saber: dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político que se sabem também reconhecidos na Constituição Federal⁷.

Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 23-25 e 80-81), tais princípios e direitos fundamentais constituem a construção definitivamente integrada ao patrimônio da humanidade; mas segue particularmente agudo o perene problema da eficácia jurídica (como precondição da própria efetividade ou eficácia social) e efetivação desses direitos, de modo especial, em face, afirma o autor, do ainda não superado fosso entre ricos e pobres.

De acordo com o autor, a tese de que na base dos direitos fundamentais da Constituição de 1988 radica sempre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagra a coerência interna do sistema dos direitos fundamentais que encontra justificativa para além de sua vinculação com um ou mais valores (princípios) fundamentais. Nesse sentido, continua Sarlet, assume papel relevante a norma contida no art. 5º, §1º da CF de 1988, de acordo com a qual todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos.

Certamente, a Constituição Federal revela-se como um importante instrumento nas mãos de todos os cidadãos, na procura por mais igualdade e justiça social. Nesse sentido, a possibilidade legal de “reivindicar direitos” é condição do ser cidadão. Sendo assim, só existe cidadania se houver, na prática, a possibilidade de reivindicar os direitos reconhecidos constitucionalmente, isto é, de fazer valer os direitos do cidadão. Assim, o primeiro pressuposto dessa prática é que esteja assegurado o direito de reivindicar os direitos, e que o conhecimento deste se estenda cada vez mais a toda a população (MANZINI-COVRE, 2001, p. 10-11).

Por isso, afirma-se que a contemporânea concepção de cidadania deve abarcar justamente o “direito a ter direitos”⁸. Destarte, deve-se pensar a cidadania não somente em termos de “receber direitos”, mas de exigir o direito, isto é, a possibilidade real e não formal de exigir a proteção dos direitos. Por isso, a importância de se garantir o direito à assistência jurídica,

7 Artigo 1º da CF: 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. Parágrafo Único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição. (grifos dos autores)

8 Hannah Arendt cunhou a conhecida expressão “direito a ter direitos” remetendo-o ao direito à cidadania e denunciando a prática totalitária de retirada da nacionalidade como forma de exclusão social. Ver mais em AYALA, Patrick de Araújo. “O direito internacional dos direitos humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de gênero” in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 36, p. 07-34.

uma vez que a inclusão social e jurídica é condição ou premissa fundamental para a realização da cidadania num Estado Democrático de Direito.

4. PARA ALÉM DE UMA DEFINIÇÃO.

O conceito de "cidadania" parece significar a mais alta expressão dos direitos dos cidadãos. Assim, ser cidadão é ter uma vida digna (ou minimamente decente para a sobrevivência). De qualquer forma, a questão da cidadania encontra-se profundamente enraizada na discussão de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, na medida em que não se deve falar em cidadania se não puder falar em acesso efetivo a direitos fundamentais da pessoa humana. Dessa forma, pensar a situação das exclusões sociais é pensar como a cidadania está sendo negada a muitos. É pensar como a cidadania mora apenas no discurso descompromissado com a causa pública (BITTAR, 2004, p. 19).

Do ponto de vista da sua compreensão e uso, o conceito "cidadania" preside todo e qualquer discurso político, intelectual ou acadêmico, sendo verdadeiramente o cerne dos maiores conhecidos debates sobre democracia e justiça social. Todavia, a cidadania se expressa em termos de direitos e deveres civis, políticos e sociais. Como exemplo da não cidadania, geralmente se coloca a falta de "dignidade", a falta de "justiça social" e a "exclusão social", mas também de consciência e responsabilidade social conceitos inter-relacionados que serão mais bem estudados nos seguintes tópicos.

4.1. Expressão dos direitos dos cidadãos na sociedade contemporânea.

Assim como em outros países e sistemas jurídicos, no Brasil, concebe-se, geralmente, a cidadania como conjunto de direitos *civis*, *políticos* e *sociais*, a saber: *a) Direitos civis*, (ex.: direito de locomoção, segurança etc.) Destarte, como exemplo da não cidadania, coloca-se a própria exclusão social; *b) Direito sociais*, que dizem respeito ao atendimento das necessidades humanas básicas: alimentação, habitação, saúde, educação, direito ao trabalho, a um salário decente etc. e; *c) Direitos políticos*, que incluem, por exemplo o direito e o dever de votar, ser votado, exercer cargo público etc.

Sobre a natureza de tais direitos, afirma José Afonso da Silva (2004, p. 151) existir certa corrente que os concebe não como verdadeiros direitos,

mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais consequente, continua o autor, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do homem-social: uma categoria de direitos fundamentais que constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades.

Justamente pelo fato de os direitos sociais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Percebe-se que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdo daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Ademais, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, nesse particular, a outras considerações a respeito desse aspecto. De fato, cabe recordar que a Constituição de 1988 estipulou ser a dignidade da pessoa humana verdadeiro fundamento do Estado democrático de direito (art. 1º, III)⁹. O princípio da dignidade da pessoa humana consagra um espaço de liberdade, no qual todo tratamento degradante é suprimido, bem como são asseguradas condições materiais mínimas de existência. Assim, a qualidade da dignidade humana possui relação quer com a autonomia do indivíduo como com sua sobrevivência material. Os direitos fundamentais, com isso, podem ser descritos como verdadeiras emanações da dignidade inerente a cada indivíduo.

Por outro lado, percebe-se que alguns desses direitos fundamentais sociais (salário mínimo e assistência social) como direitos dependentes de lei e, portanto, positivados como normas de eficácia limitada¹⁰. Por con-

9 Ver, entre outras obras, SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. SILVA, José Afonso da. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia" in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

10 Ver em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, em especial p. 274 e pp. 301-303.

seguinte, todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, pois, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no tocante ao direito à saúde, “o poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente”¹¹.

Mas, a questão central do presente estudo está no reconhecimento do valor do conceito de “dignidade” da pessoa humana, conceito que, de acordo com alguns autores, é o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional, servindo a “isonomia” para gerar equilíbrio real, visando concretizar o direito à dignidade. Contudo, se afirma que, para começar-se a respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, e relacionados ao caput do artigo 225. De fato, não há como falar em dignidade se os direitos sociais não estiverem garantidos e implementados concretamente na vida das pessoas (NUNES, 2005, p. 24).

É a dignidade da pessoa humana, de fato, o principal princípio constitucional que diz dos direitos formalmente garantidos nos artigos 1º, III; 226 § 7º (da CF). Todavia, no texto constitucional, prescrevem-se, entre outros direitos, a assistência aos desamparados, na forma estabelecida na Constituição. Por outro lado, em todo discurso sobre “justiça real” costuma-se invocar o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federativa do Brasil¹². Conforme ensina Aldaíza Sposati (2006, p. 16-18, 20) trata-se, pois, do atendimento à população carente como “um ato moral, ético, isto é, humanitário, destituído, porém da dimensão econômica e política pela qual a sociedade se organiza. Põe-se em questão a concepção ético-social ante a econômica-política contida no exame da assistência social. Dessa forma, a noção de direito se restringe ao plano ético e humanitário. A fragilização dos direitos sociais se estende à política dos benefícios sociais no âmbito

11 Ver RE Agr. 271286 / RS, Relator Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000. Ver, sobre a efetividade dos direitos sociais a obra de KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

12 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifo dos autores)

mesmo das empresas privadas, sendo que a relação de competência entre público e privado não fica plenamente clara".

Como se observa a *justiça social* está efetivamente interligada ao efetivo acesso à assistência social e jurídica. Daí, falar de *justiça social* é falar da consecução da realização (implementação) dos direitos que envolvem o conjunto de garantias e princípios formalmente reconhecidos (como visto: dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e a marginalização etc.) esforço que desemboca na justiça social. Contudo, falar de justiça social é deixar de privilegiar a elegância e o tecnicismo de todo e qualquer discurso acadêmico, moral, político e legal. É contribuir para a objetivação da eficiência, eficácia e aplicabilidade de princípios e normas vigorantes, que são portadores de valores.

Eis que a "exclusão social" compreende a exclusão de todos esses direitos: à educação, à saúde, à habitação, ao lazer, à assistência social e, mais especificamente, à assistência jurídica, aspecto que aqui mais nos interessa, fato pelo qual, a seguir, privilegiamos.

4.2. A problemática da exclusão social.

A proteção social é um fator inegável de justiça social. A idéia dessa justiça é a base das garantias sociais. Decorre dessa afirmação que toda teria da justiça social tenha por objeto determinar o conjunto de princípios que regem a definição e a distribuição equitativa dos direitos e deveres entre os membros da sociedade¹³.

Sobre a negação de tais direitos, estudos contemporâneos mostram um cenário de violação. Diz-se de uma nova exclusão ou *underclass*, que na versão norte-americana, revela algo mais complexo e profundo do que a velha exclusão (tradicional) que se caracteriza muito mais por problemas de imigração, baixa escolaridade, privação absoluta, diferenças raciais, entre outros motivos. Em síntese, a exclusão social manifesta-se crescentemente como um fenômeno transdisciplinar que diz respeito tanto ao não acesso a bens e serviços básicos como à existência de certos segmentos sociais, passando pela exclusão dos direitos humanos, da seguridade e segurança pública etc¹⁴.

13 EUZÉBY Alain. *Proteção Social, pilar da Justiça Social*. In SPOSATI Aldaíza (Org.). *Proteção social de cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 2004, p. 12.

14 CAMPOS, André de, et al. Atlas da exclusão social no Brasil: dinâmica e manifestação territorial, 2003, v. 2, p. 33, apud, BITTAR, Eduardo C. B. Ética, educação e direitos humanos: estudos filosóficos entre

Tais questões têm uma extraordinária repercussão teórica e prática, se observamos que, durante a interpretação normativa e a resolução de problemas sociojurídicos a *dignidade*, a *justiça social* e a *nãoexclusão social* são conceitos decisivos para a integração das normas constitucionais e infraconstitucionais a cada caso concreto, procurando-se, com isso, a melhor forma de garantir a harmonia social (paz social), finalidade também reconhecida no preâmbulo constitucional e almejada por todos.

5. EXCLUSÃO SOCIAL E DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A problemática derivada da exclusão social e jurídica é, de fato, uma questão preocupante que se sabe integrar o rol dos direitos fundamentais da Constituição, tendo sido expresso que: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (vide artigo 5º, inciso LXXIV da CF).

Dessa forma, a assistência jurídica gratuita passou a ser uma obrigação do Estado e um direito fundamental de todo aquele que dela necessite. Isso sem contar que outros dispositivos constitucionais também revelam a existência do dever do Estado em prover a assistência jurídica gratuita, como o princípio do acesso à justiça (artigo 5º inciso XXXV) e também o princípio da igualdade. De fato, é evidente que o acesso à justiça ficaria comprometido, caso não fosse disponibilizado também o acesso ao advogado e sua capacidade de traduzir a demanda de uma pessoa em uma provocação técnica da jurisdição. Por outro lado, a igualdade prevista no artigo 5º dependerá, em última análise, que todos possam se socorrer dos remédios judiciais, sem o que haverá disparidade injustificável de tratamento e, conseqüentemente, exclusão social.

Assim, por exemplo, o Estado brasileiro tem dificuldade de fazer cumprir o mandamento constitucional da assistência jurídica gratuita. **De acordo com pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANDP), para cada 100 mil pessoas há apenas 1,8 defensor público no país. As conseqüências são amplas: boa parte da população não conhece ou não consegue reivindicar seus direitos, o que motivou parte da sociedade organizada a estruturar alternativas de acesso à justiça, não dependentes diretamente do Estado.**¹⁵ Ora, partindo do contexto brasileiro atual de exclusão jurídica, deve-se estudar o acesso à Justiça a partir

cosmopolitismo e responsabilidade social. Barueri, SP. Manole, 2004, p. 18

15 Conferir em **MARANGONI, César Malta**. "Alguns dados sobre a Defensoria Pública e a relevância social da instituição" in <http://www.anadep.org.br/artigos/dadosdp.htm>, acesso em 25 de setembro de 06. Ver também o estudo do Ministério da Justiça "Estudo Diagnóstico - Defensoria Pública no Brasil" in http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Diag_defensoria.pdf, acesso em 25 de setembro de 06.

da perspectiva dos direitos humanos, objetivando, por meio de resultados concretos (significação de conceitos, formulação de novas conclusões e modelo estrutural de Assistência Jurídica), contribuir para o fortalecimento da “democracia” e, por conseguinte, para o bom exercício da cidadania.

Atualmente, novas diferenças estão associadas ao acesso à tecnologia, à informação e aos recursos financeiros. Nenhum desses elementos está disponível em condições de igualdade entre os países e, por isso, geram desigualdades. Mais: as regras da democracia e os ordenamentos jurídicos nacionais, ou seja, a política e o direito estatais, não estão habilitados a oferecer prestações consistentes nesses campos (CAMPILONGO, 2000, p. 127).

Visando-se instituir a “assistência jurídica gratuita”, cada Estado da Federação brasileira tem o dever de prestar tal assistência, sem qualquer custo ao beneficiado. Todavia, a criação de uma instituição responsável pela prestação gratuita desses serviços igualmente foi prescrita na Constituição de 1988. A Defensoria Pública, de fato, seria o órgão pensado para garantir, nessas circunstâncias, o acesso à “Justiça”, permitindo-se aos cidadãos que, comprovadamente, não possam pagar, serem representados por advogados especializados na tutela e procura de seus direitos.

Por outro lado, alternativas foram pensadas, a fim de minimizar a problemática que aqui se apresenta e assegurar, com responsabilidade, a assistência judiciária em todo o território nacional. Citam-se como exemplos: a Defensoria Pública, Faculdades de Direito, Advocacia Pro Bono, Ministério Público com a interposição de Ações Civas Públicas e Coletivas etc. Por mais diversificada que seja a gama daqueles que atuam para viabilizar o acesso à justiça, cabe tecer algumas considerações sobre os instrumentos processuais e extraprocessuais ora existentes, que viabilizam – ou não – a prestação jurisdicional do Estado justamente ao mais vulnerável.

6. A TUTELA RÁPIDA E JUSTA E SEUS INSTRUMENTOS

Se, por um lado, a Constituição de 1988 e o Estado Democrático de Direito incumbiram diversos entes com a missão de prestar ou facilitar o acesso à justiça como vimos acima, por outro lado, há preocupante lentidão no que tange ao aperfeiçoamento dos instrumentos processuais e extraprocessuais que possibilitem o *acesso material à Justiça*, ou seja, à tutela rápida e justa.

A grande inovação no que tange a simplificação de procedimento e novos princípios processuais é ainda o juizado especial cível, quer na es-

fera estadual (Lei 9.0099/95) ou na esfera federal (Lei 10.259/01). Sadek (2007) chega a afirmar que representam: *"uma revolução no Poder Judiciário, desde que ele foi concebido e instalado no País até hoje, essa revolução se deu com a criação dos juizados de pequenas causas e, posteriormente, com a sua consagração como Juizados Especiais"*¹⁶. O recente Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu relatório anual de atividades do ano de 2005, salientou que o futuro do Juizado Especial Cível é ser um "instrumento de pacificação social capaz de provocar a mudança de comportamento da sociedade, de forma a estimular o cumprimento voluntário das próprias obrigações e o respeito ao direito do próximo, contribuindo para a recuperação da imagem do Poder Judiciário e para o resgate da cidadania." Para tanto, o CNJ prega que se deve "garantir o amplo acesso, a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional nas causas de competência dos Juizados Especiais com simplicidade e informalidade".¹⁷

Todavia, a importância dos juizados e o objetivo de atacar a "litigiosidade contida" (demanda existente e desestimulada pela lentidão e custo dos procedimentos tradicionais), lentamente seu funcionamento é dificultado pelo excesso de causas, insuficiência de investimentos e dificuldade em aferição de metas e de extração de marcos de produtividade de seus funcionários, juízes em especial¹⁸.

Assim, é necessário um resgate dos juizados especiais, com foco no comprometimento e motivação dos servidores e juízes que atuam nos Juizados, evitando-se a sensação de "desvalorização" e "discriminação" por atuarem em causas de menor complexidade e valor. Tal sentimento já foi insinuado em pesquisas com juízes, como assinala Neide de Sordi¹⁹.

Além disso, cabe mencionar a necessidade de investimento maciço na virtualização do procedimento, com o fim dos autos físicos e no incentivo à comunicação eletrônica dos atos processuais. Para Sérgio Renato Tejada Garcia (2007), o processo virtual ataca a delonga excessiva que pa-

16 SADEK, Maria Teresa. "Palestra no I Encontro Nacional dos Juizados Especiais Estaduais e Federais" in http://pyxis.cnj.gov.br/encontro1/Palavra_Professora_Maria_Tereza_Sadek.pdf, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

17 Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, "Relatório Anual de 2005" in <http://pyxis.cnj.gov.br/arquivos/downloads/RelatorioAnualCNJ.pdf>, em especial p. 39, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

18 Ver o *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais*, elaborado pelo Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas. Brasília : CJP, 2003.

19 Ver SORDI, Neide. "Apresentação no I Encontro Nacional dos Juizados Especiais Estaduais e Federais" em http://pyxis.cnj.gov.br/encontro1/Apresentacao_da_Doutora_Neide_de_Sordi-CJF.pdf, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

rece contaminar já os juzgados especiais, com prazos de mais de ano para o trânsito em julgado de um feito²⁰.

Por outro lado, a demanda reprimida pela efetivação de direitos não pode ser enfrentada somente pela via judicial tradicional. É digno de encômios, então, o estímulo ao desenvolvimento da justiça consensual levado a cabo nos últimos dois anos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em especial pela via da conciliação. Tal via consiste na concretização de acordos tanto nos processos já em trâmite quanto nos litígios prévios aos processos judiciais. Para o "Movimento pela Conciliação – Conciliar é legal", patrocinado pelo CNJ, tal atividade deve ser realizada por intermédio de conciliadores voluntários oriundos das próprias comunidades, atuantes quer nos fóruns e unidades judiciais (na conciliação no processo), quer em centros comunitários (na atuação pré-processual, sob a supervisão do Judiciário, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil). Como assinalam Marco Aurélio Buzzi e Mariella Nogueira (2007), *"trata-se de boa alternativa que concorre para a melhoria do Sistema, constituindo-se em um instrumento que possibilita o real acesso de grandes contingentes populacionais excluídos, da nação, aos serviços, à tutela e à proteção do Estado Jurisdição"*²¹.

7. CONCLUSÃO

Argumenta-se que assistência jurídica no Estado Democrático de Direito deve estar conectada à cada vez maior complexidade social que acaba por ter que problematizar a existência de novas demandas que permeiam o direito contemporâneo. Esse é o caso, por exemplo, de demandas em que o próprio Estado é o principal "adversário" no âmbito judiciário, como o direito à saúde, à educação, à previdência social, à assistência social, à moradia, parcela do direito do consumidor, entre outros ramos do direito. Em tais demandas, fica evidenciada a necessidade de independência funcional e autonomia administrativa das Defensorias Públicas. Portanto, em um contexto em que se admite que o Estado seja um possível transgressor de direitos individuais, causa estranhamento o fato de os serviços de assistência jurídica serem prestados por órgãos, como as Procuradorias Estaduais, responsáveis pela defesa e consultoria jurídica do Estado (CAMPILONGO, 2000, p. 127).

20 GARCIA, Sérgio Renato Tejada. "Processo virtual: uma solução revolucionária para a morosidade" in http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=50&Itemid=129, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

21 BUZZI Marco Aurélio e NOGUEIRA, Mariella, "Conciliar é legal" in http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=129, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

Todo discurso sobre cidadania e justiça social deve ter como cerne a realização efetiva da assistência social e jurídica. Daí, aconselha-se abordar a cidadania e, especificamente, o problema da exclusão jurídica pela moral e pelo direito, dimensões onde a justiça predomina sobre os demais conceitos. O direito e a moral são conceitos distintos; mas na prática, a inter-relação de ambos os termos pode ser de extrema utilidade para a solução dos problemas sociais que se dizem vinculados ao conceito de cidadania. Como bem indica Perelman (2005, p. 7-8),

a justiça que, de um lado, é uma virtude entre as outras, envolve, do outro, toda a moralidade. É tomada neste último sentido que a justiça, contrabalançando todos os outros valores, governa o mundo, natureza e humanidade, ciência e consciência, lógica e moral, econômica política, política, história, literatura e arte. A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as noções e o que as massas reclamam hoje com mais ardor.

Referencias

ALVES, Cleber Francisco. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

ARENDT, Hannah. As Origens do Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo, Cia das Letras, Rio de Janeiro, 1997.

AYALA, Patrick de Araújo. "O direito internacional dos direitos humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de gênero". In Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 36, p. 07-34.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUZZI Marco Aurélio e NOGUEIRA, Mariella, "Conciliar é legal". In <http://www>.

cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=51&Itemid=129, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Direito na Sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad. 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. "Relatório Anual de 2005". In <http://pyxis.cnj.gov.br/arquivos/downloads/RelatorioAnualCNJ.pdf>, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais. Brasília: CJF, 2003.

EUZÉBY Alain. Proteção Social, pilar da Justiça Social. In SPOSATI Aldaíza (Org.). Proteção social de cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. São Paulo: Cortez, 2004, p. 12.

FERREL, O. C. Ética empresarial: dilemas, tomadas de decisões e casos. Trad. Célia Arruda. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Ed, 2001.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. "Processo virtual: uma solução revolucionária para a morosidade". In http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=50&Itemid=129, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade". In GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Ed. Livraria dos Advogados, 1997.

HÄBERLE, Peter. La libertà fondamentali nello Stato costituzionale. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1996.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. O que é cidadania. São Paulo: Brasiliense, 2001.

MARANGONI, César Malta. "Alguns dados sobre a Defensoria Pública e a relevância social da instituição". In <http://www.anadep.org.br/artigos/dadosdp.htm>, acesso

em 25 de setembro de 06.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NASH, Laura L. *Ética nas empresas*. Trad. Kátia Aparecida Roque. São Paulo: Makron Book, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. 2. ed. ver., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PECES-BARBA, Gregório et al. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoria General*. Madrid: Universidad Carlos III e Boletín Oficial del Estado, 1999.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. de Mário Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo: Editora Hemus, 1996.

SADEK, Maria Teresa. "Palestra no I Encontro Nacional dos Juizados Especiais Estaduais e Federais". In http://pyxis.cnj.gov.br/encontro1/Palavra_Professora_Maria_Tereza_Sadek.pdf, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARMENTO, Daniel. "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria". In MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (coords). *Arquivos de Direitos Humanos nº 4*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, pp. 63-102.

SILVA, José Afonso da. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia". In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SORDI, Neide. "Apresentação no I Encontro Nacional dos Juizados Especiais Estaduais e Federais" Im http://pyxis.cnj.gov.br/encontro1/Apresentacao_da_Doutora_Neide_de_Sordi-CJF.pdf, acesso em 23 de fevereiro de 2007.

SPOSATI, Aldaíza de Oliveira. Os direitos (dos desassistidos) sociais. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SROUR, Robert Henry. Ética empresarial. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

DANO MORAL COLETIVO E A DISCRIMINAÇÃO AOS DIREITOS DA CULTURA CIGANA

Dario Aragão Neto

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Comunidade cigana de Porto Real-RJ. 3. Direito à moradia: a primeira questão. 4. Direito à educação diferenciada. 5. Da possibilidade de dano moral coletivo. 6. Origem do dano moral coletivo. 7. Dano moral coletivo: hipóteses. 8. discriminação à cultura de comunidade étnico-minoritárias. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade no Brasil o debate sobre a questão da discriminação racial e seus efeitos. O discurso que finita o racismo, apontando para uma sociedade que não mais vive esse fenômeno, se espalhou pelo imaginário social, delineando arquétipos que garantem ao racismo, o conceito de “problema solucionado”, inviável na sociedade moderna e cosmopolita brasileira, tratando-o como uma questão pontual.

Também o discurso que descreve o brasileiro como o povo da amizade, da tolerância e da hospitalidade, contribui para a desconstrução da realidade em que as minorias vivem no país. Da mesma forma, associar a pobreza e a miséria a esse tema é demasiado comum, pois muitas vezes, a discriminação se dá pela simples aparência da condição social do indivíduo, o qual é imaginariamente vinculado a um determinado grupo social, pois

(...) “O economicismo é, na realidade, o subproduto de um tipo de liberalismo triunfalista hoje dominante em todo o planeta (isso se mantém, apesar da recente crise, já que a articulação de uma contraideologia nunca é automática), o qual tende a reduzir todos os problemas sociais e políticos à lógica da acumulação econômica.” (...), (SOUZA, 2011, p.16).

De fato, a visão econômica do crime de discriminação é uma armadilha paradigmática presente na sociedade moderna. Ocorre, porém, que

nem todas as vítimas do ato discriminatório são miseráveis ou vivem no limiar da pobreza, sendo tal afirmativa fruto de uma visão deturpada que o capitalismo impinge ao imaginário social.

A defesa dos direitos da população que vive em comunidades de minorias étnicas raciais no Brasil vem sendo, nas últimas décadas, intensificada pelo Poder Público e também, fonte da iniciativa do desenvolvimento de ações pontuais do terceiro setor e sociedade civil engajada. A intensificação do surgimento de projetos que fomentam essas atividades são consequência de um amadurecimento social e político da nação brasileira, cidadãos e Estado, na tentativa de se mitigar o desequilíbrio e principalmente o risco social que permeiam a vida dessas populações.

Com efeito, várias comunidades étnico-minoritárias tradicionais vêm sendo contempladas com políticas públicas que trazem apoio a uma melhor educação, à construção da cidadania e do melhoramento da saúde, dentre outros, além de programas de geração de empregos e de renda, que combatem diretamente a extinção dessas comunidades. Um bom exemplo da aplicação dessa política é o caso da população de remanescentes dos quilombos e dos indígenas, os quais têm sido sistematicamente alvo da atenção governamental. Nesse sentido e numa visão um pouco mais amplificada, há também as ações afirmativas que foram desenvolvidas especificamente para mitigar as desigualdades raciais, como acontece no caso dos negros (SANTOS, 2007).

Entretanto, alguns grupos que também fazem parte desse verdadeiro caldeirão étnico que molda o povo brasileiro, pluralidade das etnias e das culturas, permanecem sofrendo uma sistemática e cruel discriminação social, exercida principalmente nas relações sociais, mas que, em inúmeros casos, também têm como sujeito, o crivo institucional do Poder Público, por conta de uma gestão executiva equivocada, conservadora e que não reconhece a oportunidade social que lhe é oferecida diante da importância da integração desses grupos com a sociedade em geral.

Assevera-se, portanto, que a discriminação praticada pela sociedade subsiste e é passível de previsibilidade, conforme evidenciado em estudos aprofundados de natureza sociológica e antropológica, estando sempre associada a parâmetros relacionados com a educação, saúde e cidadania, dentre outros. Porém, a discriminação institucional exercida através de agentes do Poder Público ultrapassa todos os limites do tolerável e significa ferir de morte a Constituição Federal brasileira e os princípios legais que alicerçam, em especial o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

(...)“a dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição”(...) (BULOS, 2005, p.83).

Assim, o presente texto exporá fatos que se baseiam na discriminação institucional, ou seja, a que é exercida diretamente pelo poder público: o próprio Estado, o qual deveria ser o agente da tutela e defesa dos direitos dos grupos minoritários, se transforma no fomentador da prática discriminatória, invertendo-se totalmente os papéis e desvirtuando o Estado de sua finalidade maior, qual seja a proteção aos cidadãos.

2. A COMUNIDADE CIGANA DE PORTO REAL-RJ

A comunidade cigana de Porto Real, RJ, se constitui de um acampamento de famílias ciganas, localizado no bairro das Acácias no município de Porto Real, sul do Estado do Rio de Janeiro, onde o cigano Alex Ribeiro, auto denominado “Arlindo”, possui a liderança de seus integrantes. O contingente populacional do acampamento foi estimado em cerca de cem pessoas entre adultos e crianças.

Os ciganos habitam uma área constituída de várias glebas de terra, em perímetro urbano, próximos a um grande terreno principal, que segundo o próprio líder, são terrenos da Igreja Católica cedidos em comodato à comunidade.

Caso raro entre os ciganos, essa a população dessa comunidade não é nômade, pois, segundo informam, vivem ali há cerca de 20 (vinte) anos¹. Durante todo esse período em que se encontram instalados no município, os ciganos se relacionam muito bem com os munícipes vizinhos ao acampamento, porém, sofrem com uma receptividade ruim, por parte da municipalidade. Essa relação refratária por parte do governo local se dá, sobretudo, pelo preconceito e pelo desconhecimento da cultura daquele povo.

Como já dito, os ciganos se integraram ao bairro onde vivem, razão pela qual vários de seus membros vivem com mulheres originárias de Porto Real. Isso contribuiu para que o acampamento se perpetuasse definitivamente naquele local e hoje, a relação com os moradores da vizinhança,

¹ Não há muita documentação acerca da história da chegada dos ciganos ao Brasil, isto porque como sua língua é ágrafa, sem grafia, não existem registros escritos. Toda informação que remanesceu foram feitas através de depoimentos sem comprovação efetiva da realidade dos fatos. O que se sabe é que, no final do século XVII houve um generalizado degredo de ciganos para o Brasil, provenientes de Portugal.

como já dito, é integrada e harmoniosa, prevalecendo sempre, o espírito de solidariedade entre ciganos e população.

3. DIREITO À MORADIA: A PRIMEIRA QUESTÃO

Contudo, a comunidade cigana de Porto Real vem sofrendo, de forma inusitada, uma pressão constante por parte do Poder Público Municipal no sentido de abandonar suas tradições com o intuito de uma adequação aos costumes locais: A Prefeitura vem exigindo subliminarmente de seus membros, a construção de casas e o conseqüente abandono das Thieras, ou seja, das tendas utilizadas como moradia pelos integrantes da comunidade.

Em prol da defesa dos direitos dos ciganos, a Defensoria Pública da União, promoveu uma Audiência Pública sobre os Direitos à Cultura Cigana, realizada na cidade vizinha de Volta Redonda, pelo Defensor Público da União, Dr. José Roberto Fani Tambasco, com o objetivo de debater as questões denunciadas pela própria comunidade, a qual foi realizada no dia 18 de maio de 2012. Segundo os depoimentos narrados por seus membros, os ciganos não concordam com essa imposição governamental de residir em casas, pois, segundo eles, é impossível viverem entre quatro paredes, o que lhes causa um terrível sentimento de aprisionamento. Tal prática seria renegar suas tradições e costumes.

Ainda de acordo com os depoimentos dos ciganos, a maioria desses clãs, no Brasil, vive o drama de não encontrar locais onde seja permitido acampar com suas tendas, ou locais com um mínimo de infraestrutura para as atividades culinárias, higiênicas e energia elétrica disponível, localizando-se sempre nas periferias das cidades. E ao chegar a esses locais, é comum que o Poder Público sempre exija a desocupação dos territórios ou adequação da população ao *modus vivendi* tradicional ocidental, atentando contra a cultura desse povo.

4. DIREITO À EDUCAÇÃO DIFERENCIADA

Outra questão que vem afligindo os membros da comunidade é o tratamento com que as crianças ciganas vêm sofrendo enquanto alunos da rede pública municipal. Por várias vezes, segundo depoimento dos pais ciganos, suas crianças foram advertidas e proibidas por professores de trazer roupas tradicionais ciganas para frequentar a escola municipal. Além disso, os meninos ciganos, tratados como "ciganinhos", deveriam aparar

o cabelo nos moldes do padrão cultural ocidental, ou seja, cabelos compridos não seriam tolerados em sala de aula. Essa prática intolerante às tradições ciganas também são condenáveis em todos os aspectos da vida em sociedade e, fere de morte a convivência pacífica das diversidades étnico-raciais, prejudicando por demais a vida harmônica social da comunidade. Significa, acima de tudo, uma direta afronta aos preceitos constitucionais mais péticos da Carta Magna brasileira, e, sobretudo, prejuízo aos costumes, tradições, enfim, à alta estima e orgulho das tradições de todo um povo.

Ora, é dever do Poder Público, integrar o ensino fundamental às tradições culturais do povo brasileiro, aparando a homogenia da educação euro-centrista secularmente cultivada no Brasil, e promovendo a diversidade cultural e étnica do povo brasileiro, conforme melhor sintetiza MUNANGA (1999), pois, a construção de uma sociedade justa socialmente depende de ter, primordialmente, uma identidade coletiva mobilizadora que possa romper com a ideologia dominante e, assim, desconstruir o olhar do outro sobre si mesmo.

5. DA POSSIBILIDADE DE DANO MORAL COLETIVO

A ação sistemática e contínua dos agentes da administração pública e dos educadores no trato com a comunidade cigana de Porto Real consiste em discriminação, pois atentam diretamente contra a cultura, costumes e tradições étnicas de seu povo.

Assim sendo, a comunidade vive hoje um momento de insegurança e incerteza, pois muito embora querida pela sociedade civil, não vem encontrando apoio e suporte no Poder Público Municipal, fato este que consiste, por si só, em flagrante retrocesso social. Mais ainda: as ações do poder público são discriminatórias e afrontam coletivamente as tradições étnico-raciais de um grupo étnico minoritário e extremamente vulnerável, que luta em manter os vínculos culturais de seus antepassados, o que significa dizer que toda a população cigana da comunidade vem sofrendo lesão à sua honra e integridade cultural.

6. ORIGEM DO DANO MORAL COLETIVO

A configuração do dano é a condição *sinequa non* para que se constitua o instituto jurídico da responsabilidade civil e, sendo certo que a lesão a determinado bem juridicamente protegido, abrangendo-se, desde a ma-

terialidade do patrimônio físico, e posteriormente, abarcou-se os bens de natureza moral, como a honra, o nome, a imagem, dentre outros.

"Nel concettodidanno, inteso in senso giuridico, vi è quindi un elemento materiale, rappresentatodalfenomeno d'ordinefisico, ed un elemento formale, rappresentatodallareazione suscitatadall'Ordinamentogiuridico a conseguenzadellaturbativaarrecataall'equilibriosociale dall'alterazione pregiudizievole di un interesse giuridicamente tutelato". (GIUFRE', 1971, p.30)

Nessa busca, entendeu-se que o dano moral teria sua composição não somente de características patrimoniais, enaltecendo-se, no entanto, a sua formação subjetiva, ou seja, essencialmente, extrapatrimonial. Sobre essa divisão da classificação dos danos:

"Permite essa classificação alcançar-se o âmago da composição da teoria do dano, dividindo-se este em material ou moral, consoante se manifeste no aspecto patrimonial (ou pecuniário) da esfera jurídica lesada. Com isso, tem-se em conta as duas facetas básicas da esfera jurídica dos entes personalizados, a material e a moral, compreendida na primeira o acervo dotado de economicidade, na segunda, o conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetiva (ou sentimental), intelectual (de percepção e de entendimento) e valorativa (individual e social) da personalidade,(BITTAR, 2004).

Pode-se afirmar que, o instituto jurídico do dano moral coletivo surgiu com a ampliação do rol de legitimados à reparação civil indenizatória por dano moral, rompendo a linha limítrofe das pessoas físicas, admitindo a sua extensão, aos denominados interesses difusos e coletivos. Destarte, muito embora alguns autores conceituem o dano moral como o sentimento de dor, angústia e de sofrimento, o conceito que prevalece é de que se trata da lesão à esfera psíquica ou moral do indivíduo, quando no caso de pessoa física.

Já o dano moral coletivo, afeta diretamente a coletividade. O conceito de coletividade ou comunidade é colocado como "um conglomerado de pessoas que vivem num determinado território, unidas por fatores comuns". É, ainda segundo o mesmo autor:

“a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in reipsa*).”

Cabe ressaltar que os valores da coletividade são indivisíveis e pertencem a toda comunidade, jamais podendo beneficiar a qualquer outro, que não seja ela própria, como bem explicitado por (MOREIRA, 1989):

“Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados, tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todas; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade. A possibilidade de tutela do “interesse coletivo” na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos.”

7. DANO MORAL COLETIVO: HIPÓTESES

Um dos valores que fica mais precisamente caracterizado como coletivo é a honra, conforme os ensinamentos de (CULPIS, 1961):

"A "honra" significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal. Podemos, pois, dar, no campo jurídico, a seguinte definição de honra: a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa. A honra, entendida como valor íntimo moral do homem, constitui um bem imensamente precioso, exaltado por poetas e pensadores, proclamado como o mais importante da vida. Mas mesmo sob o aspecto dos mencionados reflexos - aqueles pelos quais interessa ao direito - apresenta uma importância enorme. De facto, a boa fama da pessoa constitui o pressuposto indispensável para que ela possa progredir no meio social e conquistar um lugar adequado; e, por sua vez, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual."

Com efeito, a honra faz parte de um seletivo grupo de valores, os quais, através da identificação do imaginário social de determinado segmento, poderá, mediante uma ação, lesionar a totalidade dos membros da comunidade, se entendendo a todos os que se sentirem ofendidos àquele aludido ato.

Outra hipótese de valor da coletividade é a "dignidade nacional", materializados nos ícones nacionais:

"Símbolos nacionais são emblemas, cantos, distintivos de uma nação. São a figuração viva e perene da alma de um povo, a imagem vibrante e colorida da pátria. São flâmulas, brasões, hinos, insígnias que marcam, representam e distinguem um país e despertam em seu povo generoso, forte e acendrado sentimento de patriotismo. São estandartes, divisas e canções que lembram feitos gloriosos, expressam, nas suas cores, formas e melodias, o sentimento nacional e alimentam, pelo muito que significam, a chama do mais elevado fervor cívico e da mais terna devoção. Os símbolos nacionais têm uma significação histórica porque atuam nos nossos sentidos como a representação viva de um passado inesquecível de glórias e alentadoras conquistas; têm uma significação sociológica porque ligam o homem à sua grei, à sua nação; têm uma significação política porque integram o cidadão, que é a forma atuante do Estado, a esta comunidade."(DAMASCENO,1977)

Há algum tempo, conceituou-se que o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado faz parte ao rol dos chamados direitos de 3ª dimensão. Não se pode dizer que a lesão ao dano ambiental seja prejudicial tão somente ao meio ambiente, mas sim, que afetam igualmente outros valores precípuos da coletividade a ele ligados como a qualidade de vida e a saúde dos seres humanos.

Assim, (BONAVIDES, 2006), leciona:

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.

Sem dúvida, tais valores estão intimamente vinculados, de forma que a agredir o ambiente implica em prejudicar, conseqüentemente, a saúde e a qualidade de vida daquela comunidade. Nas palavras de Antunes (1989):

“A necessidade de uma noção unitária de ambiente resulta não só da multiplicidade de aspectos que caracterizam as atividades danosas para o equilíbrio ambiental, por conseqüente de uma planificação global, mas também da necessidade de relacionar o problema da tutela do ambiente com os direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente o da saúde”, e pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, ao estatuir, no artigo 225 da vigente Carta Magna, que todos “têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

8. DISCRIMINAÇÃO À CULTURA DE COMUNIDADE ÉTNICO-MINORITÁRIAS

Durante o início do século XX, mais precisamente na década de 1930, quando o Brasil dava os primeiros passos à industrialização e, concomitantemente, os intelectuais nacionais buscavam uma definição de identidade nacional, havia uma corrente doutrinária muito forte no meio intelectual brasileiro, que asseverava “a ideia de que o Brasil era uma sociedade sem ‘linha de cor’, ou seja, uma sociedade livre, sem obstáculos legais que cerceassem o progresso social dos negros a cargos públicos ou de destaque social e prestígio” (GUIMARÃES, 2002:139), resumida na ideia da existência de uma democracia racial.

Esse quadro se perpetuou ao longo dos anos, e na década de 60, com a ditadura militar, as atividades intelectuais foram prejudicadas, perpetuando a hibernação dos movimentos sociais em prol da igualdade racial. Somente no final dos anos 70, com a abertura política, uma enorme gama de associações em prol da igualdade racial iniciou o processo de reorganização, buscando uma transformação nas condições sociais do país (HANCHARD, 2001).

A discriminação direta ou indireta à cultura e a hábitos tradicionais de grupos minoritários por parte do poder público deverá ser tratada como lesão indivisível e extensiva a todos que a habitam, pois “o mais das vezes, o paradigma personalista e patrimonialista, em suas vertentes tradicionais ou contemporâneas e “híbridas”, permanece como a referência implícita da maior parte desse tipo de análise” (CANCLINI, 1998) e (DAMATTA, 1981)².

Por essa razão, não há o que se questionar no que se concerne à defesa dos direitos da coletividade em buscar a reparação civil do dano moral coletivo de que foi vitimada.

A discriminação racial ou cultural pode ser exercida tanto com ameaças por abuso de poder das autoridades e pela coação, quanto veladas de modo subliminar por “conselhos”, “sugestões” e “advertências sutis” de seus agentes e prepostos. Essa comunidade, por sua vez, não pode estagnar e deixar de buscar recursos na defesa de seus direitos, eis que

[...] cidadãos são mulheres e homens que tomando a história dos grupos a que pertencem nas mãos, empreendem luta para que todos, nas suas particularidades sejam reco-

² Exemplos recentes de teorias latino-americanas de hibridismo são as de CANCLINI, Nestor Garcia, *Culturas híbridas*, Edusp, 1998, e DAMATTA Roberto, *Carnavais, malandros e heróis*, Zahar, 1981.

nhecidos, aceitos e respeitados, busquem garantias para participar das decisões que encaminharão os destinos da sua comunidade, da nação onde exercem sua cidadania, do continente onde vivem. (ARAÚJO-OLIVEIRA, 2004, p.6).

Não entender os princípios que defendam essas tradições e hábitos de uma determinada cultura significa, primordialmente, não tolerar as diferenças e não entender a importância da preservação dessa cultura, de suas tradições e de seus saberes.

E essa prestação defeituosa e equivocada de políticas públicas pode e deve ser considerada como um dano moral à coletividade, devendo ser reparada juridicamente.

Em apertada síntese, necessário se faz mencionar que o instrumento processual que atende a defesa dos direitos e valores coletivos em geral, no caso de reparação civil por dano, é a ação civil pública, em consonância ao dispositivo legal previsto no artigo 1º, IV, da Lei 7.347/85, já exaustivamente explanado por vários doutrinadores³, o que nos exime de uma dissertação mais profunda sobre o tema.

9. CONCLUSÃO

A missão primordial do Poder Público é de proteger os cidadãos perante terceiros, como acontece no caso das relações de consumo, na tutela ambiental, dentre outros, pois

Os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigiram-se em primeira linha às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de violá-los) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam de atuação de outros particulares, ANDRADE (2003, p.46).

É inadmissível que no século XXI possamos ainda nos deparar com situações em que representantes do poder público encontrem-se tão despreparados, a ponto de promoverem tratamento desigual e preconceituoso a minorias excluídas. Certo é que, juridicamente, essa discriminação contra

3 Existe uma vasta bibliografia em relação ao tema em THEOTONIO NEGRÃO, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, SP, Malheiros Editores, 1994, pp. 67 e 68, nota 7 ao artigo 3º do Código de Processo Civil, e p. 665, nota 1 à Lei 7.347/85.

os direitos às tradições e à cultura dos ciganos gera prejuízo de ordem moral a todo o grupo, pessoas determinadas, interligada se conectadas entre si por um fato comum que ameça sua base cultural, suas tradições, atingindo a autoestima da comunidade, surgindo daí interesses eminentemente transindividuais indetermináveis ⁴.

A IX Conferência Nacional dos Direitos Humanos e a I e II Conferência Nacional de Promoção de Igualdade Racial formularam súmulas de orientação às políticas Públicas quanto aos direitos da cultura cigana, propondo uma legislação que dentre outros direitos, "assegure a equiparação das *Thieras*ou tendas às casas residenciais comuns, inclusive, assegurando o direito à inviolabilidade estabelecida às residências, pela Constituição Federal de 1988". Outra orientação visa "garantir o acesso dos povos de etnia cigana à educação de qualidade, em todos os níveis de ensino, de forma continuada e permanente, em seus territórios ou próximo a estes, conforme a necessidade de cada comunidade, em condições apropriadas de infraestrutura, recursos humanos, equipamentos e materiais." ⁵

A principal proteção que o Poder Público deve exercer em favor do cidadão é a garantia do pleno exercício de seus direitos fundamentais, seja a título individual ou coletivo, lhes garantido, ainda, o acesso à justiça, tanto em caráter individual quanto coletivo, sendo que

"Verifica-se, contudo, que boa parte desses direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se inteiramente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à ideia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e de outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares." SARLET (2005, p.58).

É indispensável que a teoria da responsabilidade civil passe também a residir e acompanhar a coletivização. A substituição do ato ilícito pelo dano injusto vem de encontro à maré de um novo Direito, voltado aos interesses sociais e da preservação de nosso patrimônio sócio-cultural. É o

4 "No Brasil, a defesa dos interesses de grupos começou a ser sistematizada com o advento da Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (LACP), e, em seguida, com a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC), que distinguiu os interesses transindividuais em difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos" MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 16a ed., Saraiva: São Paulo, 2003.

5 BRASIL. Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPPIR/PR. Resoluções da II CONAPIR; Disponível em <http://www.sepppir.gov.br/publicacoes/iico-napir.pdf>. Acessado em 15 de julho de 2012.

dano moral coletivo, eficaz instituto no combate aos que persistem em danificar e levar à extinção os direitos das minorias ao território, à memória, à salvaguarda do seu patrimônio cultural, às suas tradições e saberes, enfim, à diversidade étnica característica essencial à formação da nossa nação.

Nas palavras do líder da comunidade: "Não queremos dinheiro, vivemos razoavelmente bem e temos bens em nossas tendas, que, muitas das vezes, a maioria dos brasileiros não possui em suas casas de tijolos; a única coisa que queremos do governo federal e toda a sociedade em geral, hoje, é o respeito pela nossa gente"⁶. O combate ao desconhecimento, à intolerância, desconstruindo a inteligibilidade da nossa realidade social, através de políticas públicas eficazes que combatam a discriminação racial, talvez seja a única saída para a ressignificação da integração e do desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares**, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANTUNES. Luís Felipe Colaço. **A tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo**. São Paulo. Ed. Almeidina, 1989.

BITTAR. Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPPIR/PR. Resoluções da II CONAPIR; Disponível em <http://www.sepppir.gov.br/publicacoes/iiconapir.pdf>. Acessado em 15 de julho de 2012.

CANCLINI, Nestor Garcia, **Culturas híbridas**. Edusp, 1998.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal Anotada**. 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

⁶ Depoimento extraído do vídeo: Audiência Pública: "Os direitos da Cultura Cigana". Realizada em 18 de maio de 2012, No Centro Cultural Dauro Aragão, Campus Três Poços, UniFOA-Centro Universitário de Volta Redonda, Volta Redonda, RJ.

CULPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. São Paulo. Ed Moraes, 1961.

DAMASCENO, Obemor Pinto. **Símbolos Nacionais**. V. II. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. Ed. Saraiva, 1977.

DAMATTA Roberto, **Carnavais, malandros e heróis**. Zahar, 1981.

GUIMARÃES, A. S. A., 2002. **Classes, Raças e Democracia**. São Paulo: Editora.

HANCHARD, M., 2001. **Orfeu e o Poder: Movimento Negro no Rio de Janeiro e em São Paulo**. Rio de Janeiro: EDUERJ.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 16a ed., Saraiva: São Paulo, 2003.

MILANO, Giuffrè, **La Responsabilità Civile**, 1971, t. I.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1989.

MUNANGA, Kabengele. **Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade, etnia**. Niterói: EDUFF, 2000.

SANTOS, S. A. **Movimentos negros, educação e ações afirmativas**. 2007. 554 f. Tese de Doutorado em Sociologia na Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA, Jessé. Charles Taylor e a teoria crítica do reconhecimento. In: **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Editora da UNB, 2000.

THEOTONIO NEGRÃO, **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**, SP, Malheiros Editores, 1994, pp. 67 e 68, nota 7 ao artigo 3º do Código de Processo Civil, e p. 665, nota 1 à Lei 7.347/85.

VÍDEO: AUDIÊNCIA Pública: **"Os direitos da Cultura Cigana"**. DVD, 30min. Edição e Sonorização: UniFOA, 2012. Colorido.

REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO DE EFETIVAÇÃO E RETROCESSO NO CAMPO DOS DIREITOS E DA CIDADANIA

Aline Caldeira Lopes

Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

RESUMO

É possível perceber, no curso do processo histórico, períodos nos quais as relações de dominação e subjugação são facilmente identificadas, a partir da cristalização e explicitação das mesmas por regras, decretos e leis. É o caso da hierarquização entre seres humanos tidos como cidadãos plenos ou como coisas em sociedades nas quais vigorou a escravidão como técnica de exploração da força de trabalho. Ao longo do tempo, no entanto, as relações de poder passaram a se esconder na aparência de relações igualitárias. Mais especificamente, na forma legal de relações aparentemente igualitárias. O objetivo do presente trabalho é o de compreender, em parte, de que modo essa máxima se operacionaliza. A partir do diálogo com autores que se propõe a discutir a temática da cidadania e da democracia, este artigo objetiva compreender o processo de consolidação e efetivação de direitos no Brasil, bem como sua contraface, qual seja o processo de perda de direitos, reprodução de desigualdades e reafirmação de privilégios.

Palavras-chave: cidadania, democracia, direitos, desigualdade.

SUMÁRIO:

1. Introdução 2. Democracia e construção da cidadania no Brasil 3. Direito ao reconhecimento e à diferença 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

É possível perceber, no curso do processo histórico, períodos nos quais as relações de dominação e subjugação são facilmente identificadas, a partir da cristalização e explicitação das mesmas por regras, decretos e leis. É o caso da hierarquização entre seres humanos tidos como cidadãos plenos ou como coisas em sociedades nas quais vigorou a escravidão como técnica de exploração da força de trabalho.

Ao longo do tempo, no entanto, as relações de poder passaram a se esconder na aparência de relações igualitárias. Mais especificamente, na forma legal de relações aparentemente igualitárias. O objetivo do presente trabalho é o de compreender, em parte, de que modo essa máxima se operacionaliza.

A partir do diálogo com autores que se propõe a discutir a temática da cidadania e da democracia, este artigo objetiva compreender o processo de consolidação e efetivação de direitos no Brasil, bem como sua contraface, qual seja o processo de perda de direitos, reprodução de desigualdades e reafirmação de privilégios.

2. DEMOCRACIA E CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA NO BRASIL

No curso do processo histórico de construção da noção de democracia, conceitos caros à mesma, como liberdade e cidadania, observaram profundas alterações no que concerne ao seu significado. Tomando-se a Grécia antiga, em particular Atenas, como *lócus* privilegiado para esta análise, nota-se a hegemonia de uma noção de cidadania como participação ativa nas decisões da *polís*:

(...) Toda sociedade requer também a sanção de dispositivos e de normas, bem como uma noção de justiça. Os gregos, porém, adotaram uma decisão radical e dupla. Localizaram a fonte da autoridade na *polis*, na própria comunidade, e decidiram-se pela política da discussão aberta, eventualmente pela votação por meio a contagem do número de cabeças. Isso é política, e os dramas e a historiografia grega do século V revelam até que ponto a política chegou a dominar a cultura grega (FINLEY, 1998: 32).

Operava-se, portanto, com uma noção de democracia direita, que pode ser contraposta ao que se conhece hoje por democracia representa-

tiva, guardadas as devidas proporções com relação às escalas (extensão territorial, numérico de cidadãos, dentre outros):

Há confusão em algumas obras sobre esse assunto, quando chama a *Bulé* Ateniense (Conselho), por exemplo, um corpo representativo. Nenhuma comunidade tão complexa quanto Antenas poderia funcionar sem delegar muito do trabalho diário do governo e da administração a indivíduos ou a pequenos grupos. A verdadeira questão está no poder. Em uma democracia representativa, o "controle" popular fica restrito à escolha dos funcionários e de uma assembleia legislativa, seguida pelo direito de rejeitá-los na eleição subsequente. Numa democracia direta, não há simplesmente um controle indireto, mas uma soberania popular imediata. A diferença será facilmente observada na decisão de declarar guerra (FINLEY, 1998: 36).

Contemporaneamente, o direito ao voto, tratado como mais uma das garantias do cidadão em Atenas, é tomado como a própria representação da democracia na modernidade. A delegação da participação ativa nos rumos do Estado, através do voto, tornou-se a própria medida do exercício da democracia:

Hoje, o direito de voto é amplamente reconhecido como o mais essencial dos privilégios (e um dever) de um cidadão. E era também o que ocorria, dentro de certos limites, na República romana. Na *pólis* grega, contudo, embora se tratasse de um importante direito, representava apenas um dentre vários direitos igualmente exclusivos – o direito à propriedade, o direito a contrair casamento legal com outro cidadão, o direito de participar de várias atividades ligadas a cultos importantes – e só nas democracias estava à disposição de todos os cidadãos, enquanto os demais direitos eram universais, normalmente até mesmo sob tiranias. Por conseguinte, a qualidade de membro do corpo de "cidadãos ativos" e a de membro da "comunidade (koinonia) de todos os cidadãos "frequentemente não era coextensiva; daí, igualmente, a frequência com que o *stasis* [conflito político] ligado ao acesso aos direitos políticos degenerava em guerra civil (FINLEY, 1998:35).

Domenico Losurdo analisa o processo histórico de construção da democracia através da consolidação e retrocesso do direito ao voto: “Depois do Termidor, a burguesia liberal termina por se ver diante de um dilema: por um lado, adere ao regime representativo em função antiabsolutista e antifeudal; por outro, deve impedir que a representação política confira uma excessiva influência às massas populares” (LOSURDO, 2004:16).

A consolidação do direito ao voto apresenta-se como constante tensão na combinação dos mecanismos de controle e domesticação das massas populares e trabalhadores, bem como na legitimação do poder constituído:

(...) para a tradição liberal, trata-se, exatamente, de neutralizar politicamente estas massas em condições de indigência ou literalmente famintas. Qual é o meio mais adequado para conseguir tal objetivo? A burguesia pós-termidoriana reintroduz tanto a restrição censitária dos direitos políticos (ainda que em medida mais atenuada do que pela prevista pela Constituição de 1791, que fora varrida pela insurreição de 10 de agosto do ano seguinte), quanto o sufrágio em dois graus, como instrumento adicional para filtrar socialmente os organismos representativos e protegê-los contra qualquer contaminação plebeia e popular (Lefebvre, 1984, p.34). Mas, do ponto de vista de Constant, esta última cláusula do sistema eleitoral torna difícil, se não impossível, a identificação da massa do povo com seus representantes, reduzindo, em vez de ampliar, a margem de consenso e trazendo o risco de criar o vazio em torno do governo e dos organismos legislativos (Constant, 1970, p. 86) (LOSURDO, 2004: 17).

Santos e Avritzer apontam que, ao longo do século XX, o debate democrático limitou-se a duas formas complementares de hegemonia: a primeira baseada “na suposição de que a solução do debate Europeu do período de entreguerras teria sido o abandono do papel da mobilização social e da ação coletiva na construção democrática” e a segunda forma de hegemonia “é aquela que se supunha que a solução elitista para o debate democrático (com a valorização dos mecanismos de representação) poderia se tornar hegemônica sem que, esses últimos necessitassem se combinar com mecanismos societários de participação” (p.6).

De acordo com os autores, “em ambos os casos, a forma hegemônica da democracia (a democracia representativa elitista) propõe uma extensão para o resto do mundo do modelo de democracia liberal-representativa

vigente nas sociedades do hemisfério Norte, ignorando as experiências e as discussões oriundas dos países do Sul no debate democrático. A partir de uma reconstrução do debate democrático da segunda metade do século XX, os autores propõem um itinerário contra-hegemônico para o debate democrático”(p.6).

Em que pese a importância dos debates em torno da consolidação e dos retrocessos em torno da democracia que se encontram centrados no contexto europeu, há que se destacar o inconveniente de serem transplantados para a realidade brasileira ou latino americana sem quaisquer mediações.

Na América Latina, o processo de consolidação de direitos pode ser analisado a partir do contexto da colonização. Destaca-se nesse cenário, o papel ocupado pela ideia de raça como mecanismo de consolidação da dominação do colonizador sobre os colonizados, base na ideologia de existência de seres humanos superiores e subalternos, inferiores. Para Aníbal Quijano, um dos eixos fundamentais do padrão de poder constituído no período da colonização é a classificação social da população mundial sobre a ideia de raça: “una construcción mental que expresa la experiencia básica de la dominación colonial y que desde entonces permea las dimensiones más importantes del poder mundial, incluyendo su racionalidade específica, el eurocentrismo” (QUIJANO, 2005).

Tal elaboração acompanha ainda a própria perspectiva de consolidação do conhecimento em uma perspectiva eurocêntrica e com ela a elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas reações coloniais de dominação entre europeus e não europeus (QUIJANO, 2005). Nesse contexto, a ideia de raça se converteu no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial, bem como da distribuição desigual de direitos e privilégios na configuração de poder do mundo colonizado.

James Holston apresenta análise sobre aspectos do engajamento de uma cidadania específica, qual seja, a brasileira, nos processos de transformação das grandes cidades no decorrer do século XX. Para tanto, aponta a dimensões do que ela caracteriza como uma *cidadania entrincheirada* e outra *insurgente*, que se combinam ao longo do processo da autoconstrução das periferias urbanas no país pelas classes trabalhadoras (2013).

Nesse contexto, a cidadania brasileira apresenta-se de tipo singular, na medida em que conjuga de maneira única mecanismos de reprodução de formas históricas de dominação e processos de resistência aos mesmos:

Tomo o caso do Brasil como paradigmático de um tipo de cidadania que todas as nações desenvolveram em algum momento e que permanece entre os mais comuns: uma cidadania que administra as diferenças sociais legalizando-as de maneira que legitimam e reproduzem a desigualdade. A cidadania brasileira se caracteriza, além disso, pela sobrevivência de seu regime de privilégios legalizados e desigualdades legitimadas (HOLSTON, 2013: 22).

Holston identifica que vigora no Brasil um regime de cidadania diferenciada, na qual as qualificações sociais são utilizadas para organizar as dimensões políticas, civis e sociais, regulando assim a distribuição de poderes. Segundo o autor, “esse esquema de cidadania é, em resumo, um mecanismo de distribuição de desigualdade” (HOLSTON, 2013: 28):

Essa formulação de cidadania usa as diferenças sociais que *não são* as bases da incorporação nacional - sobretudo diferença de educação, propriedade, raça, gênero e ocupação - para proporcionar tratamentos diferentes para categorias diferentes de cidadãos. Por isso, gera uma gradação de direitos entre eles em que a maioria dos direitos está disponível apenas para tipos específicos de cidadãos e é exercida como privilégio de categorias sociais específicas (HOLSTON, 2013: 28).

É importante destacar que, no Brasil, a manutenção de privilégios históricos e a distribuição desigual dos direitos não representa um aspecto remanescente de um país caracterizado com o atraso, mas sim um aspecto relevante do modo como a modernidade periférica se apresenta concretamente:

A cidadania que marca diferenças que identifico aqui não é a representação arcaica do Brasil antigo; enfatizo que esse é um aspecto que continua dominante na modernidade brasileira. Na verdade, um dos meus objetivos é explicar a persistência dessas desigualdades (HOLSTON, 2013:29).

Para o autor, portanto, as “contradições entre formas de governo e práticas dos cidadãos, expansões e erosões simultâneas de direitos e outras contradições caracterizam a cidadania moderna em todo lugar” (HOLSTON, 2013: 36).

Refletindo sobre um conceito de igualdade que contrapõe a ideia de igualdade formal e igualdade material, apresentam-se processos de formalização de direitos oriundos de particularidades diversas – individuais ou de grupos, como a condição de mulheres, negros, quilombolas, dentre outros. Contemporaneamente, as legislações de vários países, dentre eles o Brasil, incorporou a dinâmica de atribuição de direitos formais a determinados grupos, sob o fundamento de que estes seriam mecanismos de tratamento desigual a sujeitos desiguais concretamente, visando a uma igualdade de fato num futuro não tão longínquo. É o caso da política de cotas, titulação de territórios quilombolas, reconhecimentos de terras indígenas, políticas voltadas para mulheres, etc.

Essa seria uma dimensão da constituição da cidadania no Brasil, de modo que a mesma “administra as diferenças sociais legalizando-as” (HOLSTON, 2013). Fruto de processos de lutas sociais distintos, mas transversais em vários momentos, consolidou-se uma dinâmica de atribuição de direitos, outrora universais – ao menos em tese - (saúde, educação, território, direito a não ser agredido, dentre outros) a grupos específicos.

Não se trata aqui de uma crítica com conotação negativa às referidas políticas, mas tão somente de uma problematização em diálogo com autores que refletiram o tema. Até porque, há que se ter claro que a dimensão dos questionamentos teóricos, ainda que imbricada às práticas sociais dos sujeitos, constituem elementos diferentes e, especialmente, um tempo de consolidação que não se coaduna com o tempo das respostas imediatas aos problemas colocados pela prática política.

Há que se destacar, no entanto, que a referida atribuição de direitos se dá, não necessariamente no plano concreto, da prática das políticas estatais, mas sim da cristalização de normas legais. A cidadania brasileira, portanto, de caráter particular, legaliza diferenças sociais e o faz a partir de legislações de cunho social. É o caso da Lei Maria da Penha, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso ou o artigo constitucional que atribui direito a terra às comunidades remanescentes de quilombos (art. 68 dos ADCT/1988).

Outra dimensão desse processo social é percebida no âmbito do Poder Judiciário, no momento de interpretação e aplicação da norma. Luiz Werneck Vianna (1997), em seus estudos, percebeu que o Brasil desde a década de 1990 estaria vivendo o processo de *judicialização da política e das relações sociais*. Segundo o autor, o Judiciário teria assumido o espaço de resolução dos conflitos com a falência do Estado de Bem Estar Social, destacando um aumento na sociedade contemporânea do papel do judiciário.

Boaventura de Souza Santos (2007) destaca um crescimento da importância do papel do Judiciário na resolução dos conflitos sociais tanto nos países da América Latina como nos demais continentes. O autor sinaliza ainda que um importante fator para o fenômeno seria a ascensão do Estado Providência nos países da Europa, com a luta e a conquista pela classe trabalhadora de direitos sociais. Posteriormente, com o declínio deste modelo de Estado, segundo o autor, houve um aumento dos conflitos sociais levados ao Poder Judiciário, transformando-os em conflitos jurídicos (SANTOS, 2005).

O fenômeno também é apontado pelo autor nos países em desenvolvimento (periféricos e semiperiféricos). Nesse sentido, Santos defende que, no Brasil, apesar de nunca ter existido um "Estado-providência muito denso", a transição democrática e a promulgação da CRFB/88 geraram expectativas muito grandes na população. Entretanto, essas expectativas foram frustradas, pois a cidadania não gozou dos direitos estabelecidos no texto constitucional, motivando o maior recurso aos Tribunais (SANTOS, 2007).

O autor destaca ainda que o fenômeno da judicialização das relações sociais provocou uma "explosão de litigiosidade" da qual a administração da justiça não deu conta, produzindo uma crise relacionada com o acesso à justiça por parte dos setores populares, com a necessidade de processos mais simplificados, bem como a capacitação dos juizes para além da formação tradicional (SANTOS, 2005).

Entretanto, como destacado por Santos (2007) e Vianna et.al (1997), foi a partir do final da década de 1980 e início dos anos de 1990, posteriormente à promulgação da Constituição, portanto, que o recurso ao Poder Judiciário ganhou maior importância social, acarretando a judicialização da política e das relações sociais no Brasil. O processo de judicialização pressupõe o maior acesso à justiça de determinados setores da sociedade, no entanto, nem sempre pressupõe a concretização de direitos.

Outros autores como Claude Lefort (1979) e Erick Hobsbawn (2000) também abordaram do tema. Lefort (1979) destacou a dimensão simbólica dos direitos do homem, o direito como freio ao poder, a toda forma de totalitarismo. Defendeu a perspectiva de ampliação e de conquista de novos direitos através da construção democrática, como através da contestação dos trabalhadores na luta pelo direito de greve, a organização sindical, a previdência social (LEFORT, 1979).

O autor também destaca a relação ambígua trazida com a institucionalização do direito, pois de um lado, a institucionalização, com a constituição de um corpo jurídico de especialistas, pode afastar e ocultar os mecanismos necessários ao exercício dos direitos pelos interessados,

mas, por outro, pode permitir a consciência do direito, ou seja, conhecer e reivindicar os direitos instituídos. Nesse sentido, Hobsbawm (2000) assinala a importância da utilização de uma “linguagem dos direitos humanos” como instrumento de reivindicação por novos direitos e concretização dos existentes (HOBBSAWN, 2000, pp. 417-439).

Retomando Holston, portanto, pode-se afirmar que as disputas que se dão no campo do Poder Judiciário correspondem a uma importante dimensão da construção de uma cidadania que administra as desigualdades sociais legalizando-as. O fenômeno descrito por Santos e os demais autores, da *judicialização da política e das relações sociais* dão consequência à lógica operacionalizada na produção legislativa e ainda vão além.

Nesse contexto, vê-se o fenômeno de positivação de direitos das chamadas *novas identidades*, datado de meados do século XX. Trata-se de um processo que se verificou em diversas partes do mundo e que corresponde à elaboração de legislações que atribuem direitos às mulheres, aos negros, aos indígenas, aos quilombolas, às crianças e adolescentes, aos idosos, dentre outros.

3. DIREITO AO RECONHECIMENTO E À DIFERENÇA

Numa tentativa de revisitar a teoria europeia dos séculos XIX e XX a partir do contexto brasileiro de consolidação e retrocessos no campo da cidadania, James Holston sugere que a constituição da identidade das classes trabalhadoras no país se deu, não a partir das lutas sindicais, como no cenário europeu, mas sim em torno das lutas que se consolidaram pelo direito à cidade, especialmente o direito à moradia: “Ao contrário do que preveem muitas teorias sociais dos séculos XIX e XX sobre as classes trabalhadores, integrantes dessas classes se tornaram novos cidadãos, não por meio de lutas trabalhistas, mas pelas lutas pela cidade - um processo prevalente, como proponho, em todo o sul do planeta” (HOLSTON, 2013:22).

Nesse contexto, criaram-se as periferias das grandes cidades brasileiras, como São Paulo, numa imbricação entre a luta cotidiana por direitos, a resignificação da lei constituída e a resistência dos mecanismos de manutenção de privilégios e desigualdades.

É possível, portanto, relacionar-se o processo de construção da cidadania brasileira com o cenário das lutas por reconhecimento e da politização da cultura, na contemporaneidade. Para Nancy Fraser (2002) – que adota uma perspectiva crítica -, estas devem ser compreendidas a partir de três questões epistemológicas apontadas pela autora como centrais.

Isso no contexto da consolidação do processo histórico de globalização, em curso.

O cenário atual observa o risco da consolidação de uma concepção de justiça social que não incorpore, paralelamente, as dimensões da redistribuição e do reconhecimento. É o problema da substituição. Trata-se do contexto no qual, “as lutas pelo reconhecimento estão a contribuir, menos para suplementar, tornar mais complexas e enriquecer as lutas pela redistribuição do que para marginalizar, eclipsar e substituir” (FRASER, 2002:11).

Como tentativa de superação desse problema, Fraser sugere uma concepção bidimensional de justiça, a única – segundo a mesma – “capaz de abranger toda a magnitude da injustiça no contexto da globalização” (2002:11). A abordagem requer um olhar bifocal sobre o conceito de justiça social, enfocando – simultaneamente – distribuição e reconhecimento:

Vista por uma das lentes, a justiça é uma questão de distribuição justa; vista pela outra, é uma questão de reconhecimento recíproco. Cada uma das lentes foca um aspecto importante da justiça social, mas nenhuma, por si só basta. A compreensão pela só se torna possível quando se sobrepõem as duas lentes. Quanto tal acontece, a justiça surge como um conceito que liga as duas dimensões do ordenamento social – a dimensão da distribuição e a dimensão do reconhecimento (FRASER, 2002:11).

Uma segunda questão apontada pela autora é o problema da reificação. Isso porque, enquanto “algumas lutas pelo reconhecimento, procuram adaptar as instituições a esta condição de complexidade crescente (...), muitas outras tomam a forma de um comunitarismo que simplifica e reifica drasticamente as identidades de grupo” (FRASER, 2002:14).

De acordo com o autor, “necessitamos de uma concepção não identitária que desencoraje a reificação e promova a interação [sic] entre as diferenças, o que significa rejeitar as definições habituais de reconhecimento” (2002:14).

O problema encontra-se, portanto, no fato do reconhecimento “ser visto através da lente da identidade”. Para a autora, ambos os conceitos – identidade e reconhecimento – devem ser analisados sob diversas óticas e expressam conotações diferenciadas. O falso reconhecimento, portanto, “consiste na depreciação de tal identidade pelo grupo dominante e no consequente dano infligido ao sentido do eu dos membros do grupo. A reparação deste dano requer o envolvimento numa política de reconheci-

to que visa rectificar a desestruturação interna através da contestação da imagem pejorativa do grupo projectada pela cultura dominante" (FRASER, 2002:14).

Nesse sentido, há uma crítica com relação à redução da política de reconhecimento à política de identidade. Como consequência, tem-se a reificação das identidades de grupo, ou ocultam eixos entrecruzados de subordinação, de acordo com Fraser. Concomitantemente, há ainda o fomento ao separatismo e ao comunitarismo repressivo (2002:15):

O que requer reconhecimento no contexto da globalização não é a identidade específica de um grupo, mas o estatuto individual dos seus membros como parceiros de pleno direito na interação social. Dessa forma, o falso reconhecimento não significa a depreciação e deformação da identidade do grupo, mas antes a subordinação social, isto é, o impedimento da participação paritária na vida social (FRASER, 2002:15).

Axel Honneth (2003) sugere a reflexão acerca da categoria luta social a partir da análise de uma gramática moral dos conflitos, que relaciona os condicionamentos da mobilização social a experiências comuns de desrespeito. Para o autor, luta social pode ser compreendida como "o processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento" (2003:257).

Nesse contexto, propõe a superação das análises do conflito social a partir da dinâmica dos interesses de grupos e indivíduos. Como pano de fundo está o primórdio da sociologia acadêmica, que passou a ignorar teoricamente o nexos existente entre o surgimento de movimentos sociais e a experiência moral de desrespeito: "(...) os motivos para a rebelião, o protesto e a resistência foram transformados categorialmente em "interesses", que devem resultar da distribuição desigual objetiva de oportunidades materiais de vida, sem estar ligados, de alguma maneira, à rede cotidiana das atitudes morais emotivas" (2003:255).

Honneth sugere uma mudança de paradigma, ao trazer à baila, categorias de análise diversas:

Diferentemente de todos os modelos explicativos utilitaristas, ele [o conceito proposto, pelo autor, de luta social] sugere a concepção segundo a qual os motivos da resis-

tência social e da rebelião se formam no quadro de experiências morais que procedem da infração de expectativas de reconhecimento profundamente arraigadas. Tais expectativas estão ligadas na psique às condições da formação da identidade pessoal, de modo que elas retêm os padrões sociais de reconhecimento sob os quais um sujeito pode se saber respeitado em seu entorno sociocultural como um ser ao mesmo tempo autônomo e individualizado; se essas expectativas normativas são desapontadas pela sociedade, isso desencadeia exatamente o tipo de experiência moral que se expressa no sentimento de desrespeito (HONNETH, 2003: 258).

Nesse contexto, Honneth aponta que o surgimento de movimentos sociais pode estar relacionado a experiências de desrespeito, as quais deixam a condição de desagregadas e privativamente elaboradas, para tornarem-se motivos morais de uma "luta coletiva por reconhecimento" (2003: 259):

Sentimentos de lesão dessa espécie só podem tronar-se a base motivacional de resistência coletiva quando o sujeito é capaz de articulá-los num quadro de interpretação intersubjetivo que os comprova como típicos de um grupo inteiro; nesse sentido, o surgimento de movimentos sociais depende da existência de uma semântica coletiva que permite interpretar as experiências de desapontamento pessoal como algo que afeta não só o eu individual mas também um círculo de muitos outros sujeitos (HONNETH, 2003: 258).

No campo do processo histórico de afirmação dos direitos humanos, Costa Dozinias (2009) afirma que, não somente o traço do Outro é o que determina meu direito, na medida em que esse é definido, regulado e restrito pela lei positiva: "é a presença regulatória da lei ou a sua ausência constitutiva que moldam meu direito e minha identidade" (2009: 371). Segundo o autor:

Os direitos humanos introduzem um elemento de mobilidade no coração do sujeito e não permite a conclusão final do projeto de "sujeificação". Duas ausências, dois tipos de negatividade estão lançados no centro da identidade (jurídica) moderna: a alteridade, o que não é o Eu, e a lei. Se a sujeição à lei autolegislada é a o elemento-chave

da autonomia e da identidade, como enfatizava Kant, ela envolve o reconhecimento do caráter não essencial da natureza humana, a indeterminação no coração do sujeito e da abertura do social (DOZINAS, 2009:371).

Dozinas destaca ainda, a insuficiência dos fundamentos da modernidade, como a razão prática, para a compreensão de reivindicações no campo dos direitos:

A razão não consegue criar a estrutura comum para arbitrar entre reivindicações e interpretações conflitantes, pois o princípio jurídico e a própria razão estão presos às polissemias do arquivo escrito tanto quanto os textos substantivos da lei e constituem construtos da história, da tradição e da prática jurídicas tanto quanto as reivindicações que se colocam perante a lei. Não pode haver nenhum princípio de interpretação claro e não ambíguo em casos de conflitos de direitos (DOZINAS, 2009:372).

Os direitos humanos encontram um lugar desconfortável no texto da lei, nacional ou internacional. Na medida em que se tornam discurso jurídico positivado e se juntam ao cálculo da lei, à tematização e à sincronização, eles compartilham o intento de sujeitar a sociedade a uma lógica única e dominante, que necessariamente viola a demanda de justiça (DOZINAS, 2009: 373).

A temática pode ainda ser analisada em diálogo com a literatura que vem refletindo sobre a denominada "questão multicultural". Segundo Stuart Hall, "o termo 'multiculturalismo' é hoje utilizado universalmente. Contudo, sua proliferação não contribui para estabilizar ou esclarecer seu significado" (HALL, 2009: 49). Para o autor:

há uma íntima relação entre o ressurgimento da 'questão multicultural' e o fenômenos do 'pós-colonial'. Este poderia nos fazer desviar por um labirinto conceitual do qual poucos viajantes retornam. Contentemos-nos, por enquanto, em afirmar que o 'pós-colonial' não sinaliza simples sucessão cronológica do tipo antes/depois. O movimento que vai da colonização aos tempos pós-coloniais não implica que os problemas do colonialismo foram resolvidos ou sucedidos por uma época livre de conflitos. Ao contrário, o 'pós-colonial' marca a passagem de uma configuração ou conjuntura histórica de poder para outra (HALL, 1996). Problemas de dependência, subdesenvolvi-

mento e marginalização, típicos do 'alto' período colonial, persistem no pós-colonial. Contudo, essas relações estão resumidas em uma nova configuração. No passado, eram articuladas como relações desiguais de poder e exploração entre as sociedades colonizadoras e colonizadas. "Atualmente, essas relações são como contradições internas e fontes de desestabilização no interior da sociedade descolonizada, ou entre ela e o sistema global como um todo" (HALL, 2009: 54).

O fenômeno da construção da cidadania brasileira pode ser relacionado, em parte, aos debates em torno do direito ao reconhecimento e à diferença, como foi buscado neste texto. O tema, no entanto, necessita ser aprofundado para que contribua no processo de diminuição das desigualdades sociais no país.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem qualquer expectativa de esgotar o tema em discussão, o presente artigo propôs-se a iniciar uma reflexão em torno dos temas da construção da cidadania no Brasil em diálogo com os autores da teoria da democracia.

Compreendendo o fenômeno como não contínuo, nem linear, pretendeu compreender, em parte, o processo de avanços e retrocessos no campo do reconhecimento e efetivação de direitos.

Referências

DOZINAS, Costa. O Fim dos Direitos Humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009. 418p.

FINLEY, Moses. (Org.). O Legado da Grécia (Caps. 1 e 2). Brasília: UNB, 1998.

FRASER, Nancy. A Justiça Social na Globalização: Redistribuição, Reconhecimento e Participação. Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, Outubro 2002: 7-20.

HOBBSAWNM, Erik. A invenção das tradições. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos. São Paulo: 34, 2003. 296 p.

HOSLTON, James. Cidadania Insurgente: Disjunções da Democracia e da Modernidade no Brasil. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2013.

LEFORT, Claude. A invenção Democrática – Os limites da dominação totalitária. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LEFORT, Claude. Os direitos do homem e o Estado-providência. In: Pensando o político – ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LOSURDO, Domenico. Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; São Paulo: Editora Unesp, 2004.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. En libro: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005. pp.227-278.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Sociologia dos Tribunais e a democratização da Justiça. In: Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade, 9ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. FERREIRA, Pedro Lopes. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas, 2ª edição. Porto: Edições Aforamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. La reinvenición del Estado y el Estado plurinacional In: OSAL. Buenos Aires: CLACSO. Ano VIII, n° 22. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf> . Acessado em 10 de Julho de 2011.

VIANNA, Luiz Werneck [org]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: editora Renavan, 1999.

O TEMA DA LIBERDADE POLÍTICA EM MONTEQUIEU E MARX

Hélio de Lena Júnior

Hélio de Lena Júnior é Doutor em Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade pelo CPDA – UFRuralRJ, professor dos cursos de Serviço Social e Direito do Centro Universitário de Volta Redonda e pesquisador do Laboratório de Estudos Marxistas (LEMA – UFRJ).

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discutir, mesmo que de modo superficial, o tema da liberdade política em, dois autores emblemáticos, no qual, cada um, ao seu turno, propõem interpretações distintas para o supracitado tema. Acreditamos que, a teorização política destes atores sociais estava condicionada pela existência de uma liberdade relacionada ao fazer político como reflexo do exercício pleno da cidadania. Todavia, nem sempre o que se verificou na prática, foi a liberdade política dada pelos mandatários do poder aos seus opositores; para tanto, os atores supracitados acreditavam que a liberdade constituía um direito alienável dos cidadãos.

Palavras-chave: Liberdade política, cidadania,

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A liberdade política como não-dominação; 3. A liberdade política em Montesquieu; 4. A liberdade em Marx; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Paradoxalmente, a união de dois teóricos da política, a saber, Montesquieu e Marx; seria, a princípio, um exercício intelectual de difícil resolução. Contudo, nesta formulação que, por ora apresentamos, se unem de maneira característica, à medida que escolhemos uma proposição, que consideramos pertinentes a ambos. A saber: o tema da liberdade política.

Montesquieu é reconhecido como formulador da teoria da separação dos poderes, a idéia-força das suas idéias políticas. Contudo, cremos que exista uma tematização, que aparece como horizonte realizável da política, que se concentra na idéia da liberdade política. Neste pequeno ensaio, pretendemos demonstrar de que forma esta tematização aparece na discursividade de Montesquieu.

Se a proposição da divisão dos poderes aparece como elemento visível, e mais conhecido, em Montesquieu; ele se realizaria na idéia de um poder moderado, que controlaria os demais, de forma que, tal como freios e contrapesos, faria da política a realização de uma máxima que, poderia ser atribuída a Maquiavel, mas que tem em alguns pensadores modernos da política algo de objetivo: *a conservação do poder*. Neste sentido, devemos investigar como esta conservação do poder se dá em um ambiente de profundas transformações nos cenários e nos atores sociais.

Em contrapartida, pensar o tema, da liberdade política, em Marx, talvez seja, aparentemente, um exercício menos complexo; todavia, o que veremos é uma teorização, infinitamente, mais complexa. Aqui cabe, preliminarmente, um aviso: seja qual for à leitura, proposta a Marx, ela deve ser feita sempre no sentido proposto, originalmente, por ele mesmo, a transformação radical da ordem das coisas. Deste modo, o tema da liberdade política, em Marx, estará condicionado aos aspectos apresentados por ele: produção da vida material, consciência (de classe), emancipação (humana e política) e a autonomia do fazer político.

Consideramos, pertinente, então, que esta investigação intelectual se inicie com a proposição da liberdade política como elemento de não-dominação.

2. A LIBERDADE POLÍTICA COMO NÃO-DOMINAÇÃO

Teoricamente, considera-se o tema da liberdade a partir de dois prismas: a liberdade positiva e a liberdade negativa. Preambularmente, apre-

sentamos as diferenças entre elas, para estabelecermos, futuramente, uma interpretação acerca da liberdade como não-dominação.

Consideramos que a liberdade positiva, na interpretação de Isaiah Berlin, é aquela que pressupõe uma autonomia do sujeito, um desejo de ser autônomo e não dependente, de ser protagonista e não coadjuvante. Neste sentido, ele argumenta que a liberdade aparece como o desejo de um protagonismo de si mesmo, de forjar as próprias regras e normas, e ver a liberdade sempre como um não impedimento. Segundo ele,

não se acham muito separadas uma da outra – apenas maneiras positiva e negativa de dizer a mesma coisa. No entanto, os conceitos positivo e negativo de liberdade desenvolvem-se historicamente em sentidos divergentes nem sempre através de passos reputáveis do ponto de vista da lógica, até que no final do caminho, entram em choque um contra o outro (BERLIN, 1981: 142-143)

Neste sentido, Berlin pressupõe que exista uma dicotomia, positiva e negativa, para o tema da liberdade.

No que diz respeito ao tema da liberdade, nos remeteremos a dois clássicos *jus naturalistas*. Para compreendermos esta acepção. Devemos assim, remontar o cenário interpretativo que vê - o Estado - como mediador e regulador das ações humanas. Assim sendo, elegemos aqui, cada um, a seu turno, dois intérpretes desta mediação "indivíduo/Estado", que vêm na idéia do Contrato Social, a possibilidade de resolução das tensões. A escolha de Thomas Hobbes e John Locke se encontra na diametral distância que os separa; seja no corte temporal, seja na interpretação para o mesmo fato.

Inicialmente, Thomas Hobbes apresenta o tema da liberdade negativa, como "à renúncia a qualquer possibilidade de investimento na construção da autonomia do sujeito, seja ele individual ou coletivo." (MARÇAL, 2005:20) Se observarmos, duas teorizações de Hobbes, *Do Cidadão* e *Leviatã*, encontraremos passagens emblemáticas acerca desta tematização. Em *Do Cidadão*, Hobbes caracteriza a liberdade assim:

A liberdade, podemos assim definir, nada mais é que a ausência dos impedimentos e obstáculos ao movimento; portanto, a água represada num vaso não está em liberdade, porque o vaso a impede de escoar; quebrado o vaso ela é libertada. (...) São livres todos os servos e súditos que não se encontram agrilhoados ou aprisionados". (...)

A diferença entre um súdito livre e um servo: é verdadeiramente livre quem serve apenas a sua cidade, enquanto é servo aquele que também serve quem como ele é súdito. Toda outra liberdade é uma isenção das leis da cidade, e convém apenas àqueles que detêm o poder. (HOBBS, 1988: 129)

No *Leviatã*, Hobbes caracteriza que a "*Liberdade* significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendo por oposição os impedimentos externos ao movimento)" e, sentencia assim, "um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças à sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer". Dessas acepções, podemos depreender que aqueles que se encontram na condição de "súditos" somente "serão livres quando não existir uma legislação que os determine". (MARÇAL, 2005: 20)

Não se trata aqui, e nem é o objetivo deste ensaio, revisar a teoria política hobbesiana; muito pelo contrario, objetivamos compreender que, em Hobbes, como primeiro formulador do contratualismo e do debate sobre o fundamento do Estado, o tema da liberdade aparece condicionado ao surgimento do Estado e de suas capacidades legiferantes.

Nesta acepção, e em sentido muito amplo, o contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político num *contrato*, ou seja, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos. No contratualismo clássico predomina, mas não exclusivamente, o elemento jurídico como categoria essencial da sintaxe explicativa. O Direito é entendido como a única forma possível de racionalização das relações sociais.

Partido do pressuposto de que, no estado de natureza hobbesiano todo homem é opaco aos olhos de seu semelhante; é preciso que exista um Estado dotado de espada, armado, para compelir os homens ao respeito. Em um universo pré-social e pré-político, a sociedade nasce com o Estado. Esta é a inovação proposta por Hobbes na tradição contratualista.

Em contrapartida, o tema da liberdade, em Locke, é apresentado pela vinculação entre a lógica da propriedade privada e pela questão da liberdade humana. Neste sentido, em Locke existe uma negação quanto a qualquer intervenção da esfera pública no intuito de uniformização de direitos sociais.

Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma proprie-

dade em sua própria pessoa. A esta ninguém tem direito algum além dele mesmo. O trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a ele com seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade. Sendo por ele retirada do estado comum em que a natureza a deixou, a ela agregou, com esse trabalho, algo que a exclui do direito comum dos demais homens. Por ser esse trabalho propriedade inquestionável do trabalhador, homem nenhum além dele pode ter direito àquilo que a esse trabalho foi agregado, pelo menos enquanto houver bastante e de igual qualidade deixada em comum para os demais. (LOCKE, 1998: 407-409)

Neste sentido, somente é compreensível que as relações entre liberdade individual e propriedade privada em Locke, segundo a interpretação de John Gray, sejam entendidas assim:

A doutrina dos direitos naturais de Locke só é inteiramente inteligível no contexto da sua concepção de uma lei natural, como expressão da natureza divina. Em Locke, os direitos naturais englobam as condições de que precisamos para defender e proteger nossas vidas debaixo das leis naturais que nos foram dadas por Deus. Sob o domínio dessas leis, temos o direito à liberdade e à aquisição da propriedade, com as quais ninguém pode interferir.(...) Há em Locke aquilo que falta nos escritores individualistas anteriores – que é uma clara percepção de que a independência pessoal pressupõe a propriedade privada seguramente protegida pela lei. Depois de Locke, a alegação de que uma sociedade civil reclama a ampla difusão da propriedade individual, vem a ser tema básico dos escritores liberais; é esta perspectiva que constitui a maior contribuição de Locke para o liberalismo. (GRAY, 1978: 32-34)

John Locke, em *"Segundo Tratado sobre o Governo Civil"*, observa a origem, extensão e o objetivo do governo civil. Nele, Locke sustenta que o consentimento dos governados é a única fonte do poder político legítimo. O indivíduo precede a sociedade e o Estado. O estado de natureza lockeano é marcado pela igualdade e pela liberdade. O contrato social marca a passagem do estado de natureza para a sociedade política ou civil; tendo como objetivo primordial a preservação da propriedade. Depreendemos, assim,

que a noção de liberdade se constitui como uma hegemonia do sujeito e, todavia, se consubstancia na lógica da autodeterminação.

Ademais, se pensássemos num legado para os Contratualistas, descobriríamos que o consenso é que promove a legitimidade do exercício do poder político. O poder não deriva mais de Deus ou de algo divino, mas somente da vontade humana. Os contratualistas contribuem, de maneira definitiva, para uma abordagem moderna e temporal da política.

No que diz respeito ao tema da liberdade positiva, se crermos que as interpretações de Berlin estão corretas; precisaremos nos ancorar, para entendermos as possíveis imbricações, em uma tematização complementar.

O tema da liberdade como não dominação aparece, segundo nossas interpretações, naquele conjunto de transformações operadas na Europa, da Revolução Gloriosa, de 1688, que marcou, de forma indelével, o papel político da burguesia. Consubstanciada pelo rompimento da ordem feudal, na Inglaterra, as proposições burguesas aliaram aquilo que Barrington Moore Jr. chamou de "*via democrática*" ou a denominada de "*revolução democrática burguesa*"; que, segundo o supracitado autor, pode ser marcada como transformações que aliam "*o capitalismo à democracia parlamentar*". (MOORE, 1983: 404)

Para a interpretação desta via democrática, Barrington Moore Jr. levantou três pontos que olharemos com mais atenção, como entendimento desta liberdade positiva.

Em um primeiro momento, o supracitado autor ressaltou que: "(1) controlar governantes arbitrários; (2) substituir leis arbitrárias por leis justas e racionais e (3) conseguir que a população participe na elaboração das leis" (MOORE, 1983: 408), pareceria ser uma constante nas construções democráticas ocidentais. Observamos, então, que estas assertivas podem ser identificadas nas sociedades européias ocidentais – onde os paradigmas inglês e francês – são referenciais clássicos para a construção desta via.

Neste momento, Barrington Moore identificou um ponto comum as duas sociedades; o desejo de controlar governantes arbitrários – parece ser uma característica comum destes dois paradigmas. Seja pela via parlamentar, seja pela via da insurreição burguesa-popular; as burguesias nacionais estavam interessadas no controle efetivo do poder.

Especificamente, para o caso inglês, a solução política negociada foi à constituição de uma monarquia parlamentarista; pela qual a composição se deu através da adoção do bicameralismo (câmara dos lordes e dos comuns) que limitou não só poderes reais, mas deu poderes a um primei-

ro-ministro que salvaguardaria os anseios burgueses. Já o caso francês – posterior aos acontecimentos inglês e estadunidense – a solução caminhou da monarquia parlamentar, em um primeiro momento, para posteriormente atingir a construção de uma via republicana.

Em um segundo momento, adota-se uma prática de “substituir leis arbitrárias por leis justas e racionais”. Este foi o cerne do constitucionalismo apregoado pelos filósofos iluministas. Substituiu-se o velho direito consuetudinário – herdado do feudalismo – para uma forma mais avançada de direito e de Estado: o direito e o Estado Civil, baseado agora em um contratualismo; onde o ser humano se socializaria plenamente através de um pacto que instauraria as regras e instituições da ordem política.

No último caso, e não menos importante, é conseguir que a população participe na elaboração das leis; este seria o ponto mais delicado e mais difícil de identificação. Nas sociedades modernas que baseariam sua atuação política pela idéia-força de um contratualismo, a noção de participação política dos cidadãos de uma determinada nação ocorreria pela via eleitoral – direta ou representativa. Entretanto, a organização e efetivação dos poderes políticos cidadãos, se daria a partir de grupos representativos, que chamamos de facções políticas ou em um estágio mais avançado de organização, partidos políticos.

Neste sentido, até agora exposto aqui consideramos que, o tema da liberdade como não dominação, se dá, na sociedade contemporânea, em chave burguesa; compreendendo que, se nos fundamentarmos na teoria do conflito, entenderemos que a dinâmica da luta de classes regeria as principais transformações históricas.

3. A LIBERDADE POLÍTICA EM MONTESQUIEU

O tema da separação dos poderes é, por demais, conhecido na obra de Montesquieu. Entretanto, aparece de forma subsumida, na discursividade montesquiana, o tema da liberdade política. Consideramos que, em alguma medida, este tema é visto de forma, particularmente, obscura.

Nesta etapa, apresentaremos, preliminarmente, a teoria da separação dos poderes; pois, consideramos que ela é o pano de fundo para o debate da liberdade. Isto pode ser considerado, pois, temos em Montesquieu representa um personagem de transição; representa a passagem de uma ordem feudal, em vias de decadência, para a ascensão de uma ordem burguesa. Segundo, J. A. Guilhon Albuquerque:

Dentro da história do pensamento, Montesquieu também ocupa posição paradoxal. Sua obra trata da questão do funcionamento dos regimes políticos, questão que ele encara dentro da ótica liberal, ambas problemáticas consideradas típicas de um período posterior. Além disso, Montesquieu é um membro da nobreza que, no entanto, não tem como objeto de reflexão política a restauração do poder nos regimes monárquicos, para dotar de maior estabilidade os regimes que viriam a resultar das revoluções democráticas. (ALBUQUERQUE, 2001: 113)

Dessa passagem de Albuquerque depreendemos duas percepções; sendo Montesquieu um homem de transição, sua discursividade passa, necessariamente, pelas experiências burguesas ocorridas, na Inglaterra, de 1688 e as projetada, em chave liberal, para os eventos que ocorrerão nos Estados Unidos da América e na França, de 1776 e 1789. Obviamente, não imputamos, a Montesquieu, a responsabilidade de ser o artífice das transformações ocorridas, tanto nos EUA, quanto na França, muito pelo contrário. Todavia, se voltamos as interpretações de Barrington Moore Jr., descobriremos que os três elementos apresentados são emblemáticos para compreendermos a organização política destas nações.

Partimos do pressuposto de que as revoluções burguesas se fundamentam numa perspectiva de *ruptura com o passado*, trazendo consigo o elemento da *novidade* e com forte conteúdo da *violência*. Entretanto, seria importante, para estas nações, ultrapassar a história dos acontecimentos e construir uma organização política que reafirmasse os pressupostos burgueses.

Deste modo, mesmo que a desconfiança de Montesquieu recaísse sobre os modelos republicanos; não podemos perder de vista que, a idéia de *moderação* passaria a ser a "pedra de toque do funcionamento estável dos governos, e é preciso encontrar os mecanismos que a produziram nos regimes do passado e do presente para propor um regime ideal para o futuro" (ALBUQUERQUE, 2001: 114). Então, na busca de um regime estabilizado, Montesquieu apostaria na lógica da moderação, compreendendo, de antemão, a *tipologia dos governos* e na *teoria dos três poderes* como pontos centrais. Ademais é preciso esclarecer que, o cenário para este desenvolvimento seria, antes de tudo, a essência da lei; que segundo nossas concepções elas surgiriam como desdobramentos das relações políticas, na qual seriam derivadas das relações sociais. Assim, as leis, na interpretação de Montesquieu, não derivariam mais da experiência natural; mas sim das relações historicamente determinadas.

No que diz respeito ao primeiro item – a *tipologia de governo* – nos ateremos à experiência republicana, pois a consideramos a expressão máxima da consubstanciação burguesa. Isto não significa dizer que, a experiência monárquica inglesa seja desprezível de análise; muito pelo contrário, para as nossas interpretações, consideramos a república, a forma contemporânea das aspirações dos detentores dos meios de produção.

Sabemos que Montesquieu está preocupado com a estabilidade dos governos, aquilo que Albuquerque denomina de modo de funcionamento das instituições; em síntese ele retomaria a discursividade maquiavélica das condições de manutenção do poder. Logo, se focarmos na experiência republicana, encontraremos as condições da noção de liberdade política em consonância com as interpretações de Barrington Moore Jr.

A saber, ao considerar duas dimensões do fazer político, a *natureza* e o *princípio de governo*, saberíamos quem detém, em chave maquiavélica, o poder. Segundo ele, na república, tema da nossa atenção, “governa o povo no todo ou em parte (repúblicas aristocráticas)”. (ALBUQUERQUE, 2001: 114) Segundo Hannah Arendt, seria “a virtude, que inspira as ações numa república” (ARENDR, 2010: 112) e aprofunda:

Tais princípios de ação não devem ser confundidos com motivações psicológicas. Eles são, mais exatamente, os critérios orientadores que inspiram as ações de governantes e governados e pelos quais todas as ações na esfera pública são julgadas para além do padrão meramente negativo da legalidade. A virtude ser o princípio da ação em uma república não significa que os súditos de uma monarquia não saibam o que é virtude nem que os cidadãos de uma república não saibam o que é honra (ARENDR, 2010: 112)

E, desta passagem, depreendemos, para além das questões acerca da virtude e da honra, dois vocábulos importantes, para nossas interpretações, surgem: “*súditos*” e “*cidadãos*”. Estes são os personagens de um mundo em transformações profundas. Para além, das questões concernentes aos “*indivíduos*” tão propaladas pelos representantes do liberalismo; no cenário político proposto, cenário de mudança, diametral, do “*súdito*” em direção ao “*cidadão*”; vemos uma arena privilegiada, vista por Montesquieu, e complementar as interpretações de Barrington Moore Jr.

E o cerne destas transformações está, para nossas interpretações, na adoção de um princípio constitucional que fornece aos sujeitos históri-

cos elementos para o exercício de suas ações políticas. Para Hannah Arendt, a legalidade,

tal como Montesquieu a entendia, só pode impor limites às ações, nunca inspira-las. A grandeza das leis de uma sociedade livre é que elas nunca nos dizem o que devemos fazer, mas somente o que não devemos. (ARENDR, 2010: 112)

Se rompermos a lógica legalista corroborada por Arendt e consubstanciada por Montesquieu, entenderemos que é neste cenário, proposto no ambiente da "lei", que os cidadãos se afirmam como sujeitos históricos em uma sociedade historicamente determinada. Todavia, não podemos considerar este cidadão como qualquer sujeito, ele tem uma matriz muito bem definida: a matriz burguesa.

Em um segundo momento, e coadunado com a natureza dos três governos, Montesquieu desenvolveu a teoria dos três poderes. Aqui encontramos a segunda viga mestra da construção deste teórico.

Preocupado com a lógica de um poder moderado, não defendendo a restauração pura e simples dos privilégios nobiliárquicos, Montesquieu compreendeu que, a partir, da experiência inglesa, as relações políticas moderadas passariam, necessariamente, pela concepção de liberdade. Neste sentido, Arendt afirma: a "igualdade republicana não é o mesmo que igualdade de todos os homens perante Deus ou igual destino de todos os homens perante a morte (nenhum dos quais tem relação imediata nem relevância para a esfera política)". (ARENDR, 2010: 114)

Neste sentido, o fundamento maior que Montesquieu depreendeu seria as bases da liberdade que estavam concentradas nos princípios constitucionais. Ao analisar de forma pormenorizada a estrutura bicameral do Parlamento britânico (a Câmara Alta, constituída pela nobreza, e a Câmara dos Comuns, eleita por voto popular) e se atentar para as funções dos três poderes; Montesquieu encontraria os fundamentos da liberdade. Segundo Montesquieu:

Certo povo (os moscovitas) tomou, muito tempo, a liberdade pelo uso da barba comprida ... , tem-se chamado de liberdade ao governo conforme aos próprios costumes ou inclinações. Como, nas democracias, o povo parece fazer aproximadamente o que quer, colocou-se a liberdade nessas espécies de governo, e confundiu-se o poder do povo

com a liberdade do povo ... , mas a liberdade política não consiste, de modo algum, em fazer o que se quer.

Em Montesquieu aparece aqui um paradoxo, o centro nevrálgico da liberdade não estava concentrada no povo; mas sim, nas leis. Segundo Chevalier, “e o poder das leis, eis a liberdade do povo”. (CHEVALIER, 1999:139)

Todavia, compreende-se que essa liberdade não seria garantia de segurança do cidadão; muito pelo contrário, mesmo em governos moderados, o abuso de poder não se excetuado das formas políticas. Deste paradigma, para Montesquieu, seria necessário impor limites ao poder; *poder que detém poder*, o que se verifica em certa distribuição de poderes separados. A “expressão clássica ‘separação dos poderes’, aliás nunca empregada por Montesquieu, é bem chã, bem débil para exprimir noção tão rica”. (CHEVALIER, 1999:139).

Assim, Montesquieu definiria os limites da liberdade política. Mas, poderíamos perguntar em que ator social se concentra esta potência. Montesquieu é enfático: o povo. Segundo ele:

Como, num Estado livre, todo homem considerado de alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo; mas, sendo impossível nos grandes Estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é necessário que o povo faça por seus representantes tudo quanto não pode fazer por si mesmo.

E depreendido deste sistema representativo, Montesquieu depositaria, neste modelo político moderado, as expectativas acerca da liberdade política.

4. A LIBERDADE EM MARX

Quando pensamos a liberdade política em Marx, precisamos recuperar seu método para compreendermos de forma correta, as críticas concernentes ao Estado e a liberdade política.

Metodologicamente, Marx se debruçaria sobre as raízes econômicas; olhando com atenção a produção da vida material. Para ele, a produção da vida material “determinaria” a organização social, dividida entre proprietários e não-proprietários dos meios de produção. Contudo, apenas esta divisão não daria conta da organização social, compreendemos que era

necessário um elemento externo à sociedade para ordenar esta inicial estrutura econômica. Então, o Estado aparece como aparelho de uma classe, a saber, a dos proprietários, que ocuparia este espaço político e faria dele uma correia de transmissão dos seus interesses. Indo além, depreendemos que as capacidades do Estado, *soberania* e *legiferância*, funcionariam em prol de uma classe que tomou, de assalto, os aparelhos de Estado.

Mas, sabemos que, em Marx, como anunciou Luciano Gruppi, não existe uma teoria de Estado; entretanto, consideramos que em Marx encontramos a crítica mais ácida ao Estado e suas capacidades. Se o Estado é o espaço de uma classe social determinada historicamente, qual seria, para Marx, o espaço da liberdade?

Aqui, teremos que nos escudar naquele Marx ontológico; e o tema da liberdade aparece, de forma dicotomizada, entre a idéia de emancipação humana e emancipação política. E a resposta, está, a nosso ver, no opúsculo: "*A questão judaica*".

"*A questão judaica*" ou "*Zur Judenfrage*", como informou Francisco Fernández Buey, "foi escrito, em agosto de 1843, ainda que provavelmente revisto, já em Paris, em dezembro daquele ano" (BUEY, 2004, p. 80). Para David McLellan, o texto de Marx, trazido de Kreuznach, era uma destilação das leituras anteriores sobre a França, Alemanha e Estados Unidos da América, e de autores, como, por exemplo, Hamilton, Beaumont e Tocqueville. Segundo Celso Frederico, tratava-se de um tema "de interesse da época, em que se cruzavam diversos assuntos caros a Marx. A começar pelo Estado prussiano, que, ao reafirmar seu caráter 'cristão', negava aos judeus igualdade de direitos perante a lei" (FREDERICO, 1995, p. 95).

De acordo com a interpelação marxiana, a questão judaica, dependendo do "Estado em que vive o judeu, apresenta uma fisionomia diferente. Na Alemanha, onde não existe um Estado político, um Estado como tal, a questão judaica assume uma conotação puramente teológica". Em relação à especificidade nacional francesa, considerado por Marx como um Estado constitucional, a questão judaica é o problema do constitucionalismo, o problema de meia emancipação política. Ao conservar aqui a aparência de uma religião de Estado, ainda que sob uma capa fútil e contraditória consigo mesma, à maneira de religião da maioria, a atitude dos judeus diante do Estado conserva a aparência de uma contraposição religiosa, teológica.

Ao se referir ao problema para a realidade estadunidense, o qual, Karl Marx, inicialmente, denominou de livre,

perde a questão judaica seu sentido teológico para converter-se em verdadeira questão secular. Somente ali, onde existe o Estado político plenamente desenvolvido, pode manifestar-se em sua peculiaridade, em sua pureza, o problema da atitude do judeu e, em geral, do homem religioso, diante do Estado político.

N'A *Questão Judaica*, ressaltamos que as argumentações marxianas fundamentaram-se na história européia. Marx afirmou que a emancipação política é, simultaneamente, a dissolução da velha sociedade em que repousa o Estado alienador e a dissolução do poder senhorial. A revolução política é a revolução da sociedade civil. O que caracterizava a velha sociedade? Uma simples palavra, o Feudalismo. A velha sociedade civil tinha diretamente um caráter político, isto é, os elementos da vida burguesa como, por exemplo, a possessão, a família, o tipo e o modo de trabalho se haviam elevado ao nível de elementos da vida estatal, sob a forma de propriedade territorial, de estamento ou de comunidade.

No limiar dos tempos modernos, o esgarçamento social do feudalismo combinado com a expansão do capital por várias partes do mundo fizeram a sociedade européia alcançar um novo estágio político; ela ressurgiu, novamente, pela primazia do papel do Estado.

Para Marx, a revolução política que derrubou este poder senhorial, que fez ascender os assuntos de Estado a assuntos do povo, que constituiu o Estado político como incumbência geral, isto é, como Estado real, destruiu necessariamente todos os estamentos, corporações, grêmios e privilégios que eram outras tantas expressões da separação entre o povo e sua comunidade. A revolução política suprimiu, com ele, o caráter político da sociedade civil. Rompeu a sociedade civil em suas partes integrantes mais simples: de um lado, os indivíduos, de outro, os elementos materiais e espirituais que formam o conteúdo de vida, a situação civil destes indivíduos. Libertou de suas cadeias o espírito político, que se encontrava cindido, dividido e detido nos diversos compartimentos da sociedade feudal; unindo os frutos dispersos do espírito político e despojando-o de sua perplexidade diante da vida civil, a revolução política fez com que viesse a se constituir – como esfera da comunidade, da incumbência geral do povo - na independência ideal em relação àqueles elementos especiais da vida civil.

De acordo com Marx, a sociedade feudal “estava dividida em seu fundamento, no homem”; centrada na imagem do indivíduo atomizado “tal qual ele se apresentava como fundamento, no homem egoísta”. Este homem, para Marx, foi um membro da sociedade burguesa, “agora a base, a

premissa do Estado político. E, como tal, é reconhecido nos direitos humanos". Em uma grande síntese política,

a revolução política dissolve a vida burguesa em suas partes integrantes sem revolucionar estas partes nem submetê-las à crítica. Conduz-se, em relação à sociedade burguesa, ao mundo das necessidades, do trabalho, dos interesses particulares, do direito privado, como se estivesse frente à base de sua existência, diante de uma premissa que já não é possível fundamentar e, portanto, como frente à sua base natural.

Assim, compreendemos que, segundo Karl Marx, o Estado tornou-se "o mediador entre o homem e a sua liberdade". Para irmos além, reforçando nossa argumentação com as análises marxianas, onde o Estado político já atingiu seu verdadeiro desenvolvimento, o homem leva, não só no plano do pensamento, da consciência, mas também no plano da realidade, da vida, uma dupla vida: uma celestial e outra terrena, a vida na comunidade política, na qual ele se considera um ser coletivo, e a vida na sociedade civil, em que atua como particular; considera outros homens como meios, degrada-se a si próprio como meio e converte-se em brinquedo de poderes estranhos.

As principais críticas marxianas apoiaram-se em duas colunas centrais. A primeira refere-se a uma emancipação subjetiva do indivíduo, aquela que Marx denominou de emancipação humana. A segunda alude-se à emancipação objetiva da sociedade, ou seja, a emancipação política.

Em relação à emancipação humana, Buey afirmou que esta pode ser compreendida como a "libertação do homem das alienações derivadas do modo de vida da sociedade burguesa, particularmente em relação à dupla moral, no público e no privado, como cidadão e como burguês, que caracteriza a existência das pessoas" no Estado político (BUEY, 2004, p. 82).

Em suma, para Marx, "toda emancipação é a recondução do mundo humano, das relações, ao próprio homem". Em via de regra, a crítica mais imediata de Marx se concentrou nas relações estabelecidas pelos judeus com sua filiação religiosa. Segundo Marx,

podeis emancipar-vos politicamente sem vos desvincular radical e absolutamente do judaísmo porque a emancipação política não implica emancipação humana. Quando vós, judeus, quereis a emancipação política sem vos emancipar humanamente, a meia-solução e a contradição

não residem em vós, mas na essência e na categoria da emancipação política.

De acordo com as palavras Celso Frederico, o entendimento marxiano estava assim calcado: “a emancipação humana, reclamada por Marx, é aquela que permite a absorção do cidadão abstrato pelo homem individual, que faz deste, em sua vida cotidiana, um ser genérico solidário com os seus semelhantes” (FREDERICO, 1995, p. 96).

Investigando as relações estabelecidas pela emancipação política, para Marx, “o problema das relações da emancipação política com a religião converte-se, para nós, no problema das relações da emancipação política com a emancipação humana”. Segundo Buey, “a emancipação política era, em essência, emancipação do Estado em relação à religião ou, melhor ainda, das religiões” (BUEY, 2004, pp. 81-82).

Sobre a emancipação política encontrada na '*A Questão Judaica*', devemos recordar que a principal crítica está relacionada às petições dos judeus alemães centradas “no tema judaísmo/Estado e se baseia na consideração geral de que, para emancipar os outros, temos de começar por nos emancipar a nós mesmos” (BUEY, 2004, p. 81). Segundo Frederico: A emancipação política “não se conseguiria com a emancipação humana, que mantém o homem preso à condição de indivíduo egoísta da sociedade civil, e sim com a supressão do Estado enquanto momento de expressão da alienação humana” (FREDERICO, 1995, p. 96).

5. CONCLUSÃO

Como anunciado, na introdução deste ensaio, tentou-se, aqui, de forma paradoxal a junção de dois teóricos da política de origens, diametralmente, opostas. Nosso objetivo foi interpretar o tema da liberdade política em duas chaves diferentes. Ao retomarmos, teoricamente, o tema proposto, objetivamos encontrar as raízes de uma discursividade analítica que apresenta, em chave positiva e negativa, o tema da liberdade. Compreendemos que, em alguns autores, o tema supracitado está subsumido as relações com o Estado. Em Hobbes, a liberdade condicionada, pelo Estado, se torna negativa, não por opção do autor, mas pela natureza do mesmo. Segundo Hobbes, apenas um Estado dotado de espada, armado, impeliria os homens ao respeito. Em chave oposta, John Locke apresenta o Estado como validador da liberdade, tema que se torna elemento central das relações humanas.

Deste modo, podemos depreender que, as características originais do estado de natureza, apareceram, de forma diferenciada, na construção tanto do Contrato Social, quanto do estado de sociedade. O que afirmamos, por ora, é que esta relação "estado de natureza/Contrato Social/estado de sociedade" esta condicionada à estrutura inicial da discursividade de cada intérprete.

Todavia, se rompermos com a naturalização dos processos sociais e deslocarmos o foco para as construções sociais dos processos humanos, descobriremos que, seja qual for a explicação, ela terá se originar como desdobramento, primeiro, das relações sociais; posteriormente, das relações políticas e, conseqüentemente, encontrar as reverberações na lei ou nos princípios constitucionais.

Então, ao observarmos Montesquieu, descobrimos que a desnaturalização, destes processos de construção da Lei, ultrapassava as questões postas pelos contratualistas e apresentava uma nova forma de ver a organização. Assim sendo, seriam estes princípios constitucionais, os elementos que validariam a liberdade e transferiria aos cidadãos, em chave contemporânea, o protagonismo das ações política. Mesmo que, Montesquieu concentre este elemento, na lógica de um poder moderado; podemos abstrair que, para além desta "legalidade", encontraremos raízes sociais para o exercício da liberdade.

Em contrapartida, Marx, de forma ontológica, coloca a questão da liberdade como uma relação que acontece em dois planos: humano e político. Para o primeiro, alegoricamente, imputado aos judeus, a libertação dos processos sociais se daria em um plano individual; porém, esta individualidade seria ultrapassada pela questão política, ao romper com os processos estabelecidos até então.

Nossa contribuição se deu, no sentido de, primeiro, romper com a lógica que naturaliza a construção da liberdade, como elemento fundamental e inalienável dos homens. Mas, objetivamos compreender que o exercício da liberdade, não se dá na primeira chave; mas sim, através dos encontros e das lutas políticas, residindo sua arena no seio da sociedade civil.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUEY, Francisco Fernandez. **Marx (sem ismos)**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Notas sobre cidadania e modernidade**. In. COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e Política: A dualidade de poderes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 1996.

DOMINGUES, José Maurício. **O estado, a democracia e a cidadania**. In. DOMINGUES, José Maurício. **Sociologia e modernidade: Para entender a sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MOORE JR., Barrington. **As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia: Senhores e camponeses na construção da ordem democrática**. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

REGIME DE PARTILHA DO PRÉ-SAL E A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE PETROLÍFERA

Benevenuto Silva dos Santos

Advogado, Mestre em "Direito e Economia" (Universidade Gama Filho - UGF, Rio de Janeiro); Professor do curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda (www.unifoa.edu.br); (e-mail: benevenutofss@uol.com.br).

Flávio E. N. Hegenberg

Geólogo, Mestre em "Administração e Política de Recursos Minerais" (Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP) e "PhD in Business" (University of Leeds, Inglaterra). Professor da Faculdade de Tecnologia São Francisco (www.fatesf.edu.br) em Jacareí - SP; (e-mail: flavio.leeds@gmail.com).

RESUMO

Uma das inovações do modelo de reforma do Estado, inaugurado (e descontinuado, posteriormente) no governo 1995/1998, a reestruturação do modelo autárquico deu surgimento às denominadas "agências reguladoras". Essas entidades, diga-se, estão sujeitas a um vínculo com a administração central em questão de resultados, e não de funcionamento orgânico. Essa criatividade na administração pública atende ao princípio da eficiência, que busca dar resultados ao cidadão e aos usuários dos serviços públicos. Para tanto, a Administração Indireta, sujeita ao manto dos princípios da tutela e controle e da especialidade, também pode ser organizada sob as formas empresarial e fundacional (i.e., como fundação). O sistema regulatório da indústria petrolífera busca atender uma lógica estatal e de mercado, ainda que a maior empresa estatal do Brasil seja objeto de constante interferência governamental (de fato). Em primeiro plano houve a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP). Após início da extração do pré-sal, a Lei 12.351, de 22/12/2010, adotou a coexistência de dois modelos: os sistemas de (a) concessão e de (b) partilha (na exploração do petróleo), modificando parcialmente o marco regulatório do modelo de exploração do citado recurso energético. Para a gestão do sistema de partilha, aplicado ao pré-sal, o Poder Público Federal (PPF) instituiu uma empresa estatal, a Empresa de Administração do Petróleo Pré Sal S/A (PPSA), posto que a relação jurídica referente à exploração se alterou. Essa situação, de certa forma, pode levar à instabilidade de atores envolvidos na gestão da produção no setor regulado e no mercado. Neste estudo discutiremos o papel atual desses agentes envolvidos, abrangendo as atribuições e as interações de órgãos e entidades administrativas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A regulação da economia como forma de intervenção do Estado na economia. 3. O sistema regulatório para o setor de petróleo: agentes envolvidos. 4. O monopólio da exploração econômica do petróleo. 5. Os novos contornos de uma sociedade de economia mista internacionalizada: a PETROBRAS. 5.1. Regulação da atividade petrolífera. 6. Poderes regulatórios da Agência Nacional do Petróleo e a definição das políticas públicas para o setor. 6.1 A questão da autonomia regulatória do sistema brasileiro. 7. O novo sistema de partilha do pré-sal. 8. A relação entre a PPSA e a ANP: um novo sistema regulatório. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O novo regime de partilha na exploração do petróleo, iniciado a partir da extração do pré-sal, tornou a Petrobras a principal exploradora das áreas que serão objeto de licitação, iniciando-se com a extração de Libra, cujo consórcio tornou-se parceiro da citada Estatal.

Em decorrência desse novo sistema adotado pela Lei 12.351, de 22/12/2010, o leilão promovido não resultou em sucesso, pois grandes empresas não se mostraram interessadas, ou, por outro lado, mostrou um sucesso, pois, mesmo com uma interferência maior do Estado no empreendimento, houve empresas internacionais que apostaram no sucesso desse novo modelo, em um instante em que a PETROBRAS tem sido objeto de crítica no cenário internacional, muito mais pela interferência do Governo, devido ao baixo preço, ou pela plena estatização (de uma política que deveria seguir o mercado).

O que se pretende neste estudo é a discussão em torno do regime de exploração adotado pela Constituição e pela Lei 12.351/10, bem como o papel a ser desempenhado pelos novos atores. Para tanto, analisaremos também a Lei 9.478/97, que não foi revogada, e suas implicações na órbita constitucional e compatibilidade com os princípios que norteiam a Administração Pública e a intervenção do Estado na economia.

2. A REGULAÇÃO DA ECONOMIA COMO FORMA DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

O artigo 173 da Constituição Federal permite ao Estado brasileiro adotar medidas administrativas, desde que previstas em lei, para interferir beneficentemente na economia, seja evitando a concentração de poder econômico, seja utilizando diretamente suas empresas estatais para atuar em

setores estratégicos. Para tanto, o mesmo dispositivo prevê que o desempenho de atividade empresarial pelo Estado somente dar-se-á quando imperativo para a segurança nacional ou relevante para o interesse público. É o que nos permite agora considerar o *princípio da subsidiariedade*, em que tal critério é aventado nas relações entre a atuação estatal e a iniciativa privada, fixando a distribuição de suas ações, sendo a ação estatal residual (MEDAUAR, 2003, p. 245). O grau de intervenção do Estado, por consequência, define um modelo regulatório que será determinante para a atração de investimentos nacionais ou estrangeiros.

A exploração do petróleo no Brasil é resultado de um modelo intervencionista, com características de países em desenvolvimento (“Modelo Periférico”). Quando comparamos alguns pontos relevantes, podemos perceber, por exemplo, que no *modelo periférico* temos um jogo de forças “dessimétrico” (tendo o Estado como tutelar: apresentando um forte controle político e decisório representado pela ação de um “governo forte”). Isso significa uma forte defesa dos interesses de Governo, não necessariamente representando a defesa do “public interest” (como no caso americano), ou a defesa do “Welfare State” (como no caso europeu).

3. O SISTEMA REGULATÓRIO PARA O SETOR DE PETRÓLEO: AGENTES ENVOLVIDOS.

A atuação do Estado na economia petrolífera se inicia com a criação da Frota Nacional de Petróleo (FRONAPE), durante do Governo Presidente Dutra. Competia a esta empresa a compra de petróleo no mercado internacional, cujo preço era bastante atrativo, se comparado com o custo de parte da produção brasileira (exportações).

A criação de empresa estatal PETROBRAS, responsável pela (a) exploração (na época bastante reduzida), (b) produção e (c) transporte do petróleo, foi executada em 1953, por intermédio da Lei federal 2.004 (de 03 de outubro de 1953), como resultado vitorioso de uma campanha pelo movimento “O Petróleo é Nosso”. Isso ocorreu em pleno Governo Vargas, como consequência e desdobramento da descoberta de petróleo em Lobato, na Bahia, em 1939.

Não havia, naquele momento, previsão do monopólio da exploração de atividade do petróleo; tampouco aspectos regulatórios para o setor. Isso, mesmo a despeito da existência do Conselho Nacional do Petróleo (CNP), autarquia reguladora do setor à época. No início da década 70 (de 1973-74 e 1979-80), com mudança do cenário internacional, a partir das crises do petróleo, a PETROBRAS é levada a repensar o seu modelo de dependência

da extração internacional. Em 1975, contratos de risco foram firmados para fomentar a exploração e a pesquisa, a fim de diminuir a vulnerabilidade do Brasil diante dessa crise.

Observe-se, o sistema regulatório brasileiro sempre operou a partir da lógica da estatal exploradora da atividade pública, ou seja, as grandes “holdings” do setor, a saber, PETROBRAS, ELETROBRAS e TELEBRAS, que atuam (respectivamente) nos setores de petróleo, energia e telecomunicações (com diversas empresas subsidiárias), é que possuíam todas as informações sobre o setor. As autarquias que fiscalizariam os setores, a saber, Conselho Nacional de Petróleo (CNP), Departamento Nacional de Energia Elétrica (DNEE), e Departamento Nacional de Telecomunicações (DNT), exerciam timidamente qualquer papel de controle sobre o setor.

Aplicando o *princípio da especialidade* para criação de entidades na Administração Indireta (PIETRO, 2006, p. 86), considerou que a PETROBRAS possui *finalidades empresariais*, possuindo para tanto, autonomia para celebrar contratos visando ao seu objeto estatutário.

A PETROBRAS, portanto, tem passado por transformações, já há mais de uma década, para tornar-se uma empresa de energia. Isso significa que seu mercado não mais se restringe ao petróleo. A empresa tem atuando na exploração de gás e também no setor de biocombustíveis. A última reestruturação foi determinada pela Lei 9.478/97, que previa a criação de duas subsidiárias da PETROBRAS, uma na área de transporte e outra na produção de gás. Particularmente, neste texto, não se fez referência à exploração de biocombustíveis.

4. O MONOPÓLIO DA EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO PETRÓLEO.

As atividades econômicas decorrentes do petróleo foram normatizadas no art. 177, da Constituição Federal de 1988. Naquela época, a despeito da visão democrática e razoavelmente liberal, o monopólio da exploração das atividades ligadas à exploração de petróleo deveria estar em poder da União, por intermédio da PETROBRAS.

Posteriormente, a Emenda Constitucional (EC) 9/95 alterou a redação do dispositivo indicado, possibilitando que empresas estatais e privadas participassem da exploração, produção, transporte, importação, exportação e distribuição de petróleo, derivados e gás natural.

Pelo novo contorno do dispositivo constitucional, seria criado um órgão¹ regulador de tais atividades. A Lei 9.478/97 criou, assim, a Agência Nacional do Petróleo (ANP), sucessora do já citado CNP, autarquia federal vinculada ao Ministério das Minas e Energia (MME).

Deve-se frisar que a exploração do petróleo não se caracteriza como serviço público, sendo, entretanto, atividade econômica monopolizada, que somente poderia ser exercida com a anuência do Estado.² Ainda que não o fosse, a matéria-prima do qual se deriva o produto final do petróleo é incluída entre os bens da União, nos termos do art. 20, nos quais jazidas e demais recursos localizados em plataforma continental e zona econômica exclusiva são de domínio federal.

5. OS NOVOS CONTORNOS DE UMA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INTERNACIONALIZADA: A PETROBRAS.

A empresa estatal Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS), sociedade de economia mista federal, não possui os mesmos contornos das demais empresas estatais, ainda que se enquadre aos ditames do art. 5º do Decreto-lei 200/67, diploma que criou um ordenamento jurídico para a organização administrativa federal.

Boa parte de seu capital está internacionalizado, por intermédio de ações negociadas na Bolsa de Valores de Nova York (NYSE). Esse processo de internacionalização de seu capital acompanha a tendência de penetração da empresa no mercado internacional de exploração do petróleo. Isso não é um atraso, mas uma prova da eficiência pontual no setor público. A tecnologia de exploração de petróleo em águas profundas é dominada pela PETROBRAS, já difundida de forma ampla nos meios de comunicação.

Para a exploração do pré-sal, a Lei 12.351/10 fez previsão de uma empresa estatal (pública) para gerir os contratos de exploração dessas áreas, não abordando a sua atuação na operação da exploração e produção, tendo em vista o elevado custo de investimento em depósitos mais profundos do que os atualmente explorados.

Observe-se que um dos modelos de estudo pelo Governo foi o norueguês (Gaspar & Teixeira Jr., 2008), chamado híbrido, em razão da con-

1 A expressão órgão tem o significado de uma organização vinculada à Administração Pública, não necessariamente uma desconcentração. A opção pela autarquização segue o modelo de estrutura do Decreto-lei 200/67, recepcionado pela Constituição Federal de 88, em seu art. 37, XIX.

2 A distribuição de gás canalizado, atividade vinculada diretamente à exploração de petróleo, é definida como serviço público de competência exclusivamente estadual, expressa no art. 25, § 2º, Constituição Federal.

vivência entre empresas privadas e empresas estatais, havendo distinção entre uma estatal para aplicar os recursos obtidos em investimentos na área e novas reservas, e outra empresa estatal que compete com empresas privadas na exploração dos blocos já existentes.³

5.1. Regulação da atividade petrolífera.

A ANP surge num contexto de desestatização, de retirada do Estado da execução e gerenciamento das atividades econômicas. A “deslegalização”, doutrina desenvolvida a partir de uma visão descentralizadora do papel regulador do Estado, busca o fortalecimento desses tipos de agentes, dotados de especialidades e qualificações necessárias para a supervisão da área para o qual foram escolhidos.

Alguns pontos devem ser comentados na implantação e na regulação do setor:

1. A necessidade de conceder o direito à exploração ou produção, envolvendo, neste caso, o uso do bem público (jazida) em que se localiza a reserva petrolífera. Essa concessão para exploração é um instrumento de outorga, sendo esta utilizada sempre que houver o uso de bem público.⁴ O termo outorga, na cadeia de exploração de atividade, que depende de um bem público, tem como exemplo as questões que envolvam captação de recurso hídrico.⁵ É preciso separar o domínio do bem (jazida, reserva), do seu produto; este de domínio da empresa estatal exploradora, ou mesmo da PETROBRAS.

2. Criação de uma entidade regulatória, com personalidade de direito público, assumindo as funções tipicamente estatais de supervisionar as etapas do processo de exploração, produção, industrialização e transporte do petróleo, editando normas técnicas para tais finalidades, aplicando penalidades e conciliando as partes envolvidas na relação administrativa.

3 Um fato interessante do modelo norueguês é que “o país arrecada um imposto único de 78% sobre a produção, independentemente do preço do petróleo” (Gaspar & Teixeira Jr., 2008, p. 26). A Noruega não cobra *royalties* ou bônus de assinatura, como faz o Brasil. “No Brasil, os *royalties* e os impostos cobrados das petrolíferas somam cerca de 50%, valor muito abaixo quando se compara a outros países. Locais de menor risco de exploração podem ter tributos maiores” (de acordo com o consultor Adriano Pires, In: Gaspar & Teixeira Jr., 2008, p. 27).

4 A concessão de uso pode-se dizer ligada à exploração e produção, pois dependem diretamente da disponibilidade de um bem público, no caso, as jazidas. As demais atividades são autorizadas, recebendo o nome de outorga ou outorga autorizada; para outros autores, esta outorga é um licenciamento, por não configurar ato precário, mas dotado de vinculação entre as partes.

5 Pode ser considerada a definição de licença para o ato administrativo que reconhece o direito de explorar petróleo, por vincular ambas as partes a critérios objetivos e conferir maior segurança jurídica ao empresário.

3. Garantia de participações governamentais na exploração, chamadas *royalties*, pagos no início da produção pelas empresas concessionárias federais⁶, termo utilizado por Carlos Ary Sunfeld (2002, pp. 385-396), para descrever as empresas privadas que atuam na exploração e produção de petróleo.

Importante também diferenciarmos a exploração, como sinônimo de pesquisa (ou prospecção), depósitos que tenham por objetivo a produção futura de petróleo, de produção, que implica a lavra (ou *exploração*, *i.e.*, a retirada de recursos, transformando-os em produto).

6. PODERES REGULATÓRIOS DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO E A DEFINIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O SETOR.

O fenômeno da "agencificação" das funções do Estado, em setores da economia e serviços públicos, nos leva a refletir sobre o papel do Governo na definição das políticas que envolvem o setor de petróleo e que caberá à atuação administrativa da autarquia regulatória. O Plano de Reforma do Estado idealizado pelo Ministro da Administração Federal do Governo Fernando Henrique Cardoso, Bresser Pereira, difundido na mesma época da apresentação de alguns projetos de Emenda à Constituição, dentre eles o da abertura do setor de petróleo, diferenciava o papel do *agente político* e do *agente administrativo*.

A definição de políticas públicas cabe ao Estado (compondo núcleos de diretrizes estratégicas). Nesse sentido, imaginarmos que as opções referentes à exploração de bacias geológicas (ou licitação de blocos), despidas de qualquer enfoque político, não se coaduna com a noção de governo em voga. Diferentemente, são os instrumentos de gestão administrativa dispostos em lei, ao órgão ou entidade reguladora (quais sejam):

- a) coordenar o processo de escolha dos concessionários;
- b) efetuar estudos técnicos de viabilidade da exploração de jazidas;
- c) editar normas de conteúdo técnico (imprescindíveis à integração das etapas de industrialização).

A Lei 9.478/97 descreveu à ANP as atribuições de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, enquanto a Lei 12.305/2010 reafirmou o seu papel regulatório:

⁶ A despeito de se constituir atividade econômica monopolizada, o termo utilizado para identificar o agente privado que recebe licença ou autorização do Estado é concessionário.

Art. 11. Caberá à ANP, entre outras competências definidas em lei:

I - promover estudos técnicos para subsidiar o Ministério de Minas e Energia na delimitação dos blocos que serão objeto de contrato de partilha de produção;

II - elaborar e submeter à aprovação do Ministério de Minas e Energia as minutas dos contratos de partilha de produção e dos editais, no caso de licitação;

III - promover as licitações previstas no inciso II do art. 8º desta Lei;

IV - fazer cumprir as melhores práticas da indústria do petróleo;

V - analisar e aprovar, de acordo com o disposto no inciso IV deste artigo, os planos de exploração, de avaliação e de desenvolvimento da produção, bem como os programas anuais de trabalho e de produção relativos aos contratos de partilha de produção; e

VI - regular e fiscalizar as atividades realizadas sob o regime de partilha de produção, nos termos do inciso VII do art. 8º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

A Lei 12.305/10, entretanto, por seu art. 8º, destacou, no sistema de partilha, o papel do MME de celebrar em nome da União, os respectivos contratos, ao estabelecer que:

Art. 31. A cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato de partilha de produção somente poderá **ocorrer mediante prévia e expressa autorização do Ministério de Minas e Energia**, ouvida a ANP, observadas as seguintes condições:

I - preservação do objeto contratual e de suas condições;

II - atendimento, por parte do cessionário, dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia; e

III - exercício do direito de preferência dos demais consorciados, na proporção de suas participações no consórcio.

Logo, a ação e as atribuições exercidas pelo Ministério de Estado, como órgão que auxilia o Chefe do Poder Executivo, no planejamento e controle de políticas públicas para o setor, tenderia a não comprometer o papel do órgão ou entidade que executará tais medidas; sempre com imparcialidade e profissionalismo de quem se especializou no assunto.

Em conjunto com o planejamento governamental, medida determinada pelo art. 174, Constituição Federal, pode-se verificar várias definições possíveis para o controle exercido pelo Ministério sobre entidades admi-

nistrativas indiretas, independente de qual órgão da Administração Central irá exercê-lo.⁷

Talvez por isso, devesse existir o nítido sentimento de escolha dos dirigentes dessas agências por critérios meritórios, evitando a contaminação da Administração Pública.

A função regulatória que deriva dessa norma constitucional e da lei aplicável ao tema está eivada de discricionariedade técnica, buscando sempre a eficiência da Administração Pública.

6.1. A questão da autonomia regulatória do sistema brasileiro.

A estrutura governamental montada para controle de órgãos inferiores e entidades vinculadas aos Ministérios de Estado constituem uma falha de nosso modelo jurídico, principalmente se verificarmos a atuação dos Ministros amparada constitucionalmente.

Desde o Decreto-lei 200/67, pouco se pensou sobre a nova estrutura administrativa da administração pública federal (ou mesmo brasileira, em todas as esferas de governo). As agências reguladoras e empresas que representam verdadeiras economias de mercado sofrem constantemente com o “modelo brasileiro”.

Conforme enfatiza Peter Strauss (2004a e 2004b), a relação das agências reguladoras e comissões independentes no direito americano é diferente (se comparada ao sistema no Brasil). As agências reguladoras no Brasil são estruturadas sob a forma de autarquia, vinculada ao Ministério da respectiva área de atuação no Governo. As autoridades reguladoras americanas, ou comissões independentes de regulação, não se vinculam a qualquer Departamento Federal (denominação semelhante aos Ministérios no Brasil). Segundo Strauss (2004a, p. 17-30), o Congresso Nacional pode criar órgãos como parte de um Ministério, tal como a Administração da Segurança e Saúde no Trabalho, localizado na estrutura do Ministério do Trabalho, ou órgãos independentes, controlados por uma comissão, conhecidos como comissões reguladoras autônomas, tal como a Comissão Federal de Comunicações. Nesse raciocínio, de acordo com o autor americano: na estrutura organizacional do Governo Americano, os órgãos podem estar localizados na estrutura de um Ministério (Departamento Governamental).

⁷ A tradução da palavra inglesa *control* que consagra as ideias de “dominação”, de “governo”, de “comando” serão preferencialmente utilizadas como manifestações abusivas do poder de vigilância. Mas a evolução vai mostrar que, mesmo nos direitos francês e brasileiro, outros significados serão dados à palavra “controle”, e, temos que reconhecemos significados esses bem próximos dessa ideia de “dominação” e de “comando” (DUTRA, 1991, p. 105).

mental), autoridades executivas independentes e comissões regulatórias nacionais.

A lógica e a premissa são evidentes. Se tais agências recebem delegação, por intermédio de legislação federal, para exercerem atribuições normativas (do Congresso Nacional), fiscalizatórias e de controle sobre a atividade regulada (do Poder Executivo), e quase judiciária para compor conflitos (aproximando-se do Poder Judiciário), sua autonomia não lhes permite qualquer vínculo direto com qualquer Departamento Federal.

Essa interpretação fora confirmada pela Suprema Corte Americana, quando o então Presidente Roosevelt destituiu um dos membros da *Federal Trade Commission*, comissão independente (na estrutura do Governo dos Estados Unidos). Confirmou-se o entendimento de que as "comissions" não podiam ser vistas como braço do Executivo, posto terem sido criadas pelo Congresso Nacional, exercendo suas funções por delegação deste Poder (NUSDEO, 1995, p. 91).

Não há fonte no direito americano, contudo, que assegure um controle sobre a atuação das agências que excluam a atuação do Congresso Nacional. No sistema constitucional brasileiro, a má regulação das agências pode levar a dupla ação de invalidação de seus atos, por parte do Congresso Nacional (art. 49, X, Constituição Federal), e do Ministério a que estiver vinculada (art. 87, parágrafo único, Constituição Federal), não esquecendo a ação permanente do Presidente da República.

Da forma como se observa no direito americano, a delegação normativa técnica decorre de autonomia do Poder Legislativo. No Brasil, estando a proposta de criação de órgãos e entidades da administração pública federal concentradas na figura do Chefe do Poder Executivo (e seu amplo poder de fazer cumprir a lei), percebe-se que a regulação é uma transferência de atribuição proporcionada pelo Poder Executivo, que não o fará mais por intermédio de uma secretaria de Ministério, mas por via de autarquia regulatória.⁸

Se verificarmos a regulação sob a ótica constitucional, em comparação à ausência de subordinação tão difundida na doutrina brasileira, verificaremos uma clareza de autonomia por qualquer doutrina administrativa. Mas não é isso que ocorre com a interpretação do art. 87 da Constituição Federal. Por esse dispositivo, estando a autarquia (empresa estatal ou fun-

8 Alexandre Aragão (2003, p. 334) comenta as relações das agências reguladoras com o Poder Legislativo em sua obra densa e consistente em doutrina. Entretanto, verificamos que a relação de entidades da Administração Federal não se compara com o papel desempenhado pelo Ministro de Estado, este sim constantemente convocado para prestar esclarecimento ao Congresso Nacional, nos termos do art. 50, Constituição Federal.

dação), vinculada à estrutura do Ministério⁹ poderá, o respectivo Ministério, anular atos ilegais, ainda que doutrina sustente o contrário.

7. O NOVO SISTEMA DE PARTILHA DO PRÉ-SAL.

De acordo com a Lei 12.351, de 22/12/2010, o resultado da extração do óleo contido nas bacias do pré-sal atenderá a uma lógica determinada, no caso, o pagamento pelos custos operacionais e a partilha do excedente, cabendo ao parceiro o direito de comercializar esse montante.

Deve-se salientar que, após a edição desta Lei, o regime de partilha de produção será utilizado não somente para os contratos celebrados para a exploração e a produção de petróleo em áreas do Pré-sal, mas também em áreas estratégicas, isto é, regiões de interesse para o desenvolvimento nacional, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção.

Em comparação com o sistema antigo, o petróleo que fosse extraído da bacia seria de domínio do concessionário, bastando apenas o pagamento da outorga, ou eventual bônus. No novo sistema, a empresa/consórcio (no caso de Libra, sob a coordenação da PETROBRAS) extrai um bem que será objeto de partilha entre União e o próprio consórcio.

A Lei 12.351/10 adota as seguintes definições:

Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;

III - excedente em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43;

⁹ Conforme art. 7º, Lei 9.478/97, a Agência Nacional do Petróleo é vinculada ao Ministério das Minas e Energia.

IV - área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico;

VI - operador: Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção;

VII - contratado: a Petrobras ou, quando for o caso, o consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção;

Relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) indica que:¹⁰

A justificativa para a adoção do regime de partilha para o Pré-sal está relacionada ao fato de que nessa área são estimados riscos exploratórios extremamente baixos e grandes rentabilidades, o que determina a necessidade de marco regulatório coerente com a preservação do interesse nacional, mediante maior participação nos resultados e maior controle da riqueza potencial pela União. A partilha de produção é entendida como o regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo (cost oil), do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como da parcela do excedente em óleo (profit oil), na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato. Assim, o Estado remunera os custos de produção e divide com o contratado o excedente em óleo.

Pelo sistema licitatório adotado pela Lei 12.351/10, a proposta vencedora será aquela que oferecer o maior excedente em óleo para a União, sempre tendo em vista o percentual mínimo definido previamente pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), colegiado formado pelos órgãos e entidades envolvidos na exploração e na regulação. São devidos,

¹⁰ Pré-sal e regime de partilha de produção. <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/Petroleo>. acesso em 22.mar.2014.

ainda, pelo contratado, o pagamento de bônus de assinatura devidamente fixado no edital de licitação, bem como os *royalties*.

Destacamos os principais pontos referentes à organização institucional do modelo de partilha:

1. A Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurada, a este título, participação mínima no consórcio escolhido para o regime de partilha. A participação mínima da Petrobras no consórcio, previsto no art. 20, não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento);¹¹

2. A União não assumirá os riscos das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção decorrentes dos contratos de partilha de produção,¹² sem (Art. 6º) Os custos e os investimentos necessários à execução do contrato de partilha de produção serão integralmente suportados pelo contratado, cabendo-lhe, no caso de descoberta comercial, a sua restituição nos termos do inciso II do art. 2º, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações;

3. A gestão dos contratos previstos no caput caberá à empresa pública¹³ a ser criada com este propósito,¹⁴ que não assumirá os riscos e não responderá pelos custos e investimentos referentes às atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção decorrentes dos contratos de partilha de produção;

4. A Lei permite duas situações:¹⁵ A Petrobras, quando contratada diretamente ou no caso de ser vencedora isolada da licitação, deverá constituir consórcio com a empresa pública gestora dos contratos de partilha (§ 1º do art. 8º); (Art. 20) O licitante vencedor deverá constituir consórcio com a Petrobras e com a empresa pública gestora do contrato de partilha;

5. O contrato de constituição de consórcio¹⁶ deverá indicar a Petrobras como responsável pela execução do contrato; a empresa pública gestora¹⁷ (PPSA) do contrato de partilha integrará o consórcio como represen-

11 (art. 4º, da Lei 12.305/10),

12 (Art. 5º)

13 (Art. 8º, § 1º)

14 Art. 8º, § 2º

15 (Art. 19).

16 (art. 20, § 3º)

17 (Art. 21)

tante dos interesses da União; a administração do consórcio¹⁸ caberá ao seu comitê operacional, composto por representantes da empresa pública gestora e dos demais consorciados; a empresa pública gestora do contrato indicará a metade dos integrantes do comitê operacional, inclusive o seu presidente, cabendo aos demais consorciados a indicação dos outros integrantes;

6. Caberá ao comitê operacional,¹⁹ com a devida aprovação da ANP, a definição do plano de exploração e do plano de avaliação de descoberta de jazida de petróleo e de gás natural; a declaração de “comercialidade” (comercialização) de cada jazida descoberta, e definir o plano de desenvolvimento da produção do campo; a definição dos programas anuais de trabalho e de produção; compete também ao comitê, sem intervenção direta da ANP, analisar e aprovar os orçamentos relacionados às atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção previstas no contrato; supervisionar as operações e aprovar a contabilização dos custos realizados; e definir os termos do acordo de individualização da produção a ser firmado com o titular da área adjacente;

7. À Petrobras, na qualidade de operadora do contrato de partilha de produção, cabe:²⁰ informar ao comitê operacional e à ANP a descoberta de qualquer jazida de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos; submeter à aprovação do comitê operacional o plano de avaliação de descoberta de jazida de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, para determinação de sua comercialidade; realizar a avaliação da descoberta de jazida de petróleo e de gás natural nos termos do plano de avaliação aprovado pela ANP; submeter ao comitê operacional o plano de desenvolvimento da produção do campo, bem como os planos de trabalho e de produção, contendo cronogramas e orçamentos; adotar as melhores práticas da indústria do petróleo, obedecendo às normas e aos procedimentos técnicos e científicos pertinentes e utilizando técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas; e encaminhar ao comitê operacional todos os dados e documentos relativos às atividades realizadas.

Para a gestão dos interesses da União, na qualidade de detentora de parcela do montante em decorrência da exploração, foi instituída a “Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.”, também chamada “Pré-Sal Petróleo S.A.” (PPSA), por intermédio da Lei 12.304, de 02/08/2010, regulamentada pelo decreto n. 8.063, de 01/08/2013, cuja na-

18 (Art. 22)

19 (Art. 24)

20 (Art. 30)

tureza é empresa pública. A empresa estatal, conforme seu art. 2º, *terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União.*

A PPSA é a entidade empresarial (de domínio estatal), gestora dos contratos celebrados sob o regime de partilha, não assumindo funções regulatórias, matéria afeta à ANP.²¹ A ANP, ressalte-se, continua a exercer toda a regulação e fiscalização de setor de petróleo, gás e hidrocarboneto.

21 Art. 4o Compete à PPSA:

I - praticar todos os atos necessários à gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia, especialmente:

- a) representar a União nos consórcios formados para a execução dos contratos de partilha de produção;
- b) defender os interesses da União nos comitês operacionais;
- c) avaliar, técnica e economicamente, planos de exploração, de avaliação, de desenvolvimento e de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como fazer cumprir as exigências contratuais referentes ao conteúdo local;
- d) monitorar e auditar a execução de projetos de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;
- e) monitorar e auditar os custos e investimentos relacionados aos contratos de partilha de produção; e
- f) fornecer à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) as informações necessárias às suas funções regulatórias;

II - praticar todos os atos necessários à gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, especialmente:

- a) celebrar os contratos com agentes comercializadores, representando a União;
- b) verificar o cumprimento, pelos contratados, da política de comercialização de petróleo e gás natural da União resultante de contratos de partilha de produção; e
- c) monitorar e auditar as operações, os custos e os preços de venda de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;

III - analisar dados sísmicos fornecidos pela ANP e pelos contratados sob o regime de partilha de produção;

IV - representar a União nos procedimentos de individualização da produção e nos acordos decorrentes, nos casos em que as jazidas da área do pré-sal e das áreas estratégicas se estendam por áreas não concedidas ou não contratadas sob o regime de partilha de produção; e

V - exercer outras atividades necessárias ao cumprimento de seu objeto social, conforme definido no seu estatuto.

Parágrafo único. No desempenho das competências previstas no inciso I, a PPSA observará, nos contratos de partilha de produção, as melhores práticas da indústria do petróleo.

(...)

Art. 7º Constituem recursos da PPSA:

Também não é função da PPSA a execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, atividade afeta ao consórcio (liderados pela PETROBRÁS). A PPSA, se verificarmos as atribuições conferidas pela Lei, é a entidade que acompanha todas as etapas da cadeia de exploração e produção, efetuando verdadeira auditoria e monitoramento sobre o processo de gestão do contrato. Além disso, no tocante ao percentual de partilha de domínio da União, a PPSA atuará na qualidade de entidade comercializadora. Dessa forma, a mesma não tem competência para explorar o serviço, não efetua qualquer trabalho operacional, mas tão somente a análise dos contratos de partilha e da exploração, para efeito de parceria, em nome da União, não possuindo qualquer competência regulatória.

A PETROBRAS será a operadora única de todos os blocos contratados sob o regime de partilha, observada a manifestação do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), que definirá se os blocos serão outorgados diretamente à estatal ou se serão objeto de leilão. Neste caso, mesmo em caso de leilão, é assegurada à PETROBRAS participação mínima de 30% nos consórcios a serem constituídos com o vencedor da licitação e com a PPSA. A função da PPSA, em fase de exploração e produção, é gerenciar e fiscalizar os contratos de partilha, representando a União nos consórcios e comitês operacionais; posteriormente, a empresa fará a gestão dos contratos de comercialização de petróleo e gás natural, pertencentes à União (em virtude da partilha).

8. A RELAÇÃO ENTRE A PPSA E A ANP: UM NOVO SISTEMA REGULATÓRIO.

Deve-se ter em mente que a atuação do agente regulador é um ponto, enquanto o outro é a atuação do regulado. Ambas não podem se misturar. À ANP cabe a regulação de todo o sistema de exploração, produção, refino e transporte de petróleo, cabendo ao regulado exercer o seu efetivo papel, no caso, buscar o lucro e o desenvolvimento de novas tecnologias.

I - rendas provenientes da gestão dos contratos de partilha de produção, inclusive parcela que lhe for destinada do bônus de assinatura relativo aos respectivos contratos;

II - rendas provenientes da gestão dos contratos que celebrar com os agentes comercializadores de petróleo e gás natural da União; (...)

Críticas devem ser feitas à participação de dirigente da ANP no conselho da PPSA e no comitê operacional do consórcio explorador. Conforme notícia veiculada pela Empresa Brasileira de Comunicação (EBC), a *Comissão de Ética da Presidência da República concluiu hoje (9) que a diretora-geral da Agência Nacional do Petróleo (ANP), Magda Chambriard, pode acumular o cargo com a função de integrante do Conselho de Administração da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A., ou Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), que vai gerenciar a exploração do petróleo do pré-sal.* ²²

A participação do agente regulador na gestão do ente regulado pode gerar indícios do que se denomina “captação do regulador”, comprometendo a autonomia e a eficácia do modelo regulatório. No caso, considerando que a PPSA é um representante do Poder Público, com a função inicial de auditar os contratos, há uma tendência de mútua proteção à União, com a ressalva de que voltamos ao modelo em que o então CNP funcionava como um organismo quase vinculado à PETROBRAS.

9. CONCLUSÃO

Percebe-se, ao longo do texto, várias questões complexas que se colocam para o futuro da exploração petrolífera no Brasil. Podemos também perceber que a discussão do atual modelo provocará consequências na regulação da atividade econômica petrolífera “pós” e “pré”-sal.

O funcionamento do mercado com excessiva participação estatal será a maneira correta de conduzir a exploração das novas descobertas do pré-sal? Nesse ponto, qual seria a distinção entre a atuação e gestão de uma empresa estatal já estruturada (PETROBRAS), a qualidade de operada do contrato, ou de um efetivo consórcio empresarial formado por todos os participantes do processo licitatório. Não seria melhor, para eficiência do sistema de partilha, a gestão compartilhada? (...) com a possibilidade de uma gestão imune à interferência do Governo central, tal como ocorre atualmente.

A definição do modelo de gestão regulatório brasileiro do petróleo deve ser pautada na soberania, independentemente de qual estrutura empresarial estatal atuará no setor. Ao menos na exploração que se descortina, a exploração compulsória da PETROBRAS, nas reservas do pré-sal será o ideal para o mercado (apesar de sucessivas interferências administrati-

22 <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-12-09/comissao-de-etica-autoriza-diretora-da-anp-ocupar-cargo-na-empresa-do-pre-sal>. Acesso em 23.mar.2014.

vas), deve indicar as razões que nortearão a futura política regulatória para o setor.

Outro ponto que aparecerá de forma incidental é o aumento de arrecadação sobre as parcelas governamentais de compensação (*royalties*). Na atual configuração, divulga-se que os recursos destinados a estados e municípios não tem sido aplicados efetivamente em infraestrutura. Uma nova regulação deve atingir estes pontos.

O uso do petróleo é questão de Estado e não uma visão restrita de Governo. Um novo modelo deve proporcionar ou fazer surgir uma cultura regulatória tutelada por políticas e estratégias centradas nas necessidades do Estado e da economia, de maneira planejada, em que o Governo procura adequar projetos e programas com maior economicidade e eficiência.

Referências

AGENCIA BRASIL/EBC. Comissão de Ética autoriza diretora da ANP a ocupar cargo na empresa do pré-sal. In <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-12-09/comissao-de-etica-autoriza-diretora-da-anp-ocupar-cargo-na-empresa-do-pre-sal>. Acesso em 23.mar.2014.

ALVEAL, Carmen . "Estado e Regulação Econômica: o papel das agências reguladoras no Brasil e na experiência internacional", *Seminário de Direito Internacional e Regulação Econômica*. Ministério Público da União – Núcleo Regional do Rio de Janeiro (texto da Conferência; 19 e 20 de maio de 2003; 19 páginas).

ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DUTRA, Pedro Paulo Almeida. *Controle de empresas estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GASPAR, Malu & TEIXEIRA Jr., Sérgio. "A Riqueza do Fundo do Mar", *Revista Exame*, 27 de agosto de 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. ***Direito administrativo das parcerias***. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEDAUAR, Odete. ***O direito administrativo em evolução***. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUSDEO, Fábio. ***Fundamentos para uma codificação do direito econômico***. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

STRAUSS, Peter (et al.) ***Direito e regulação no Brasil e nos EUA***. STRAUSS, Peter. Órgãos do sistema federal americano. São Paulo: Malheiros Editores, 2004a.

STRAUSS, Peter (et al.) ***Direito e regulação no Brasil e nos EUA***. STRAUSS, Peter. ***Controles políticos e legais***. São Paulo: Malheiros Editores, 2004b.

SUNFELD, Carlos Ary. ***Direito administrativo econômico***. SUNFELD, Carlos Ary. Regime jurídico do setor petrolífero. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Regulação e regime de partilha de produção. <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/Petroleo>. Acesso em 20.mar.2014.

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A CONSTITUIÇÃO

Érik da Cruz Benício

Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Volta Redonda – UNIFOA (2014). Advogado atualmente do Escritório Abreu & Silva Advogados Associados.

Cláudia Regina Robert de Jesus Chaves

Mestre em direito pela Universidade Estácio de Sá (2008), Pós-Graduada em Direito do Trabalho Pela Universidade Estácio de Sá (1998) e Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes (1991). Professora do Centro Universitário de Volta Redonda (UNIFOA). Advogada atualmente do Escritório CRRC- Cláudia Regina Robert de Jesus Chaves & Associados.

1. INTRODUÇÃO

Diante da evolução social cada vez mais célere, o ordenamento jurídico é obrigado a se atualizar com rapidez, adequando-se às necessidades sociais. Observe-se que em regra, é função típica do Poder Legislativo elaborar normas e promover emendas constitucionais, atuando, dessa forma, como Poder Reformador. Ocorre que, desde a segunda guerra mundial, o Poder Judiciário vem ganhando uma potencialização em suas funções.

O neoconstitucionalismo marca a evolução do papel judicial, pois com essa nova doutrina, o Poder Judiciário se beneficiou da chamada atividade criativa ao julgar, dentre outras benesses. O fato é que, através dessa criatividade, o Supremo Tribunal Federal vem inovando no ordenamento jurídico ao exercer o controle de constitucionalidade. Essa atuação judicial qualifica-se como contramajoritariedade, pelo fato de ser uma decisão elaborada por uma minoria que prevalece sobre uma lei representativa e majoritariamente promulgada. Com isso, indaga-se se o exercício do papel contramajoritário pelo Supremo Tribunal Federal é devido, e se é correta a afirmativa de que a última palavra sobre a interpretação da Constituição é de prerrogativa desta Corte, principalmente, após o exercício desse novo papel democrático.

O presente trabalho visa explorar a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no desempenho do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, colocando em questão argumentos contrários e favoráveis a essa nova função adotada pela Corte Suprema, a fim de respon-

der o seguinte questionamento: a contramajoritariedade é ou não favorável à democracia? e, ainda, no mesmo sentido, questionar a quem cabe a prerrogativa de dizer a “última palavra” para interpretar a Constituição.

Incipientemente será observado o controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente na modalidade de controle abstrato e concentrado, onde não há litigantes buscando pretensões específicas ao seu interesse, mas sim o Estado como representante do povo, exercendo a legitimidade ativa.

Igualmente, serão abordados os fundamentos de um controle de constitucionalidade e sua relação com a Constituição da República, ligando-os, através dos Princípios Constitucionais da Força Normativa da Constituição, a Supremacia e Rigidez Constitucional. Analisando-se os aspectos positivos pertinentes à atuação contramajoritária, seu reconhecimento no mundo jurídico e social, bem como, o Projeto de Emenda Constitucional 33/2011, que visa submeter às decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato à ratificação do Congresso Nacional.

Evidentemente, entendeu-se necessário a releitura do problema das decisões insuscetíveis de controle externo proferidas pelo Supremo e da questão da “ultima palavra”. Nesse viés, para demonstrar a pertinência desse trabalho, será abordado o principal argumento contrário ao desempenho do papel contramajoritário, ou seja, a ausência de representatividade na composição do Supremo Tribunal Federal e, por fim, o Projeto de Emenda Constitucional 324/2009, que assim como outras, tem por finalidade, alterar a composição do Órgão Supremo, tornando-o, dessa forma, representativo.

Assim, a proposta desse artigo, que se baseou na monografia de conclusão de curso de bacharelado do primeiro autor, é apontar a relevância no mundo jurídico, político e social, do presente tema.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Assim como a sociedade, o ordenamento jurídico necessita evoluir, para acompanhar a demanda atendendo de modo satisfativo às necessidades da população. Essa evolução normativa é atribuição do Poder legislativo, que tem como uma de suas funções típicas a elaboração de leis. Para evitar uma proliferação de leis incompatíveis com a forma determina-

da pela Constituição, foi desenvolvido um mecanismo de controle da função legiferante objetivando abolir do mundo jurídico o que com ele conflite.

Trata-se do controle de constitucionalidade, decorrente dos trabalhos jurídicos de John Marshall (Estados Unidos) e Hans Kelsen (Áustria), desenvolvido tipicamente, no Brasil, pelo Poder Judiciário, prestigiando o sistema democrático de freios e contrapesos.²³

A ideia central deste item não é transcorrer os marcos históricos que caracterizaram a aplicação do controle de constitucionalidade no ramo do direito, como por exemplo, no famoso caso *Marbury x Madison*, mas sim apresentá-lo de acordo com sua relação ao tema sugerido nesta pesquisa. Assim, partindo-se da premissa de que o controle de constitucionalidade é uma ferramenta para assegurar a democracia e de que a Constituição é a norma de maior valor que assegura direitos e impõe deveres, bem como, o procedimento de renovação normativa. Se pode chegar à conclusão de que o controle de constitucionalidade é a garantia de que a vontade do constituinte originário será resguardada, protegida e mantida, seja substancialmente, seja procedimentalmente.²⁴

Conforme dito acima, ainda seguindo os pensamentos de Konrad Hesse, os principais fundamentos da realização de um controle de constitucionalidade são: a Supremacia da Constituição e a Força normativa da Constituição. Quanto ao primeiro, refere-se ao reconhecimento da Lei Maior como norma de mais elevado valor normativo no ordenamento jurídico, cabendo, inclusive, lembrar neste momento, a famosa pirâmide de Hans Kelsen, que de forma escalonada e vertical apresenta a hierarquia existente entre as normas de um sistema jurídico²⁵; Já quanto a segunda, dispõe sobre a efetiva observância dos preceitos constitucionais na prática dos atos políticos, jurídicos e administrativos, e, principalmente, no convívio social. Está intimamente ligada à evolução da Constituição, acompanhando o processo de desenvolvimento da sociedade.²⁶

Em síntese, além da Constituição se formar num momento histórico relevante à sociedade, deve acompanhá-la para manter sua eficácia, sua força vital, sem a qual se tornaria ilegítima.

Para Konrad Hesse, além dos pressupostos acima expostos, a Constituição não tem força vital se não efetivar as tarefas e os encargos que pre-

23 BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Lúmen Júris. Rio de Janeiro 2012. p. 44.

24 BARROSO, Luis Roberto, (2012) op.cit. p. 48.

25 BINENBJON, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 3ª edição: Renovar, 2010, p. 63.

26 HESSE, Konrad, (1991) op.cit. p. 16/17

vê, sendo, por isso, necessária a vontade de Constituição, que se compõe de uma ordem jurídica sólida, legitimada pelos fatos (o que acarreta a necessidade de constante legitimação) e na consciência de que essa vontade não se expressa senão em conjunto com a vontade humana.²⁷

Segundo os ditames da hermenêutica e da interpretação, todos que são afetados por um conjunto de normas estão submetidos a viver de acordo com seus ditames. Entretanto, esse conjunto normativo deixa de ser legítimo, quando o que se extrai de seu texto, não condiz com a realidade vivida pela sociedade.

Todos que são submetidos às regras da Constituição são legitimados a interpretá-la, e as interpretações, mesmo que divergentes umas das outras, sempre terão a finalidade de acompanhar a evolução social e legitimar as regras constitucionais.²⁸

Não obstante, como pressuposto do controle de constitucionalidade, merece também destaque a rigidez constitucional. O fato de as normas constitucionais possuírem um processo de elaboração diferenciado das demais normas jurídicas, garante seu status de parâmetro a estas.

A esse respeito, o Ministro Luis Roberto Barroso, afirma que: "(...) pois se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle".²⁹

Com estas considerações fica evidente a relação entre a Constituição e o controle de constitucionalidade e, faz-se necessário discorrer sobre o conceito de controle, seus efeitos e sua interferência no mundo jurídico.

2.1. A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO, O DIREITO E A POLÍTICA

Visando a eficácia e efetividade da norma constitucional, mostra-se necessária a guarda da Constituição. Outro Poder não seria mais adequado à realização do controle de constitucionalidade senão o Judiciário, embora também seja exercido, excepcionalmente, por outros Poderes.

Luis Roberto Barroso³⁰, afirma que as decisões exaradas pelos Poderes Legislativo e Executivo são deliberações necessariamente políticas, observam o interesse social e a vontade da maioria determinante do País.

27 Ibidem. p. 19.

28 HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica Constitucional, Die Offene Gesellschaft der verfassungsinterpreten**, tradução de MENDES, Gilmar Ferreira. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997, p. 24.

29 BARROSO, Luis Roberto. (2012) op.cit. p. 24.

30 BARROSO, Luis Roberto. (2011) op.cit. p. 440.

Sendo assim, embora a Constituição exale cargas políticas dirigidas por uma maioria, a observação da constitucionalidade normativa não requer apenas esse tipo de análise. É essencial a análise jurídica para o desempenho do controle constitucional, sendo irrelevante a vontade da maioria ou de necessidades sociais se não forem compatíveis com a Constituição.

Justamente por esta razão, o desempenho dessa atribuição é tipicamente dirigida ao Poder Judiciário, órgão encarregado de solucionar conflitos de interesses, aplicando a lei ao caso concreto. Do próprio conceito de jurisdição, como atividade desenvolvida pelo Judiciário, extrai-se a essência de sua função. As decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal nada mais são, do que expressões normativas do texto constitucional, em regra, independentes de cargas políticas.

Aplicar a lei ao caso concreto significa exercer a atividade de forma vinculada, sem discricionariedade ou influências externas.

Do exposto acerca da função jurisdicional, verifica-se um liame existente entre o direito e a política. Sob um ponto de vista jurídico, é desejável que os dois institutos mantenham-se isolados, diante da atribuição típica do Judiciário, que conforme exposto acima, dispensa valoração política. Os julgadores devem decidir com critérios jurídicos e não com considerações políticas.¹

Para Luis Roberto Barroso², essa afastabilidade da política em face do direito é garantida pela autonomia do Poder Judiciário e de seus membros diante dos demais Poderes por ventura políticos, observando-se ainda a vinculação ao direito que são submetidos Juízes e Tribunais, pois têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis.

Segundo o Jurista supramencionado “Órgãos judiciais, ensinam o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador”.³

Isto significa que em síntese, os julgadores “aplicam política”, mas não criam política ao julgar.

Tal concepção prestigia o formalismo jurídico⁴, retirando do julgador a característica de criatividade, tornando a atividade jurisdicional mecânica, resumindo-se a aplicar a lei ao caso concreto.

1 DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. (2011) *op.cit.* p. 238.

2 BARROSO, Luis Roberto. (2011) *op.cit.* p. 418.

3 BARROSO, Luis Roberto. (2011) *op.cit.* p. 418.

4 COELHO, André. A teoria do Formalismo Jurídico é uma teoria dedutivista da decisão jurídica, que a concebe como simples resultado da subsunção do caso concreto em apreciação na descrição abstrata

Todavia, a teoria do realismo jurídico⁵, afasta este suposto “modelo ideal” exposto pelo formalismo, demonstrando a impossibilidade de separar o direito da política, tanto na origem, quanto no desempenho da atuação judicial, principalmente nos *hard cases*.

Para os adeptos dessa teoria, decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juizes; são essencialmente políticas, influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos. “Por tais motivos afirmam, assim, que a crença na objetividade do direito e a existência de soluções prontas no ordenamento jurídico não passam de mitos”.⁶

Outro fato que corrobora o entendimento dos realistas é o de que as normas jurídicas não são reveladas, mas sim criadas a partir de situações concretas, baseadas, certamente, em decisões de cunho político. Normas estas, políticas, que posteriormente serão aplicadas na atividade jurisdicional.

Se deste modo não fosse, não seria devida a crescente elaboração de normas com caráter abstrato, para que o julgador, no caso concreto interprete-a de modo que melhor se compatibiliza ao litígio em apreço. Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete.⁷

Esse papel criativo dado ao interprete da norma, muitas vezes acaba conferindo-lhe, em determinados momentos, o papel de legislador positivo. Inovando o ordenamento jurídico com soluções não normatizadas, embora desejada teleologicamente pela Constituição.

Nota-se então que o controle de constitucionalidade é uma ferramenta democrática, utilizada tipicamente pelo Poder Judiciário, a fim de assegurar a força normativa da Constituição e sua Supremacia.

Diante da natureza das atribuições desenvolvidas pelo Poder Judiciário, este se mostra o mais adequado a realizar a função de “Guardião da

da condição de fato (primeira parte da norma jurídica) e simples aplicação da consequência jurídica abstrata (segunda parte da norma jurídica) na forma de medida concreta. Geralmente esse formalismo é usado para fundamentar a idéia de que o juiz não tem ou não deve ter nenhum tipo de interferência subjetiva na decisão e que, quanto mais precisas forem as normas, mais previsíveis e seguras serão suas respectivas aplicações. Disponível em <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2009/09/formalismo-juridico-um-guia-para-os.html>. Acessado em 09.10.2013.

5 O realista propõe uma verdadeira interação do Direito com a realidade social e a evolução operada. O Direito é o fato social. E esse Direito é construído pela força dos juizes, na medida em que o legislador apenas cria apenas o texto. A função judicante é mais importante do que a função legislativa na medida em que aquela detém a força criadora da norma. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6934. Acessado em 09.10.2013

6 BARROSO, Luis Roberto. (2011) op.cit. p. 427.

7 BARROSO, Luis Roberto. (2011) op.cit. p. 423.

Constituição", ainda que em alguns casos. Principalmente naqueles que reflitam na sociedade como um todo, conforme se observa no exercício do papel contramajoritário, promovendo uma aplicação conjunta de direito e política, o que muitas vezes acarreta ao Supremo a atribuição de legislador positivo nas decisões em controle abstrato de constitucionalidade.

É justamente esta aplicação conjunta de direito e política que atribui ao Judiciário o *status* de legislador positivo no desempenho do papel contramajoritário.

3. ASPECTOS POSITIVOS QUANTO À CONTRAMAJORITARIEDADE

Como cediço, por longa data a função do Poder Judiciário foi apenas aplicar as leis, sem qualquer carga valorativa e criativa, em razão da separação do direito com a política, e, do entendimento de que o juiz deveria apenas aplicar a lei ao caso concreto.

Este papel do judiciário foi superado diante dos dogmas do neoconstitucionalismo⁸, que acarretou, dentre outras mudanças, o reconhecimento do papel criativo dos juizes ao aplicar a lei e decidir as questões que a ele são dirigidas.⁹

Diversas são as mudanças trazidas pelo constitucionalismo contemporâneo. Mas, no que tange ao Brasil, o neoconstitucionalismo traz a marca da justiça social, equidade e emprego de valores e princípios norteadores de moralidade, rompendo-se a ideia de extremo positivismo.

A Constituição com sua força normativa, não pode ser ignorada pela sociedade. Dessa forma, no neoconstitucionalismo há um repensar do direito em que a Constituição deixa de ser uma "carta de intenções" e realmente se torna uma norma jurídica a ser concretizada.¹⁰

Sendo assim, a busca da concretização de direitos, acarreta a expansão do papel do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional.

Em razão do uso da prerrogativa de criar ao julgar, por muitas vezes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu direitos previstos na Constituição, que até então não possuíam efetividade, por ir de encontro ao que fora estabelecido por uma norma infraconstitucional elaborada pela maioria parlamentar, daí fala-se em contramajoritariedade.

8 BARROSO, Luis Roberto. (2011) op.cit. p. 288.

9 *Ibidem* p. 289.

10 CRUZ, Vítor. Constituição Federal anotada pra concursos. Editora Ferreira, 2013, p.5.

3.1. CONCEITUANDO CONTRAMAJORITARIEDADE

Por contramajoritariedade deve-se compreender a característica presente na função judicial decorrente do controle de constitucionalidade, onde o Judiciário reconhece algum direito previsto na Constituição, mas sem aplicação, por ausência de regulamentação dos outros poderes, ou pela inconstitucionalidade de uma norma que impede sua prática, geralmente pelo fato do direito suprimido representar a vontade de uma minoria.

Marcelo Novelino¹¹, na obra “A Influência da opinião pública no comportamento judicial dos Membros do Supremo Tribunal Federal” afirma se tratar da “proteção das minorias contra o excesso democrático”.

Ora, não é porque representa a vontade de uma pequena parcela da sociedade que um direito deve ser ignorado, deixando em desamparo aqueles que, embora em menor número, tem voz ativa social. Justamente por contrariar o que foi proposto pela maioria, no momento da elaboração normativa, que recebe este nome, contramajoritário.

É que, deveras, ao judiciário compete a guarda da Constituição e fazer valer os direitos fundamentais que nela estão previstos, independente de ir a favor ou contra a maioria parlamentar.¹²

Isto traduz-se que a vontade da maioria governante de cada momento não pode prevalecer sobre a vontade da maioria constituinte incorporada na lei Fundamental.¹³

Superado o conceito inicial, importante traçar um diferencial entre a função contramajoritária e o ativismo judicial, tratado por alguns como sinônimos, mas que de fato não se confundem.

Na verdade, como dito anteriormente, aquela vem a ser uma característica que quase sempre se encampa as decisões Ativistas. Ativismo judicial é uma atitude, que se pode constatar quando o Supremo Tribunal Federal faz às vezes de legislador positivo, inovando no ordenamento jurídico.

Luis Roberto Barroso¹⁴, afirma que naquela, cabe ao julgador declarar um direito previsto no ordenamento jurídico que ainda não possui reconhecimento. Indo além, afirma que o ativismo expressa uma postura

11 NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. Constitucionalismo e Democracia. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 270.

12 BINENBJON, Gustavo. (2010) op.cit. p. 54.

13 VITAL, Moreira, *apud* BINENBJON, Gustavo. (2011) op.cit. p. 60.

14 BARROSO, Luis Roberto. (2009) op.cit. p. 83

do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.

Sendo assim, no caso do ativismo, além de reconhecer o direito questionado, o órgão judicial adota alguma medida visando satisfazer a pretensão que lhe foi dirigida; ao seu lado está a contramajoritariedade quando esta atitude ativa for de encontro com o que é disposto em lei.

Embora a Corte já realize esta prática há alguns anos, ainda é considerada como novidade, aplaudida por alguns, indesejada por outros, o que é normal e louvável em um Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, Virgílio Afonso da Silva¹⁵, destaca a relevância da função e anota que há um potencial pouco explorado por nossa democracia no que tange a interação do controle de constitucionalidade com as práticas deliberativas.

Explanado desta forma, o tema apresenta-se simples e lógico.

Se há um direito a ser efetivado, não há outra solução a não ser efetivá-lo. A Constituição Brasileira possui força normativa, o que vai de encontro à inércia que muitas vezes ocorre por parte dos Poderes Públicos. Entretanto, não é algo tão evidente quanto parece.

A satisfação desses direitos através do Judiciário, acarreta uma manifestação política por um órgão que não tem função política, conforme debatido anteriormente.

Além disso, outra crítica que surge é que um Poder não representativo faz prevalecer sua interpretação diante da interpretação de um Poder representativo.

Do exposto, nota-se que a questão merece especial atenção e análise, de sopesamento dos prós e contras, com fim de compreender se a prática da contramajoritariedade é legítima, representativa e democrática.

3.2. O RECONHECIMENTO DA CONTRAMAJORITARIEDADE

Popularmente, este novo papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal é agradável, principalmente diante do desprestígio que suporta os Poderes Legislativo e Executivo por deixarem ao relento diversos direi-

15 SILVA, Virgílio Afonso. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo 250 (2009): 197-227. p. 16. Disponível em http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf, acessado em 25.03.2013.

tos assegurados pela Constituição, mas pendentes de regulamentação ou passíveis de serem questionadas sua constitucionalidade, recepção ou até mesmo regras de antinomia e etc. Sem contar os escândalos de corrupção que recaí sobre os políticos a todo tempo.

Atualmente o Poder Judiciário é o que mais se aproxima da sociedade, diante do acesso a justiça que se impõe nos tempos atuais. Por conviver todos os dias com os problemas da população que lhe são impostos, os magistrados acabam tomando conhecimento de grande parte dos problemas dos cidadãos. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo, quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social.¹⁶

A principal crítica dirigida à execução da função contramajoritária, dentre outras, que serão explanadas em momento oportuno, diz respeito à legitimidade democrática desta conduta jurisdicional.

A esse respeito, merece relevo a opinião de Luís Roberto Barroso que compreende que tal crítica está superada pelo reflexo social em relação às decisões proferidas pela Corte.¹⁷

Como se sabe, a Constituição de 1988 foi generosa na previsão de direitos fundamentais, que não fazem sentido em existir se não podem ser exercidos por todos.

É com base nesses direitos e nos princípios também estabelecidos pela Lei Maior que o Tribunal garante o regime democrático.

Eduardo Mendonça¹⁸, destaca que “O papel das instituições (...) é o de ordenar e potencializar o regime democrático e o pressuposto no qual ele se assenta, que é a igualdade essencial de todos os seres humanos”.

O autor ora citado destaca ainda mais quatro argumentos auto-explicativos que fundamentam a aplicação da jurisdição constitucional, dentre eles se pode destacar:

I) a previsão constitucional, presente no artigo 102 da Constituição Federal, que confere ao Supremo Tribunal Federal o Papel de “guardião da Constituição”.¹⁹

16 BARROSO, Luis Roberto. (2011) op.cit.p. 439.

17 *Ibidem*, Cit p. 441.

18 MENDONÇA, Eduardo. (2009) op.cit. p. 228.

19 Constituição da República Federativa do Brasil. 2011) op.cit. p. 64.

II) a jurisdição constitucional e o Poder Judiciário não estão isolados em relação ao poder político, conforme já foi apontado acima;²⁰

III) a jurisdição constitucional não é imune ao controle popular.

IV) a atividade judicial tem uma dimensão política, mas não partidária²¹.

No que se refere a previsão constitucional, presente no artigo 102 da Constituição Federal, que confere ao Supremo Tribunal Federal o Papel de “guardião da Constituição”.²² Sabe-se que na maioria dos Estados democráticos, uma parcela de poder político é reservada a agentes políticos que não são recrutados pela via eleitoral, justamente em razão da imparcialidade e técnica que possuem para atuar.

Contudo, isso não lhes retira a legitimidade para o desempenho da função, pois ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo.²³

Quanto à afirmativa de que a jurisdição constitucional não é imune ao controle popular, conforme outrora explanado, as manifestações populares favoráveis às decisões da Corte enriquecem a jurisdição constitucional, contudo, não estão sujeitas a aceitação social para serem legítimas e eficazes.²⁴ Embora deva ser transparente e prestar contas à sociedade, o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública.²⁵

Sobre a atividade judicial ter uma dimensão política mas não partidária, vale registrar que a função jurisdicional legitima-se não somente pela aprovação social que lhe é prestada, mas também através da racionalidade com que é desempenhada.

Jürgen Habermas²⁶, estudando a atuação dos tribunais constitucionais dispõe que:

“O tribunal torna a desamarrear o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de

20 BARROSO, Luis Roberto. (2009) op.cit. p. 80.

21 FARIA, José Eduardo apud MENDONÇA, Eduardo. (2009) op.cit. p. 242.

22 Constituição da República Federativa do Brasil. 2011) op.cit. p. 64.

23 BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado ano 4, nº:13:211-247, Renovar, 2009, p. 78.

24 MENDONÇA, Eduardo. (2009) op.cit. p. 241.

25 BARROSO, Luis Roberto. (2011) op.cit. p. 440.

26 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Tempo Brasileiro, 2003, Rio de Janeiro. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – UGF. p. 324-325.

mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita."

E de maneira diversa não poderia ser. Suprimir escolhas políticas determinadas por uma maioria representativa, sem uma razão lógica e coerente para tanto certamente violaria a democracia.

A esse respeito, Luis Roberto Barroso²⁷, afirma ainda que o dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Cumprindo registrar que a intervenção do Judiciário nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.²⁸ Isso porque até para aqueles que vão contra a judicialização constitucional, não há como negar que a manifestação do Supremo Tribunal Federal enriquece um possível diálogo institucional sobre o problema discutido.

Pelo exposto, pela tarefa de guardar a Constituição da República e promover a última palavra quanto a sua interpretação, é válida, para os que defendem a atividade contramajoritária, a interferência judicial nas polêmicas questões sociais, ainda que dotadas de cargas políticas, legitimando-se, inclusive, pela satisfação dirigida ao órgão pela sociedade.

3.3. O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2011

De tão intenso que é o debate acerca da função contramajoritária, o tema alcançou o âmbito parlamentar. O fato é que, aos órgãos políticos, os quais representam a vontade popular, é dirigida a competência para efetivar direitos e substituir posições contrárias aos anseios sociais emergentes.

Não é por outra razão que a Constituição submeteu aos Poderes Políticos a capacidade de criar normas que interfiram na sociedade, restringindo o Judiciário a elaborar leis que apenas refiram-se a assuntos *interna corporis*, mas sem repercutir socialmente, conforme dispõe o artigo 93 da CF/88.²⁹

27 BARROSO, Luis Roberto. (2009) op.cit. p. 81.

28 BINENBJON, Gustavo. (2009) op.cit. p. 246.

29 Constituição da República Federativa do Brasil. (2011) op.cit. p. 59.

Diante disso, foi elaborado o Projeto de Emenda Constitucional 33/2011, com vistas, além de outras medidas, a submeter às decisões de inconstitucionalidade de emendas constitucionais do Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional, para que este órgão parlamentar decida se é válida ou não a questão decidida pela Corte, submetendo a decisão à aprovação popular, caso discorde da posição adotada pelo Supremo.

Do que se extrai do projeto é que se objetiva restabelecer a credibilidade do Poder Legislativo, que conforme exposto acima, sofre uma forte crise institucional, o que afasta ainda mais seu papel representativo da sociedade.³⁰

A vontade dos parlamentares é submeter às decisões que influenciam diretamente na política social à sua vontade, à suposta vontade do povo, e, para tanto, retirar o Poder ativo do Supremo Tribunal Federal, que deixou de atuar apenas como legislador negativo, passando a ser também legislador positivo. E, diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo³¹

Pelo exposto, verifica-se que a intenção é importar o modelo de controle de constitucionalidade denominado "fraco" que é utilizado em países como o Canadá, por exemplo. O controle tem esse nome por não possuir força vinculante imediata em razão da necessidade de aprovação do Poder Parlamentar.

Oportunamente, vale mencionar as palavras do próprio Deputado Nazareno Fontenele³², ao dispor que "*não podemos importar modelos de forma acrítica a partir da experiência de outros países*".

Todavia, como aponta novamente o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva³³, mesmo nos países que desempenham este tipo de controle, a superação das decisões do tribunal pelo Legislativo nem sempre ocorre.

Por esse motivo, embora aprovado o projeto na Câmara dos Deputados, não é unânime a vontade de alterar a Constituição e reduzir a atuação judicial. Alguns Deputados se opõem às pretensões do relator. Para estes, ocorrerá violação à democracia se houver aprovação do projeto.³⁴

30 FONTENELES, Nazareno, Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, p. 5. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7BD59F1B5C34D680C6A-0B10780853B6A.node1?codteor=885456&filename=Avulso+-PEC+33/2011. Acessado em 25.03.2013.

31 SILVA, Alfredo Canellas Guilherme apud FONTENELES, Nazareno, (2011) op.cit. p. 5.

32 FONTENELES, Nazareno, (2011) op.cit. p. 10.

33 SILVA, Virgílio Afonso. (2009) op.cit. p. 22.

34 STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. apud BARCELLOS, Logan Caldas. apud LANDIM, Paes. Voto na Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, p. 4. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=VTS+1+CCJC+%-%

De fato, os argumentos vão, também, ao encontro do que fora exposto sobre as opiniões favoráveis ao exercício contramajoritário.

Acrescenta-se, contudo, a afirmativa de que a proposta de emenda causaria violação à Separação de Poderes, segundo os ditames do Princípio da Justeza ou Conformidade Funcional³⁵, pois fragilizaria a função de um Poder em razão da submissão a outro.³⁶

Acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, o Deputado Nazareno Fontenele³⁷, cita as lições do Ministro Luís Roberto Barroso, que defende o eventual exercício da função contramajoritária pelo Supremo Tribunal Federal, a favor da democracia, desde que observados e respeitados o desempenho dos outros Poderes dentro de suas funções típicas.³⁸

Já o Deputado Vieira da Cunha, indo além, citando palavras de Ferrajoli³⁹, acrescenta que a legitimação da atuação contramajoritária não se trata de uma questão democrática, ligada à representação, mas sim em respeito à intangibilidade dos direitos fundamentais.

Por outro lado, merecem também consideração as críticas que são feitas ao papel desempenhado pelo órgão Judicial. Conforme exposto acima, preliminarmente pelo fato de envolver política em decisões que, via de regra, deveriam ser meramente jurídicas e este tipo de decisão violaria a democracia e a Separação de Poderes prevista pela Constituição, vez que o Judiciário estaria desempenhando uma função que não lhe pertence.

O fato é que, dentre os argumentos favoráveis à limitação do poder contramajoritário supracitados, dois merecem especial destaque, e serão abordados no item seguinte.

4. ASPECTOS NEGATIVOS QUANTO À CONTRAMAJORITARIEDADE

As normas estabelecidas pelos Poderes Políticos pressupõem a manifestação de vontade dos cidadãos, através de seus representantes,

3D%3E+PEC+33/2011. Acessado em 25.03.2013.

35 CANOTILHO, J.J. Gomes. **O Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Livraria Almedina, Coimbra. 3ª Ed. 1998, p. 1149. "O princípio da conformidade funcional tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição das funções constitucionalmente estabelecida. O seu alcance primeiro é este: o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido."

36 LANDIM, Paes. (2011) op.cit. p. 4.

37 FONTENELES, Nazareno, (2011) op.cit. p. 10.

38 BARROSO, Luís Roberto. apud LANDIM, Paes. (2011) op.cit. p. 7.

39 FERRAJOLI, Luigi apud CUNHA, Vieira. (2011) op.cit. p. 2.

e, deste modo, sua superação deveria ocorrer por determinação daqueles próprios que as elaboraram, em razão dos novos anseios sociais.

O ponto nodal nesta discussão é que a observação acima, contraria o que ocorre no desempenho da função Contramajoritária abordada anteriormente, pois, como visto, a vontade do Supremo Tribunal Federal se sobrepõe ao que foi estabelecido pelo povo.

4.1. DAS DECISÕES INSUSCETÍVEIS DE CONTROLE EXTERNO

Diante desse embate, surgem as críticas acerca da atuação do órgão Supremo, tendo em vista a ausência de representatividade popular, o que conflita com sua legitimidade para promover tal atribuição. Os principais argumentos gravitam acerca do fato de não haver controle sobre as decisões tomadas pelo órgão Judicial, e pela forma de composição da Corte Suprema.

Conforme exposto anteriormente, ao Poder Judiciário cabe a guarda da Constituição, entretanto, nada garante que as decisões tomadas por este Poder serão justas e corretas.

Nesse sentido, Bercovici⁴⁰, discorre que não há garantias de que não irão ocorrer arbítrios por parte dos julgadores ao atuarem. Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?

Outro ponto que merece atenção é a afirmativa de que, no desempenho da contramajoritariedade, a última palavra sobre o direito discutido cabe ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo, não há norma que confira tal prerrogativa a este Tribunal. Da leitura apurada da obra de Rodrigo Brandão, intitulada de "Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais", se depreende que a última palavra acerca de direito cabe ao povo, seja diretamente, seja através de seus representantes. Permitir que o Supremo decida o direito independente de aprovação popular é, na verdade, suprimir a competência do Poder Legislativo. Ainda que esteja agindo diante da omissão dos demais Poderes, não se trata de uma atribuição legítima. Deveras, os direitos fundamentais devem ser efetivados positivamente, mas isso não significa que deva existir um afastamento do que foi disposto pela própria Constituição ao estabelecer a Separação dos Poderes como forma de controle de atuação.

40 BERCOVICI, *apud* DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. (2011) op.cit. p. 318.

Permitir de olhos vendados que o Judiciário detenha para si o exercício de mais uma função é caminhar em sentido regressivo, ao encontro da acumulação das funções de legislar e julgar em um só Poder.⁴¹

A título de exemplo, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Tem grande força normativa, capaz de afastar a aplicação de normas elaboradas pelo legislativo, independente de qualquer análise legislativa ou popular sobre o assunto. É na verdade uma decisão exclusiva do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de uniformizar a jurisprudência, insuscetível de controle externo, e, portanto, questionável.

Tal celeuma também é ventilada na Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, tendo em vista a alegação de que o Supremo está fazendo uso indevido desses instrumentos, gerando, inclusive, diversas contradições normativas.⁴²

Por este motivo, conforme exposto acima, se cogita a hipótese do denominado controle fraco de constitucionalidade, com objetivo de dirigir o assunto decido pelo Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional, para que este órgão, legítimo e representativo, ratifique ou reprove a decisão tomada pelo órgão Judicial, afastando, no segundo caso, sua incidência do mundo jurídico.

Aliado a este fato, é válida a observação oportunamente arguida por Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto⁴³, ao afirmar que os magistrados no desempenho de suas funções não são absolutamente neutros “afinal, os juízes estão inseridos na sociedade e, em geral, comungam dos seus valores hegemônicos, que nem sempre são prestigiados na esfera da política parlamentar, em razão das inúmeras vicissitudes que esta apresenta”.

Em que pese às críticas à proposta, não se trata de um delírio desmotivado dos membros do parlamento. Conforme outrora explanado, este modelo de controle é utilizado em outros países, como por exemplo, no Canadá. É, na verdade, uma forma de controlar a atuação do órgão judicial e tornar legítimas as decisões por ele tomadas, caminhando, desta maneira, rumo à democracia participativa.

Merece também atenção a afirmativa de que ao Supremo Tribunal Federal cabe a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição da República. Como dito anteriormente, as decisões do STF, acobertada pela coisa julgada, observa a cláusula *rebus sic stantibus*. Nada impede que a

41 DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. (2011) op.cit. p. 316.

42 FONTENELE, Nazareno, (2011) op.cit. p. 6.

43 SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza, (2011) op.cit. p. 134.

situação fática que fundamentou a decisão proferida pelo órgão constitucional seja alterada.

Ademais, além da situação fática, pode ainda ocorrer a mudança de opinião do próprio julgador ou até mesmo a renovação da composição da corte e, manter uma norma que diverge com a atual interpretação daqueles que são responsáveis por atualizá-la é uma afronta a democracia.

Além disso, não é apenas o Poder Judiciário legitimado a promover a interpretação constitucional. Todos aqueles que vivem a constituição, conforme acima referido, são intérpretes de suas normas, e, mais uma vez vale o registro de que isto é algo louvável, pois, o ideal é que haja interpretações diversas expostas para que se busque a melhor delas, e dessa forma, assegurar os direitos previstos pela Constituição de forma efetiva.

Vale o registro de que muitas vezes essa atuação contramajoritária pode se dar contra os interesses da minoria que, conforme fundamentam os adeptos da atuação, deveria ser respaldada. Este argumento mostra que, embora com boas intenções, um magistrado também pode ir de encontro às pretensões que deveria proteger, até porque, como dito acima, juízes também estão sujeitos ao erro.

Essa falibilidade judicial também pode ocorrer por questões técnicas. A intervenção judicial na competência de outros Poderes pode acarretar o mesmo prejuízo ora alegado em casos que demandem algum conhecimento específico diferente do jurídico, do qual os julgadores são dotados. Neste caso, mais uma vez, pode o Poder Judiciário ir de encontro aos interesses que deveriam ser resguardados, embora com boas intenções.

4.2. A REPRESENTATIVIDADE E A COMPOSIÇÃO

A esse respeito, também merece destaque a forma de compor a Corte Constitucional e o exercício dos seus mandatos, pois, embora previstos na Constituição, mostram-se pouco democráticos.

Não é por menos que os membros do Poder Legislativo suscitaram a necessidade de alterar a forma de compor aquela Corte, por diversas vezes, através de Projetos de Emendas Constitucionais, sob a justificativa de buscar uma forma democraticamente moderna de compor aquela Corte Suprema.⁴⁴

44 LIMA, Francisco Gerson Marques de. apud PEDRA, Adriano Sant'Ana e TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha, Legitimidade Democrática Da Jurisdição Constitucional: Uma Análise A Partir Da Morfologia Do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4087.pdf>.

Conforme dispõe o texto constitucional, os Ministros são escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo e submetidos a uma sabatina, com o objetivo de aferir o grau de conhecimento jurídico do escolhido. Ora, permitir que as escolhas sejam efetuadas pelo Presidente da República (Chefe do Executivo) é dar-lhe uma carta branca para que faça prevalecer seus interesses, principalmente os políticos, através do exercício judicial desempenhado pelos Ministros por ele indicados.

Nesse sentido, caminha o entendimento veiculado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, em texto elaborado por Anamatra:

"Tal modelo de nomeação está em descompasso com os princípios democráticos e com o ideal republicano porque não reflete adequadamente o sistema de freios e contrapesos informador da relação entre os Poderes da República, que deve ser de independência e harmonia. A lamentável prática de utilização de critérios exclusivamente políticos para escolha dos Ministros daquela Corte pelo Presidente da República e a incompreensível atuação meramente homologatória dos Senadores da República nas chamadas "sabatinas" dos candidatos comprometem seriamente a idéia de imparcialidade da magistratura e ensejam inconveniente partidarização do STF." ⁴⁵

Aliado a este fato, a mencionada sabatina promovida por Senadores tem o objetivo de conhecer as opiniões jurídicas dos ministros indicados, bem como, fatos de sua vida e conseqüentemente decidir por aprovar ou não sua indicação.

Ora, manifestar-se acerca de questões jurídicas relevantes e a fatos pregressos de sua vida não atesta o notável saber jurídico de qualquer pessoa. Não é por menos que, no Supremo Tribunal Federal brasileiro, um médico já exerceu cargo de Ministro.⁴⁶

Após ser nomeado como Ministro do Supremo Tribunal Federal, o escolhido tem privilégios como mandato vitalício, até que seja aposentado do cargo compulsoriamente aos 70 anos de idade. O exercício de poder vitalício retoma aos tempos da monarquia. A forma de governo adotada atualmente é a república, que pressupõe a alternância no Poder e não mo-

45 ANAMATRA. *apud* PEDRA, Adriano Sant'Ana e TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha, (2010) op.cit. p. 9

46 CARDOSO, Antonio Pessoa. **Ministros não são juízes**. Disponível em: http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=1511. Acessado em 02.10.2013.

nopólio nas mãos de uma só. Todavia, tal mudança ainda não repercutiu no Judiciário.⁴⁷

Há ainda aqueles que defendem a atual forma de compor e exercer o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Por sinal, são vitoriosos em suas opiniões acerca do assunto, tendo em vista que já foram propostas dezenas de Projetos de Emenda Constitucional com objetivo de alterar o artigo 101 da Constituição, entretanto, todas elas sem sucesso.

Autores tradicionais, como Alexandre Freire⁴⁸, afirmam que o problema com a atuação do Supremo Tribunal Federal não tem relação com a sua composição, mas sim com a performance desenvolvida pelos outros Poderes. Indo além, afirma que o modelo adotado está de acordo com a tradição republicana e presidencialista brasileira.

De fato, considera-se correta a primeira afirmativa do autor supramencionado, mas, de resto, não lhe assiste absoluta razão. A atuação positiva da Corte Suprema Brasileira decorre da inércia de atuação dos demais Poderes e a simples alteração na forma de compor o órgão Judicial não mudará este fato.

O que se pretende não é retirar a atribuição do Supremo Tribunal Federal, que atualmente se mostra, inclusive, necessária, nem sequer provocar a atuação dos demais Poderes, mas sim, tornar legítima e representativa esta atuação desempenhada pela Corte Judicial.

4.3. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 324/09

Visando uma legitimação política ao Supremo Tribunal Federal, inúmeras Propostas de Emenda a Constituição foram elaboradas. Dentre elas, pode-se destacar a Proposta de Emenda à Constituição nº. 324/09, criada pelo Deputado Flávio Dino, para a substituição a redação do artigo 101 da Constituição Federal.

O projeto estabelece formas mais próximas de uma composição representativa do Supremo Tribunal Federal, de modo a possibilitar que outros órgãos influam na escolha dos Ministros da Corte Suprema, como, por exemplo, a própria Câmara dos Deputados, o CNJ, o CNMP e Faculdades de Direito que mantenham programa de doutorado por mais de dez anos.

47 MAUS, *apud* DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. (2011) op.cit. p. 319.

48 FREIRE, Alexandre. **O procedimento de escolha dos ministros do STF e as propostas de mudanças na forma de recrutamento.** Disponível em <http://www.blogsoestado.com/alexandrefreire/2009/03/16/o-procedimento-de-escolha-dos-ministros-do-supremo-tribunal-federal-e-as-propostas-de-mudanca-na-forma-de-recrutamento/>. Acessado em 27.05.2013.

Vale ressaltar que esta não é a primeira nem a última proposta de emenda com objetivo de alterar o texto do artigo 101 da Constituição. Diversos Deputados e Senadores elaboraram propostas nesse mesmo sentido, objetivando maior participação de outros órgãos na escolha, de modo a tornar tanto a escolha, quanto o próprio Tribunal mais próximo da política, tendo em vista as decisões marcadas pela interferência do Supremo Tribunal Federal nas atribuições do Poder Legislativo.⁴⁹

O fato é que, dentre as propostas elaboradas, esta aparenta ser a que mais se aproxima de uma composição democrática, tanto na forma de escolha, quanto no desempenho da função. A presente proposta tem por fim acabar com os mandatos vitalícios dos membros do STF, pelos fundamentos explanados acima sobre a necessidade de alternância de Poder.⁵⁰

Entende-se, então, que, mais uma vez se observa a intenção de não afastar do Supremo Tribunal Federal a atribuição de aplicar o direito, interferindo positivamente em questões políticas, mas sim tornar o órgão representativo e legítimo, para que não haja quaisquer alegações de violação à democracia ou ausência de representatividade popular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode negar que a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal está longe de se tornar uma questão pacífica. Além da “guerra” traçada entre o direito e a política, há também uma densa batalha dentro de cada uma das ciências, sustentando sua aplicabilidade ou seu afastamento, mas ambos os lados visando à democracia.

Esta intitulada “guerra”, entretanto, é louvável, tendo em vista que sua vitória significa uma verdadeira evolução no atual conceito democrático, de forma que, independente do resultado, ambos os lados serão vencedores.

O fato é que, todos os argumentos ventilados pelas partes litigantes são válidos e convincentes. O simples fato de o Brasil ter iniciado essa judicialização constitucional já provocou fortes mudanças e, caso se entenda que a função contramajoritária é nociva à democracia, fica o Poder Legislativo encarregado de atuar efetivamente para desempenhar legitimamente a função que retomou do Judiciário.

49 DINO, Flávio. **Projeto de Emenda Constitucional 342/2009**. p. 4. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=645075&filename=Avulso+-PEC+342/2009. Acessado em 25.05.2013.

50 *Ibidem*, p. 4.

Por outro lado, se o entendimento for contrário, ou seja, sendo democrático e legítimo o exercício da função contramajoritária, fica também o legislador vinculado a um devido exercício, para que se evite a necessidade dessa atuação judicial, devendo ocorrer de forma excepcional.

Contudo, o assunto está distante de ser pacificado no momento atual. Por isso, algumas observações referentes à supracitada jurisdição constitucional devem ser ventiladas.

Corroborando com os argumentos positivos à contramajoritariedade, pode-se dizer que cabe verdadeiramente ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição da República. Sua atuação a favor dos grupos minoritários e de encontro às eventuais maiorias legislativas é, por todos os argumentos que foram expostos, legítimo e democrático. Entretanto, sua aplicação deve ocorrer em hipóteses ímpares, excepcionais. Isso porque esta atuação como "legislador positivo" se funda principalmente na crise institucional em que vivem os Poderes Executivo e Legislativo.

Valendo ressaltar que as normas elaboradas pelo Poder Legislativo são revestidas de presunção de constitucionalidade e o desrespeito a esta presunção acarretaria violação à separação dos Poderes.

Apesar da atuação defasada destes Poderes políticos, incorporar a função legiferante à competência Judicial não é a forma devida de solucionar o problema de defasagem legislativa. Deveras, atribuir mais poderes ao Supremo Tribunal Federal seria torná-lo um "super Poder" e isso acarretaria violação a princípios constitucionais e à própria Constituição, que é precisa ao dispor em seu artigo 2º que os três Poderes são independentes e harmônicos entre si.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, embora seja guardião da Constituição, não é o único legitimado a interpretá-la. Todos aqueles que vivem a Constituição são legitimados para interpretá-la, conforme citado anteriormente. Este argumento também vai de encontro à afirmativa de que a última palavra interpretativa cabe à Corte Suprema.

Aderir absolutamente aos argumentos ventilados por aqueles que defendem uma completa aniquilação das atuações contramajoritárias, também pode violar a democracia. Se não fosse dessa forma, até então não teriam sido reconhecidos direitos como o da união homoafetiva ou das cotas raciais para ingresso nas universidades.

Para preservar a harmonia entre os Poderes e sua separação, seria desejável que não houvesse essa invasão de competência por parte do Judiciário na esfera legislativa, e dessa forma não seria se existisse um real comprometimento por aqueles que representam o povo. Comprome-

timento este, inclusive cobrado recentemente pelos cidadãos através das manifestações que ocorreram em todo o País.

Por tais razões, é correto afirmar que a atuação contramajoritária é um “mal-necessário” à democracia, pois, sem ela muitos direitos fundamentais continuariam sem eficácia em razão da precariedade legislativa. E, como todo mal deve ser afastado, a primeira constatação que se deve fazer é a de que a última palavra sobre a interpretação da Constituição não cabe ao Supremo Tribunal Federal, embora seja seu guardião.

Deve-se fomentar a abertura aos diálogos institucionais, valorizando a participação de outros Poderes quando se trata de interpretação constitucional.

Na verdade, atualmente, já há uma grande tendência para diálogos mais ricos. É possível observar uma evolução através do considerável número de legitimados ativos que hoje são capazes de propor as ações de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

Além disso, ratifica o argumento a possibilidade da participação do *amicus curiae* nos julgamentos de algumas demandas. Por derradeiro, e, não menos importante, pode-se também destacar as audiências públicas, que vem sendo cada vez mais utilizadas pela Corte Constitucional brasileira, tornando seus julgamentos cada vez mais democráticos e legítimos.

Não há como negar que o legislador é também competente para interpretar a Constituição. Em que pese essa capacidade, este não fica vinculado ao que fora decidido pela Corte Suprema em suas decisões, sendo, portanto, capaz de editar normas com conteúdo diverso ou contrário ao que foi compreendido pelo Supremo.

Na mesma linha de raciocínio, pode ainda criar emendas constitucionais capazes de superar as decisões da corte.

Desta feita, mostra-se indevida a tentativa do Poder legislativo de tentar reaver seu prestígio social por meio da Proposta de Emenda à Constituição 33/2013, em razão de seu inegável Poder Reformador. Não é retirando Poderes do Supremo Tribunal Federal que o Legislativo retomará sua credibilidade. Isso porque a atuação Judicial ocorre, na maioria das vezes, por causa das omissões legislativas. Submeter as decisões de inconstitucionalidade ao Congresso Nacional apenas retiraria a confiança das decisões judiciais, gerando insegurança jurídica e aumentaria as atribuições legislativas, que, da forma que se encontram, já “sufocam” as instâncias políticas brasileiras. Ademais, diminuir a credibilidade do Supremo Tribunal Federal comprometeria a democracia.

De outra face, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal seja cauteloso ao desenvolver seu papel contramajoritário. Já que sua atuação exacerbada também é capaz de ferir a Separação de Poderes. As normas elaboradas pelo Poder Legislativo tem presunção de constitucionalidade, e isso significa que na dúvida o judiciário deve as declarar constitucional.

Nesse sentido, pode-se concluir que a presunção de constitucionalidade é um instrumento de limitação judicial pelo qual o próprio judiciário evita se imiscuir numa esfera de competência do poder legislativo.

O ideal seria que os dois Poderes caminhassem lado a lado, já que ambos são intérpretes da Constituição, e não entes rivais. Conflitos de opiniões são sempre desejáveis, desde que bem direcionados ao fortalecimento da democracia participativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade** do Direito Brasileiro. 6ª edição: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 3ª edição, Saraiva: 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Revista de Direito do Estado**. nº 13, Renovar, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado ano 4, nº:13:211-247, Renovar, 2009.

BINENBJON, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. 3ª edição: Renovar, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **O Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Livraria Almedina, Coimbra. 3ª Ed. 1998.

CARDOSO, Antonio Pessoa. **Ministros não são juízes**. Disponível em: http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=1511. Acessado em 02.10.2013.

COELHO, André. **Formalismo Jurídico, um guia para os perplexos**. Disponível em <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2009/09/formalismo-juridico-um-guia-para-os.html>. Acessado em 09.10.2013.

Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum** compacto Ridel, 2011, 2ª edição.

CUNHA, Vieira. **Projeto de Emenda Constitucional 33/2011**. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=VTS+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Processo Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011;

DINO, Flávio. **Projeto de Emenda Constitucional 342/2009**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=645075&filename=Avulso+-PEC+342/2009. Acessado em 25.05.2013.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Vieira de. **Ecoss do realismo no Supremo Tribunal Federal?**, Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6934. Acessado em 09.10.2013.

FONTENELES, Nazareno, **Projeto de Emenda Constitucional 33/2011**, Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7BD-59F1B5C34D680C6A0B10780853B6A.node1?codteor=885456&filename=Avulso+-PEC+33/2011. Acessado em 25.03.2013.

FREIRE, Alexandre. **O procedimento de escolha dos ministros do STF e as propostas de mudanças na forma de recrutamento**. Disponível em <http://www.blogsoestado.com/alexandrefreire/2009/03/16/o-procedimento-de-escolha-dos-ministros-do-supremo-tribunal-federal-e-as-propostas-de-mudanca-na-forma-de-recrutamento/>

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Tempo Brasileiro, 2003, Rio de Janeiro. Tradução Flávio Beno Siebeneichler – UGF.

HÄBERLE, Peter, **Hermenêutica Constitucional, Die Offene Gesellschaft der verfassungsgesellschaft**, tradução de MENDES, Gilmar Ferreira. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição, Die normative krast der versassung**, tradução de MENDES, Gilmar Ferreira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

LANDIM, Paes. **Projeto de Emenda Constitucional 33/2011**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1072783&filename=VTS+1+CCJC+%3D%3E+PEC+33/2011. Acessado em 25 de março de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 7ª edição: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**, Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acessado em 22.05.2013.

MENDONÇA, Eduardo. **A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política**. Revista de Direito do Estado ano 4, nº:13:211-247, Renovar, 2009.

PEDRA, Adriano Sant'Ana e TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha, **Legitimidade Democrática Da Jurisdição Constitucional: Uma Análise A Partir Da Morfologia Do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4087.pdf>.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da "Última Palavra" e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial**. Juspodvm. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo **250** (2009): 197-227. Disponível em http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf. Acessado em 25 de março de 2013.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA O HERMENEUTA E SUA CORRELAÇÃO COM O MINIMALISMO PENAL.

Ricardo Fernandes Maia

Ricardo Fernandes Maia, Mestre em Direito pela UNIPAC, Juiz de Fora, Minas Gerais, Professor do Curso de Direito da UNIFOA em Volta Redonda e da FAA em Valença.

RESUMO

A evolução do positivismo jurídico que focava a lei como o discurso legitimador do Direito para o pós-positivismo representou uma mudança de paradigma uma vez que neste modelo os princípios surgem com força normativa, neste diapasão, destaca-se a dignidade da pessoa humana como o novo discurso legitimador do Direito. Em total harmonia com os ideais da dignidade da pessoa humana destaca-se o minimalismo penal e sua principiologia voltada para a proteção da pessoa humana no contexto do Direito Penal. Os princípios minimalistas de Direito Penal, com previsão normativa constitucional representam institutos protetores dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, visa o trabalho a demonstração desta correlação entre os princípios minimalistas e a dignidade da pessoa humana, princípio e fim da aventura do Direito.

Palavras-chave: dignidade, minimalismo, princípios.

SUMÁRIO

1. O princípio da dignidade da pessoa humana como norte para o hermenauta e sua correlação com o minimalismo penal. 1.1. Análise da dignidade da pessoa humana sob o olhar filosófico. 2. O Minimalismo penal e sua principiologia. 2.1. Princípios minimalistas. 2.2. Princípio da intervenção mínima. 2.3. Princípio da lesividade. 2.4. Princípio da adequação social. 2.5. Princípio da fragmentariedade. 2.6. Princípio da insignificância. 2.7. Princípio da proporcionalidade. 3. Conclusão.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO NORTE PARA O HERMENEUTA E SUA CORRELAÇÃO COM O MINIMALISMO PENAL.

Como forma de aprofundamento teórico voltado para a investigação da principiologia minimalista, torna-se necessário neste momento, extrapolarmos os velhos conceitos insculpidos nos princípios penais para buscarmos um novo horizonte no âmbito do Direito Constitucional, em especial, na grandiosidade do princípio da dignidade da pessoa humana, não com a intenção de reduzir a importância dos ideais minimalistas, mas para estabelecer uma correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra alguns obstáculos no âmbito conceitual, tendo em vista o seu ilimitado universo de abrangência, no entanto é possível visualizar inúmeras situações onde este princípio é frontalmente violado.

"Contudo, antes de mais, é importante referir que a dignidade da pessoa humana, sendo ainda hoje um conceito impreciso e vago, que não implica uma concepção rígida e inflexível, mas sim, um conceito ativo, dinâmico, evolucionista e a-histórico". (MATOS, 2009, p. 84). Trata-se, portanto, de um conceito que varia consoante as sociedades, em função da história, constituindo a marca evidente de um Estado Democrático de Direito de uma sociedade política e culturalmente estruturada, própria dos ordenamentos jurídicos evoluídos. Historicamente o Cristianismo conduziu à ideia de que todos os homens, sem exceção, são dotados de um valor intrínseco, não podendo ser transformados em meros objetos ou instrumentos. Tais ideias interrompem aqueles velhos conceitos de superioridade em razão de um estatuto social estabelecido. Para o cristianismo o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus⁵¹. "Não só o homem cristão, mas também todos os homens sem qualquer discriminação". (MATOS, 2009, p. 85).

O legislador constituinte de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana no Título II, entre os direitos e garantias fundamentais, inseridos no rol do art. 5º, como se sabe, a opção do constituinte foi considerá-lo, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º.

51 Gênesis, cap. 1, v. 26; "Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves do céu, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra. E criou Deus a sua imagem; à imagem de Deus os criou; macho e fêmea os criou".

De toda sorte, é interessante observar que todas as normas constitucionais guardam uma louvável unidade de sentido e propósito. Em todos os níveis da vida social, do público, do público ao privado, na atuação do Estado em geral, na economia e na vida familiar, a dignidade da pessoa humana repete-se como valor fundamental, e concretiza-se, dentre outros aspectos, ao se assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais. (BARCELLOS, 2002, p. 167).

É bem verdade que a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como o fim a ser alcançado pelo Estado em todas as suas atividades, pois este não é um fim em si mesmo, mas um meio para a concretização do respeito e da defesa do ser humano.

O objetivo principal da inserção do princípio em tela na Constituição foi fazer com que a pessoa seja o “fundamento e fim da sociedade”, porque não pode sê-lo o Estado que é um meio e não o fim, e um meio que deve ter como finalidade, dentre outras, a preservação da dignidade do Homem. (TAVARES, 2013, p. 436).

Em Portugal, este princípio encontra-se proclamado no art.1º da Constituição⁵², do qual resulta a dignidade da pessoa como valor em que se funda a República, sendo que se verifica a sua elevação “a trave mestra de sustentação e legitimação da República, e da respectiva compreensão da organização do poder político, ou seja, é um princípio reconhecido como uma das bases ou fundamentos da República”. (MATOS, 2009, p. 83).

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de um *homo noumenon* justificará a conformação constitucional

52 A redação do art. 1º da Constituição da República Portuguesa é a seguinte: “Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte e a prisão perpétua. (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Uma vez verificada no plano sistemático a inclusão da dignidade da pessoa humana no texto Constitucional, torna-se necessário neste momento uma investigação, na medida do possível, sobre o seu real significado.

“O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”. (BARROSO, 2009, p. 336). Ou seja, podemos afirmar que somente o fato da própria existência do ser o faz digno de proteção no que diz respeito aos direitos inerentes à sua dignidade, assim sendo, quando falamos em proteção da dignidade da pessoa humana nos dirigimos ao ser humano, superando a intolerância, a discriminação social e a incapacidade de compreender os posicionamentos diversos. “A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência”. (BARROSO, 2009, p. 336).

Cumprido ressaltar que ainda que se busque uma conceituação da dignidade da pessoa humana, o maior desafio se verificará quando da análise do âmbito de proteção desta dignidade, isso porque, quando se trata de dignidade da pessoa humana, diferentemente das normas legais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas, sim de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano. “Não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”. (SARLET, 2011, p. 50).

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, incluindo-se não somente o direito à vida, mas também o direito a uma “vida digna”, a liberdade em todos os seus níveis, a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, a saúde, o bem estar, o direito a educação e a cultura, o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante por agentes públicos entre muitos outros. É importante salientar que o ser humano não escolhe se quer ou não quer ter dignidade. Trata-se de um bem que não pode ser cerceado.

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não

podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana'. (SILVA, 2002, p. 105).

É importante afirmar, que a maioria das normas constitucionais que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana assume a estrutura de normas princípios. Assim sendo podemos concluir que quanto mais fundamentais forem os bens tutelados por estas normas-princípios mais consistentes deveram ser a efetividade jurídica a eles atribuída, como forma de se buscar a máxima proteção da dignidade da pessoa humana.

A distribuição geral das modalidades de eficácia jurídica apresenta uma lógica própria, relacionada com a fundamentalidade do comando jurídico. Quanto mais fundamentais forem as circunstâncias reguladas e os efeitos pretendidos pela norma, mais consistentes deverão ser as modalidades de eficácia jurídica a ela atribuída, de modo que o efeito pretendido e a eficácia jurídica se aproximem o máximo possível. (BARCELLOS, 2002, p. 202).

Várias destas normas-princípios que tratam dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana encontram-se dispostas no art. 5º da Constituição Federal, que elenca os direitos e garantias fundamentais. Cumpre ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana precede a todos os demais princípios, uma vez que dele se depreendem todos os direitos, na medida em que são necessários para que o homem desenvolva sua personalidade integralmente.

Ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana. Ou seja, mesmo que não esteja expresso nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo "dignidade da pessoa humana", sua ideia poderá ser compreendida como presente. Assim, e como ocorrência, em um segundo nível, de uma parcialidade do princípio da consubstancialidade, tem-se que, mesmo quando ocorrente a dignidade do Homem no significado de determinado direito fundamental, essa presença poderá ser mínima, atendendo-se a não absolutização desta parcialidade. (TAVARES, 2013, p. 447).

Vale registrar que com a evolução para o pós-positivismo, os princípios conquistaram o *status* de normas jurídicas, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, sem aplicação direta e imediata pelo julgador.

De fato, do ponto de vista filosófico, o Direito Constitucional vive, igualmente, um momento de elevação, trata-se do pós-positivismo.

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele a discussão ética volta ao Direito. (BARROSO, 2009, p. 344).

A expressão identifica um conjunto de ideias que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista. "O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas sim como uma superação do conhecimento convencional". (BARROSO, 2009, p. 328). Não se trata propriamente do abandono da lei, mas da ascensão de ideias como justiça, igualdade, dignidade e liberdade, retomando a discussão ética do Direito.

Uma característica fundamental do pós-positivismo, como se pode observar, é a normatização dos princípios. A distinção entre princípios e regras fundava-se sobre o critério da generalidade. "Normalmente as regras contêm um relato mais objetivo, com a incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações". (BARROSO, 2009, p. 352).

Atualmente, todavia, observa-se uma distinção qualitativa entre regras e princípios. Tal distinção veio a se tornar indispensável para a superação do positivismo legalista. A Constituição passa a ser entendida como um sistema aberto de princípios e regras, suscetível a valores encontrados fora do texto normativo, no qual as ideias de justiça e realização dos direitos inerente à dignidade da pessoa humana desempenham o papel principal.

Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são fins públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma

conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos. (BARROSO, 2009, p. 355).

Não podemos deixar de afirmar que os princípios são muito mais abrangentes do que as regras, até porque, nua natureza permite uma amplitude dimensional não visualizada nestas últimas.

Os princípios teriam ainda virtudes multifuncionais, diferentemente das regras. Os princípios, nessa linha, desempenhariam uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio mais amplo. (MENDES, 2013, p. 72).

Trazendo nosso estudo sobre dignidade da pessoa humana para o cerne do nosso tema, é possível destacar vários princípios constitucionais, consagradores e protetores da dignidade da pessoa humana que possuem cunho minimalista. Vale ressaltar, que o Direito Constitucional, o Direito Processual Penal e o Direito Penal estão intimamente ligados e fomentam estudos e debates, pelas implicações e importância que possuem, em especial para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal visa a tutela dos bens jurídicos fundamentais, assim sendo, tende à busca da proteção dos bens definindo os crimes, penas e medidas de segurança a serem aplicadas aos infratores. Já o Direito Processual Penal surge como um conjunto de normas jurídicas que regulam o processo penal, não somente para instrumentalizar o Estado para a aplicação do *jus puniendi*, mas também para garantir ao réu a efetividade de seus direitos processuais. Quanto ao Direito Constitucional, "Podemos defini-lo como o ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado". (SILVA, 2002, p. 34).

Podemos apontar na Constituição Federal várias normas-princípios afetas ao processo penal que possuem o condão de guarnecer aspectos materiais da dignidade da pessoa humana. Dentre eles destacamos o princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, inciso LIV, que se traduz na obrigação de respeito a todas as formalidades legais para que haja

cerceamento da liberdade ou que para alguém seja privado de seus bens; o princípio da publicidade dos atos processuais, disposto no art. 5º LX que impõe a obrigatoriedade, salvo em casos excepcionalíssimos, de que todos os atos processuais sejam públicos, permitindo à sociedade a fiscalização destes atos; o contraditório e ampla defesa, ambos previstos no art. 5º, inciso LV que permitem ao acusado a oportunidade de ter conhecimento e desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público bem como o pleno exercício da defesa; a presunção de inocência com previsão no art. 5º, inciso XVIII que inverte o ônus da prova atribuindo ao Ministério Público a prova da autoria e materialidade do crime e não ao réu; o princípio do Juiz Natural, com previsão no art. 5º LIII que prevê que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente o que veda a criação de um tribunal de exceção para julgar casos específicos, dentre outros.

Da mesma maneira, no âmbito do Direito Penal podemos destacar na Constituição Federal várias normas-princípios que possuem o condão de garantir aspectos materiais da dignidade da pessoa humana. Dentre eles destacamos o princípio da legalidade com previsão no art. 5º inciso XXXIX impondo que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, consagrando-se desta maneira outros princípios derivados da legalidade como o princípio da reserva legal, o da anterioridade e o da taxatividade; o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, disposto no art. 5º inciso XL que afirma que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; o princípio da transcendência descrito no art. 5º inciso XLV que impõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, impedindo desta forma que outra pessoa sofra a pena em lugar do real autor da infração penal; o princípio da individualização da pena com previsão no art. 5º inciso XLVI que determina que a lei regulará a individualização da pena; o princípio da limitação das penas previsto no art. 5º XLVII disciplinando que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, dentre outros princípios.

É de realçar que, todo o ser é digno, seja criminoso ou santo, atleta ou doente, bom ou mau. Excluem-se não só este tipo de juízos para ferir a dignidade, como também estatutos econômicos, políticos, sociais ou religiosos. Todas essas valorações são alheias a este princípio, pois tratam-se de critérios pré-definidos, que não transformam um ser humano num ser mais ou menos merecedor de ter dignidade. (MATOS, 2009, p. 83).

Como uma forma de demonstrar esta correlação entre as normas-princípios dispostas no art. 5º da Constituição Federal com incidência na esfera do Direito Penal e o princípio da dignidade da pessoa humana passamos a análise do princípio da limitação das penas, disposto no art. 5º, inciso XLVII da nossa Carta Magna, que traz a seguinte redação:

XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

Como se percebe, a proibição de tais penas atende ao princípio da dignidade da pessoa humana à medida que respeita os limites corporais intrínsecos à estrutura do homem.

Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à quantidade e qualidade da pena. Este é o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das privativas de liberdade excessivamente extensas. Um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes. (FERRAJOLI, 2011, p. 318)

No que diz respeito às penas de morte e de caráter perpétuo, apesar do crescente clamor social para que tais penas possam ser erguidas no nosso ordenamento jurídico, a verdade é que, de acordo com o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. As vedações à pena de morte e a de caráter perpétuo se encontram definidas no Capítulo I do Título II da Constituição da República, que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, não poderia, em caso de reforma da Constituição Federal, sequer ser objeto de deliberação a proposta de emenda que tivesse a finalidade de trazê-las para o nosso ordenamento jurídico-penal.

Com relação à pena de trabalhos forçados, vale registrar que a Lei de Execução Penal determina a obrigatoriedade do trabalho para o condena-

do¹. O que a Constituição Federal quis foi vedar a imposição de trabalho humilhante ao condenado pela forma com que são executados. Não poderá nenhuma autoridade obrigar o condenado a trabalhar por meio do uso da coercibilidade, no entanto, caso o condenado se recuse a trabalhar, tal gesto o impede da concessão de vários benefícios penais, como a progressão do regime prisional, o livramento condicional e a remissão.

“O banimento era uma medida de política criminal que consistia na expulsão do território nacional de quem atentasse contra a ordem política interna ou a forma de governo estabelecida” (GRECO, 2011, p. 86). Com a vedação constitucional da pena de banimento, tornou-se possível conviver em sociedade com respeito à diversidade de pensamentos e opiniões, sem que os detentores do “poder” pudessem escolher o método mais fácil e rápido de colocar para fora do território nacional àqueles que por motivos diversos possuam pensamentos diferentes.

Quanto às penas cruéis, podemos concluir que se tratam do antônimo de pena racional. “Do princípio da humanidade deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa”. (ZAFFARONI, 2008, p. 157).

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador constituinte, de forma expressa, assegurou ao preso a obrigatoriedade ao respeito à sua integridade física e moral.

Neste momento, cumpre-nos fazer uma reflexão sobre a realidade dos estabelecimentos prisionais brasileiros e a dignidade da pessoa humana.

Primeiramente torna-se imperioso mostrar um contraste entre a previsão legislativa de várias garantias do indivíduo de não sofrer nenhum tipo de atentado quanto à sua dignidade e a real proteção desta dignidade no âmbito fático. A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso III estabelece que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante apontando para a vedação o abuso de autoridade estatal e o tratamento draconiano dos presos pelas autoridades públicas; no inciso XLVIII impõe que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado estabelecendo assim, uma face da individualização da execução da pena; no inciso XLIX afirma que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral,

¹ Lei 7.210/84 - Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

Lei 7.210/84 - Art. 39. Constituem deveres do condenado:

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

aspectos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana; no inciso L consagra às presidiárias a garantia de que serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, respeitando este momento materno onde se torna indispensável a permissão de tratamento especial à esta singular condição; no inciso XLV determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido, afirmando o princípio da intranscendência, ou pessoalidade da pena; no inciso XLVI impõe que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes; privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos, aqui verificação não somente a individualização da pena como também a limitação das penas; no inciso LXI afirma que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei vedando a arbitrariedade do ato da prisão em flagrante por parte das autoridades policiais; no inciso LXII impõe que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada permitindo assim uma fiscalização da legalidade do ato prisional não somente pelo juiz mas também pela família do preso; no inciso LXIII declara que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, permitindo-se assim que este venha a ter direito de se defender ainda na fase inquisitorial; o inciso LXIV permite ao preso o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial, permitindo-se assim a apuração posterior de possíveis atuações abusivas; no inciso LXV ordena que a prisão ilegal seja imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, dispondo um controle judiciário sobre a legalidade da prisão; no inciso LXVI afirma que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, impedindo a aplicação de prisões processuais desnecessárias; no inciso e no inciso LXVIII reconhece o direito ao "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, traduzindo-se em um remédio constitucional para a ilegalidade e o abuso de poder.

Como se vê, no âmbito constitucional não falta normas protetoras da dignidade da pessoa humana, neste ponto nossa Carta Magna merece ser de fato elogiada. No entanto, saindo do plano normativo e adentrando

no campo da efetividade destes direitos, deparamo-nos com um sistema prisional desacreditado frente às várias notícias que cotidianamente assistimos pelos meios de comunicação sobre o total desrespeito com a dignidade da pessoa humana, em especial pelo não cumprimento das normas princípios expostas acima.

Neste propósito, cumpre ressaltar que a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas) foi estabelecida em 10 de dezembro de 1984 e foi ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989. Constitui-se de 33 artigos, dentre os quais se destaca o artigo 16 com a seguinte redação:

Cada Estado Parte comprometer-se-á a impedir, em qualquer parte do território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que não equivalem a tortura, tal como definida no artigo 1º, quando tais atos forem cometidos por um funcionário público ou por outra pessoa no exercício de atribuições públicas, ou ainda por sua instigação ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações contidas nos artigos 10, 11, 12 e 13, substituindo-se as referências à tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes".²

Recentemente, ocorreu o julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos³, tendo em vista as Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴ a respeito do Brasil,

2 **Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.** Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Tortura>> Acesso em: 20 de outubro de 2012.

3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José (Costa Rica), cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos. Faz parte do chamado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. A Corte tem competência litigiosa para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos a que lhe seja submetida apreciação, sempre os Estados signatários reconheçam esta competência, por declaração ou convenções especiais. Basicamente conhece dos casos em que se alegue que um dos Estados-membros tenha violado um direito ou liberdade protegido pela Convenção, sendo necessário que se tenham esgotados os procedimentos previstos nesta.

4 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. Tem sua sede em Washington, D.C. A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo mandato surge com a Carta da OEA e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representando todos os países membros da OEA. Está integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal, os quais não representam nenhum país em particular, sendo eleitos pela Assembleia Geral. A Comissão tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e no exercício do seu mandato:

em especial a uma solicitude de medidas provisórias em favor dos internos da Casa de Detenção José Mario Alves conhecida como “Penitenciária Urso Branco”, localizada na cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, com o objetivo de evitar que continuasse a morrer internos na penitenciária.

A Comissão Interamericana relatou vários fatos violadores da dignidade da pessoa humana que foram expostos em sua solicitação de medidas provisórias, entre eles destacamos os seguintes: aproximadamente 60 internos se encontravam localizados em celas especiais - conhecidas como celas de “segurança”-, em virtude de que estavam reclusos por crimes considerados imorais pelos demais internos e se achavam em risco de sofrer atentados contra sua vida ou integridade física por parte dos outros reclusos. Em 1º de janeiro de 2002 as autoridades da Penitenciária Urso Branco realizaram uma realocação geral dos internos do estabelecimento, na qual realizaram as seguintes mudanças: aos internos que consideravam que punham em perigo a vida e a integridade de outros internos, os transferiram a umas celas localizadas fora dos pavilhões gerais; os aproximadamente 60 internos que se encontravam isolados em celas de “segurança” foram transferidos para as celas da população geral, Aproximadamente às 21:00 horas de esse mesmo dia, foi iniciado um “homicídio sistemático” dos internos que provinham das celas de “segurança”. Esses internos “gritaram pedindo ajuda aos agentes penitenciários, os quais não intervieram para evitar essas mortes”, Em 2 de janeiro de 2002 um “grupo de choque” da polícia de Rondônia entrou na penitenciária. O relatório da pessoa encarregada desta operação salientava que haviam sido encontrados 45 corpos de internos, “alguns deles decapitados, e com os braços e as pernas mutilados pelo uso de armas cortantes, e que outros haviam morrido em

a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção; b) Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando o considera conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico; c) Realizar visitas *in loco* aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembleia Geral. d) Estimular a consciência dos direitos humanos nos países da América. Além disso, realizar e publicar estudos sobre temas específicos como, por exemplo, sobre: medidas para assegurar maior independência do poder judiciário; atividades de grupos armados irregulares; a situação dos direitos humanos dos menores, das mulheres e dos povos indígenas. e) Realizar e participar de conferências e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários, organizações não governamentais, etc... para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos. f) Fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos. g) Requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes. Pode também solicitar que a Corte Interamericana requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte. h) Remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios. i) Solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana.

consequência de golpes desferidos com 'chunchos' (armas cortantes penetrantes fabricadas pelos reféns presos)".

Em 14 de março de 2002 a Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas cautelares com o objetivo de proteger a vida e a integridade pessoal dos internos da Penitenciária Urso Branco. Em resposta, a Corte Interamericana de Direitos Humanos requereu ao Brasil que adotasse todas as medidas que fossem necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na Penitenciária Urso Branco, sendo uma delas a apreensão das armas que se encontram em poder dos internos. Requereu também a investigação dos acontecimentos que motivam a adoção daquelas medidas provisórias com o objetivo de identificar os responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes. Ficou determinado o prazo de 15 dias contados a partir da notificação da Resolução para que o Brasil informasse à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas adotadas em cumprimento da mesma e apresentasse uma lista completa de todas as pessoas que se encontravam reclusas na Penitenciária Urso Branco e, ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações dentro do prazo de 15 dias a partir de seu recebimento.

Por fim requereu ao Estado a continuidade das informações à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada dois meses, sobre as medidas provisórias adotadas e que apresente listas atualizadas de todas as pessoas que se encontram reclusas na Penitenciária Urso Branco, de maneira que se identificasse as que seriam postas em liberdade e as que ingressassem a dito centro penal; e ademais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a ditos relatórios dentro do prazo de dois meses a partir de seu recebimento⁵.

O exemplo do ocorrido na Penitenciária Urso Branco nos traz uma profunda reflexão sobre o respeito à dignidade da pessoa humana e sua efetiva proteção nos dias atuais. Por mais abrangente que sejam as normas protetoras da dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional e internacional, os avanços não ocorrerão se os detentores do "poder" político e econômico não se colocarem na vanguarda da defesa da integridade do ser humano, assumindo posições, praticando atos, tendo comportamento consentâneo com a dignidade da pessoa humana. É necessária a adoção de uma política criminal voltada para a efetivação do princípio

5 KOSTER, Julia Impéria. Caso Presídio Urso Branco e a Corte Interamericana de Justiça – Direitos Humanos. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6784&revista_caderno=3 > Acesso em: 20 de novembro de 2012.

da dignidade da pessoa humana no que diz respeito ao sistema prisional brasileiro, buscando reformas no sentido de fazer com que a pena seja um instrumento de promoção da ressocialização e não somente seja vista em seu caráter retributivo.

Como vimos anteriormente, quanto mais fundamentais forem os bens tutelados por estas normas-princípios mais consistentes deveram ser a efetividade jurídica a eles atribuída, como forma de se buscar a máxima proteção da dignidade da pessoa humana, neste sentido torna-se imperioso afirmar que em se tratando de normas-princípios que visam à proteção da liberdade, tais princípios merecem uma proteção intensiva por parte dos julgadores, neste sentido a aplicação destas normas devem se dar na maneira mais ampla possível, visando sempre à humanização da aplicação da norma penal ao caso concreto. Assim sendo é possível concluir que a aplicação dos princípios minimalistas no tocante à aplicação das normas penais e processuais penais no sentido de buscar uma máxima efetividade das normas-princípios que cuidam de aspectos materiais da dignidade da pessoa humana surgem como um consectário da necessidade da busca da proteção aos valores existenciais mínimos afetos a dignidade do ser humano.

É um facto que o valor da dignidade da pessoa humana tem sido violentado ao longo dos tempos e, em acontecimentos mais pontuais que outrora, mas ainda bastante reais, existem hoje exemplos destas situações, tais como a tortura, a mutilação e a escravatura, sendo estas algumas das medidas inibidoras e redutoras do normal desenvolvimento do ser humano e que lhe tiram a dignidade. Não obstante situações como estas, de tão grande gravidade, conduziram, conduzem e conduzirão, ininterruptamente, ao nascimento de novas consciências, para que se prossiga não só com sonho de uma vida digna, mas, ao nascimento de novas consciências, para que se prossiga não só com o sonho de uma vida digna, mas, sobretudo, que todos os indivíduos atinjam, efetivamente, essa dignidade. (MATOS, 2009, p. 84).

Uma execução penal que prestigia de fato o princípio da dignidade da pessoa humana pauta-se, não só pela legalidade, mas pela preservação de todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória transitada em julgado, reconhecendo a cooperação dos organismos sociais na execução devendo-se desenvolver em ambientes que favoreçam a reinserção social do preso e justamente premiando a sua boa conduta, gradativamente apro-

ximando-o novamente da sociedade, aperfeiçoando-se a ressocialização. “Repосто o homem no mundo livre, deve ser intensificado um trabalho para que esse homem seja realmente livre nesse mundo livre, livrando-o da estigmatização criminal, enfatizando a sua transcendência, respeito e dignidade”. (PENTEADO, 2009, p. 905).

Como uma forma de demonstrar esta correlação entre as normas-princípios dispostas no art. 5º da Constituição Federal com incidência na esfera do Direito Processual Penal e o princípio da dignidade da pessoa humana passamos a análise do Princípio da Presunção de inocência, disposto no art. 5º, inciso XVIII da nossa Carta Magna, que traz a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

“O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, que vigorava desde o século XII”. (RANGEL, 2010, p. 25). Neste período o réu era visto como um objeto do processo e não como um sujeito de direitos, assim sendo surgiu a necessidade de proteção do cidadão contra a tirania vigente que queria a qualquer preço a condenação, presumindo-o como regra, culpado.

O aludido princípio surgiu como uma regra constitucional que inverte o ônus da prova para o Ministério Público, atribuindo a este a obrigação de provar a culpa do réu, concedendo, inclusive, o direito de não poder ser obrigado a produzir prova contra si. Desta maneira a proteção da dignidade da pessoa humana se mostra de maneira clara ao não permitir, por intermédio do princípio da presunção de inocência, incriminações temerárias, fazendo com que possíveis inocentes possam ser tratados como verdadeiros criminosos. Trata-se, portanto de um bom exemplo de uma norma-princípio que trata de um aspecto material da dignidade da pessoa humana no âmbito processual.

1.1. Análise da dignidade da pessoa humana sob o olhar filosófico

O olhar filosófico da dignidade da pessoa humana passa por uma recompreensão deste princípio, buscando aportes em uma hermenêutica filosófica que restabeleça uma nova visão do Direito, rediscutindo o lugar do homem e sua dignidade frente ao mundo, buscando o alcance da máxima efetividade e afirmação dos preceitos constitucionais protetores da dignidade da pessoa humana. Desta maneira a compreensão do homem e

seu real posicionamento frente ao universo promove uma reavaliação sobre o papel do Direito.

O Direito positivo consubstanciado no arcaico modelo positivista e legalista que supervalorizava o conjunto de normas legais para a solução dos problemas apresentados, ergue o legislador a um *status* fundamental, uma vez que sua produção jurídica acaba por traduzir uma sociedade pautada por leis e códigos. Ocorre que o Direito, nesta concepção passa a ocupar o papel de pautar a vida em sociedade, isto em razão de uma crescente necessidade de segurança jurídica, porém, neste sistema, as mudanças legislativas devem ser rapidamente levadas a cabo para atender os novos anseios sociais. "Na consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser frequente, tornando-se a praxe da época. Esta verdadeira cultura da mutabilidade do Direito corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do Direito". (MELLO, 2008, p. 20).

Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estabilidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão. (BARROSO, 2009, p. 325).

Dentro de uma ótica positivista, a interpretação do Direito é levada a cabo de forma mecanicista, metodológica, formalística através de um ultrapassado silogismo lógico-dedutivo. Nesse silogismo a premissa maior é a norma positivada, já a premissa menor é o fato que vai se adequar ao comando dado pela norma (premissa maior) e a conclusão, a afirmação da validade da norma por meio de sua aplicação ao caso concreto. "Para o positivismo de todos os matizes, o processo cognitivo de fundamentação jurídica fica reduzido ao processo silogístico-subjuntivo, ou seja, conclusões tautológicas tidas sempre como verdadeiras, a partir do conteúdo de suas premissas". (MELLO, 2008, p. 29)

Neste modelo, não existe outro direito que não seja o positivo, ou seja, que não esteja codificado, consubstanciado em uma lei. Ocorre que neste ponto o velho modelo positivista não consegue acompanhar as constantes e velozes modificações na sociedade e no pensamento coleti-

vo, o que enseja uma precariedade das normas em regular todos os fatos novos que possam vir a surgir em razão desta constante mutação. Cumprir ressaltar que o trabalho legislativo é complexo e lento, devendo seguir uma imensidão de formalidades, no entanto as mutações sociais ocorrem a todo instante, assim sendo, não há como o Direito acompanhar a sociedade de forma a atender prontamente seus anseios.

Podemos destacar ainda outro ponto negativo deste sistema que reside no fato de que em virtude do positivismo jurídico, o magistrado deve dizer o direito, supervalorizando a norma, de forma que a sua decisão não esteja pautada num juízo de valor, mas simplesmente em uma relação de subsunção.

Em virtude do positivismo jurídico, o magistrado deve dizer o direito de forma que a sua decisão não esteja pautada num juízo de valor, não lhe cabendo distinguir o bom do mau direito, o justo do injusto. Aqui se encontra um dos problemas mais tormentosos da teoria do direito: O problema de saber em que medida o juiz pode ou tem o poder de criar o direito, considerando a lei injusta. Para o positivismo jurídico, o magistrado deve estar o mais ortodoxamente possível vinculado à lei. (MELLO, 2008, p. 25).

Como se observa, o positivismo jurídico, com o passar do tempo, se apresenta fracassado, pois se mostra inapto para resolver aquelas questões complexas que dependem de um trabalho mental além da simples interpretação metodológica das leis positivadas.

Assim sendo, como reação filosófica, surge o pós-positivismo como uma nova teoria no tocante à normatividade dos princípios. Tal teoria visa dar aos princípios jurídicos um caráter normativo, e estes devem atuar como uma espécie de norma jurídica vinculante. O pós-positivismo tenta restabelecer uma relação entre Direito e Ética, pois busca materializar a relação entre valores, princípios, regras e a teoria dos direitos fundamentais e para isso, valoriza os princípios e sua inserção nos diversos textos constitucionais para que haja o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica. "O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como a superação do conhecimento. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade". (BARROSO, 2009, p. 328).

A verdade é que o Direito da segunda metade do século XX, já não suportava mais as ideias impostas pelo positivismo jurídico. O processo civilizatório não permitia mais uma aproximação tão absoluta entre o Di-

reito e a norma e a sua separação da ética. A humanidade aqui já possuía ambições não mais alcançadas por este modelo.

O grande mérito do pós-positivismo foi a promoção da migração da filosofia para o mundo jurídico dos valores compartilhados por toda a sociedade em dado momento e lugar, materializando-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente, porém, a novidade não está, simplesmente, na existência dos princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica, mas sim, no reconhecimento de sua normatividade.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico. Estes os papéis dos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; condicionar a atividade do intérprete. (BARROSO, 2009, p. 329).

Cumprido ressaltar, como visto acima, que além do aspecto normativo dos princípios estes servem como guia para o intérprete, uma vez que representam valores a serem buscados pelo operador do Direito. Assim, importante destacarmos o princípio da dignidade da pessoa humana não somente em seu caráter normativo, mas principalmente pelo fato de possuir o condão de servir como um norte para o hermenêuta. Desta maneira, podemos concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o fim a ser alcançado pelo intérprete dentro de uma ótica pós-positivista.

"O caráter normativo e, portanto, vinculante, da dignidade da pessoa humana, condição da qual decorrem importantes consequências diretamente ligadas ao problema de sua eficácia e efetividade". (SARLET, 2011, p. 90). A condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude e eficácia e, portanto, da plena vincularidade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa. A densidade jurídica da dignidade da pessoa humana, portanto, há de ser máxima reconhecendo-se como princípio supremo no que diz respeito à hierarquia das normas. "Há outros princípios que visam instituir direta e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhe atribuída uma densidade de autêntica

de norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa". (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

Pois bem, os princípios dentro de uma visão pós-positivista assumem um papel de normas, reconhecendo-se, portanto sua aplicabilidade imediata aos casos propostos, desempenhando também a importante função de servirem como guias para o intérprete. "Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento de garantias para os cidadãos é daí que os autores lhe chamem princípios em forma de normas jurídicas e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação". (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

Neste sentido importante realçar o princípio da dignidade da pessoa humana como o fim a ser atingido pelo intérprete, assim sendo, não deve mais o aplicador do Direito se servir única e exclusivamente das regras para a solução dos casos propostos, sua função vai muito mais além, deve por meio de uma compreensão do ser, dentro de uma realidade histórica e cultural, decidir o caso com o olhar apontado para a dignidade da pessoa humana. Desta maneira, o Direito passa a ser visto não como o único caminho a ser seguido pelo julgador, mas como mais um instrumento posto ao seu favor para decidir, que nem sempre será utilizado, somente naqueles casos onde a sua aplicabilidade se coadunar com os ideais apontados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Neste caminho hermenêutico, devemos observar que todos os princípios minimalistas de Direito Penal resplandecem aspectos materiais de proteção à dignidade da pessoa humana, possuindo com este uma íntima relação, devendo, portanto, representar um norte para o hermeneuta na compreensão do ser.

A dogmática penal deve se voltar para o ser humano, princípio, sujeito e fim dessa ciência: o direito penal começa por ser direito e, desse modo, ele também, por força do elementaríssimo princípio *dictum* de *omni*, existe para sermos felizes. Daria praticamente na mesma dizer, como alguns já o fizeram, que o direito penal existe para sermos racionais, para sermos livres, para defender nossa vida, nossa razão, nossa liberdade. Isso impõe-lhe a evidente limitação de considerar a pessoa humana, concretamente, e de respeitá-la na singularidade de sua existência histórica e irrepetível. (PENTEADO, 2009, p. 903).

De fato, o Direito Penal, em especial, no tocante à interpretação do caso penal, deve ter como foco principal a dignidade da pessoa humana, passando pela compreensão do ser em conformidade com a sua realidade

histórica, temporal e cultural. A relação do julgador se dá não com a lei simplesmente, mas com a pessoa humana que está sendo julgada, assim sendo, seu trabalho vai muito além de interpretar normas, pois deve ele compreender o ser humano, buscando a máxima efetivação da dignidade da pessoa humana, podendo para isso se servir dos princípios minimalistas de Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima.

Singular e irrepetível a conduta desse homem deve ser examinada concretamente, sem desprezar todas as condicionantes da mesma. A dogmática jurídico penal mais se aproximará do ideal de justiça a partir dessa postura de tratar não um homem médio – abstração que traz inúmeros problemas na aplicação das penas -, mas de um homem e de suas circunstâncias, eventualmente violador de uma norma criminal em um tempo determinado que, todavia, será apreciada e aplicada com uma significativa defasagem temporal, quando já, se tem um homem modificado pela dinâmica da vida e, por fim, concretizada no cumprimento da sanção, o que importa uma dilação ainda maior e, provavelmente, estar-se-á apenas um ser humano, cuja conduta precedente poderia ser reprovável, mas na atualidade executória penal aquela mesma sanção pode ser inútil e injusta. (PENTEADO, 2009, p. 903).

Ao colocarmos o ser humano no cerne das discussões a respeito da dignidade da pessoa humana, descortinamos um novo paradigma de fundamentação do Direito, pautado na dimensionalidade essencial da pessoa humana compreendida dentro de uma ótica histórica, temporal e culturalmente analisada. O estatuto legitimador do Direito não terá mais um cunho objetivista, mas sim a compreensão do ser humano sob um olhar filosófico direcionado à dignidade da pessoa humana, indo além, buscando o processo de formação ontológica do homem.

A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo Direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de a priori do conhecimento da ontologia como hermenêutica da facticidade, como analítica existencial. (MELLO, 2010, p. XXXII)

O positivismo legalista consagrou, na aplicação do Direito, uma relação entre o ser e o objeto. Estabelecia um julgamento ao contrapor as

regras legais e o sujeito violador destas regras. Ao esquecer a dignidade da pessoa humana em favor de um reducionismo legalista, manifestou-se ultrapassado.

O discurso legitimador do Direito não deve ser considerado o conjunto de regras positivadas, mas sim a dignidade da pessoa humana, manifesta na compreensão do ser, ou seja, este discurso legitimador vai muito além do ser, pois busca a sua compreensão dentro de sua realidade histórica e cultural. Não se trata de analisar somente seus limites existenciais, mas sim a sua essência.

Assim sendo, seguindo este entendimento, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada no âmbito da compreensão do ser inserido em sua realidade histórica, assim sendo a partir das circunstâncias do caso concreto, sempre que o indivíduo for considerado como objeto dentro de uma visão que valorize mais os textos legais, a sua dignidade será atingida. É nesse ponto que a doutrina e a jurisprudência possuem um papel relevante nesta mudança de postura. A noção de dignidade da pessoa humana vai se conformando, a partir do momento em que o direito passa a ser entendido a partir da compreensão do ser. A dignidade da pessoa humana está atrelada, portanto, aos direitos fundamentais.

Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra desrespeitado a vida, pela integridade psicofísica, moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam maculadas, estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana. (MELLO, 2010, p. XXXIII).

Por fim, o real sentido da dignidade da pessoa humana somente será descoberto se o operador do Direito buscar em seu fundamento originário, que se trata da compreensão do ser em sua essência em quanto ser humano que reflete seus potenciais no mundo histórico e cultural ao qual está inserido. Supera-se desta forma o velho paradigma da legalidade onde se refletia a lei sobre a pessoa. Em uma nova visão filosófica da hermenêutica, o ser humano assume o centro das discussões e a sua real compreensão enquanto ser no mundo passa a ser a busca do hermeneuta, que agora, livre do normativíssimo, buscará a solução para o caso com enfoque na compreensão do ser, perfazendo uma relação entre sujeito e sujeito, alinhando-se aos ideais do princípio da dignidade da pessoa huma-

na, onde os princípios minimalistas de Direito Penal poderão ser mais um instrumento posto ao seu alcance para a solução do caso.

Desta forma o pensamento jurídico objetificante será superado a partir da (re) fundamentação do Direito. O fundamento se dá a partir do ser-no-mundo. Mundo é a clareira do Ser, à qual o homem se ex-põe por sua Essência lançada. Na esfera jurídica, ao se pensar o Direito, deve-se pensar a questão da Verdade do Ser, ou seja, pensar o *humanitas* do *homo humanus*. É no pensamento da ec-sistência do Direito que se deixa de lado a obliteração e arbitrariedade do julgador. A concretização da dignidade da pessoa humana nesta perspectiva caminha na direção da Essência do Homem, isto é, na direção da Verdade do ser (o homem mais do que *animal rationale*). É, pois, o humanismo do Direito que pensa a humanidade do homem na proximidade do Ser. (MELLO, 2010, p. XXXIV).

2. O MINIMALISMO PENAL E SUA PRINCIPIOLOGIA.

O Minimalismo Penal trata-se de uma postura de política criminal, ou seja, de uma visão contextualizada dos acontecimentos sociais e políticos relacionados aos fenômenos criminais inspirados no princípio da intervenção mínima. O minimalismo penal possui suas origens no Iluminismo e traz consigo um pensamento de proteção aos bens jurídicos mais importantes, contudo, buscando a limitação ou minimalização do *ius puniendi* estatal.

O que é o Direito Penal Mínimo senão uma política criminal preocupada em limitar ao necessário o *ius puniendi* estatal, manuseando primeiramente outras formas jurídicas de controle que não no âmbito penal, bem como se valendo de outras formas penalizadoras que não apenas a privação da liberdade. (MELO, 2003, p.33).

Não podemos perder de vista que quando falamos em política criminal, devemos ter em mente um conjunto de valores e princípios incrustados no meio social que vão, de certa forma, influenciar um pensamento, um ideal, e, logicamente servir de base, *in casu*, para uma estruturação jurídico-penal. Quando analisamos os aspectos da criminalidade por um ângulo social não podemos deixar de mencionar a Criminologia que na atualidade trata-se "da disciplina que estuda as condutas humanas criminais sob os

aspectos biológicos, psíquicos e sociológicos, integrando tais aspectos, e agregando-lhes outros aportes". (COELHO, 2003, p. 144).

Desta forma podemos entender a Criminologia e o Direito Penal como ciências que, apesar de possuírem objetos distintos, não se separam mais sim, se completam a partir do momento que se entende que os fenômenos sociais analisados pela Criminologia vão servir de suporte para a construção do Direito Penal.

O Direito Penal se apresenta como um conjunto de normas jurídicas que definem condutas como delitos, associando-lhe penas ou medidas de segurança, representando um instrumento de controle social, protegendo os bens jurídicos. "Direito Penal substantivo ou material é sinônimo de direito penal objetivo, ou seja, conjunto de normas (princípios e regras) que se ocupam da definição das infrações penais e da imposição de suas consequências (penas ou medidas de segurança)". (ESTEFAN, 2010, p. 36).

Por sua vez, a Criminologia trata do estudo do crime como um fenômeno social não criando regras ou impondo penas, mas investigando sua gênese, suas causas, seus fundamentos, com o fim de descobrir meios de solucionar os problemas da criminalidade.

O objeto da criminologia é o estudo da criminalidade entendendo tal como o conjunto das ações e omissões puníveis dentro de um determinado âmbito temporal e espacial. A Criminologia tem também a missão de estudar quando o recurso ao Direito Penal e seus instrumentos de controle social será a melhor maneira de solucionar os problemas relativos à criminalidade.

Neste sentido compete à criminologia apontar quando a função do Direito Penal será puramente "simbólica", sem maior eficácia na solução dos problemas ou, inclusive, com efeitos contraproducentes ou "criminógenos", evitando assim, sua manipulação política ou que se despertem na população expectativas de evolução que não possam ser cumpridas dentro de uma realidade contextualizada. Pelo exposto, não podemos dizer que o objeto da criminologia seja somente o estudo científico ou empírico da criminalidade, tal como estavam sendo definida por meio dos ordenamentos jurídicos, em especial nas normas penais de cada país. Melhor dizendo, isso pode, certamente, ser afirmado, mas sempre que se diga ao mesmo tempo que a Criminologia também tem que se ocupar de muitos outros problemas que direta ou indiretamente estão relacionados

com a criminalidade, sua prevenção e seu controle. (CONDE, 2008, p. 11).

A "Criminologia Crítica" possui como centro de seus estudos os elementos sociais, políticos, culturais e históricos que circundam o cenário da vida em sociedade no que diz respeito aos acontecimentos de índole criminal, desviando o estudo das condutas criminais isoladas para os fenômenos relativos à criminalidade, visto, portanto, por um ângulo social, ou seja, não se trata mais da análise de casos separados, mas sim de um enfoque global que visualiza o problema da criminalidade como um fenômeno social devendo ser estudado em sentido geral, amplo, buscando as causas sociais, políticas e históricas da própria criminalidade. "A criminologia não deve ter por objeto apenas o crime e o criminoso como institucionalizados pelo direito positivo, mas deve questionar também os fatos mais relevantes, adotando uma postura filosófica". (MIRABETE, 2003, p. 31).

Nesse posicionamento, a que se deu o nome de Criminologia crítica, cabe questionar os fatos tais como a violação dos direitos fundamentais do homem, a infringência de castigos físicos e de torturas em países não democráticos; a prática de terrorismo e de guerrilhas; a corrupção política, econômica e administrativa, tudo isso, como afirma Lopez-Rey, como "expressão da decadência dos sistemas socioeconômicos e políticos, sejam quais forem suas etiquetas". (MIRABETE, 2003, p. 31)

À medida que o estudioso das ciências criminais começa a observar o crime não mais como um acontecimento isolado, ou seja, não mais buscando em acontecimentos individualizados a origem e as razões da criminalidade e sim começa a visualizar o crime como um fenômeno social, surge o entendimento de que é necessário adequar os dispositivos de Direito Penal à realidade social com a finalidade de que o Direito Penal venha a cumprir suas missões. Neste sentido, surgem os movimentos de política criminal. Podemos entender Política criminal como sendo o conjunto de princípios que vão orientar o profissional do Direito tanto na criação das leis quanto na sua aplicação ao caso concreto. Tais movimentos se dividem na atualidade em dois grandes seguimentos. De um lado, consagrando o modelo do Direito Penal Máximo, surge a corrente "punitivista" que apregoa a consagração de penas mais severas como solução dos problemas da criminalidade. Tais movimentos surgem da chamada "Criminologia Tradicional", que conserva seus estudos direcionados ao evento criminoso de maneira isolada, buscando-se identificar a gênese do crime, investigando

suas causas. Este posicionamento consagra uma postura de intervenção máxima do Direito Penal.

Ao contrário, o direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva, e, por sua vez, sua máxima certeza e incontrolabilidade. (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

De outro lado surge o movimento de política criminal, centro de nosso estudo, conhecido como "Minimalismo Penal", ligado à Criminologia Crítica que adota uma postura de intervenção mínima do Estado, ou seja, consagra o modelo do "Direito Penal Mínimo", tal pensamento prega uma interpretação humana das normas penais voltada para as garantias constitucionais em especial a dignidade da pessoa humana, a descriminalização bem como a mitigação das penas, entendendo que o Direito Penal deve atuar somente naqueles casos em que se mostre extremamente necessário, ou seja, limitando-se a um mínimo de condutas que não foram satisfatoriamente reguladas por outros ramos do Direito.

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexó profundo entre Garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis ou são imprevisíveis; apenas aquelas motivações por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a "verdade formal", inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que

subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros. (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

O mais festejado dos autores minimalistas é o italiano Luigi Ferrajoli, defensor do Direito Penal Mínimo, ou Direito Penal das Garantias que se convencionou chamar de "Garantismo Penal", cuja principiologia, de acordo com Ferrajoli, pode ser assim resumida:

Nulla poena sine crimine,
Nullum crimen sine lege,
Nulla lex sine necessitate,
Nulla necessitas sine iniuria,
Nulla iniuria sine actione,
Nulla actio sine culpa,
Nulla culpa sine iudicio,
Nullum iudicium sine accusatione,
Nulla accusatio sine probatione,
Nulla probatio sine defensione.
(FERRAJOLI, 2010, p. 102)

Visando uma intervenção mínima do Direito Penal por meio da criação das garantias postas à disposição dos particulares contra a tirania estatal, Ferrajoli idealizou a construção do Garantismo Penal segundo a utilização de vários fatores limitadores do direito de punir. De forma resumida, pois não temos por intenção nos aprofundar em sua dimensão, podemos traduzir sua principiologia pelas garantias expostas nos princípios de que não se pode atribuir uma pena a quem não praticou um crime, não se verifica o crime sem lei anterior que o defina, muito menos uma pena sem prévia cominação legal, nenhuma norma incriminadora existe se o fato não necessite realmente de ser incriminado, não havendo de fato uma lesão significativa a um bem jurídico não há que se falar em tipificação da conduta, não há que se falar em crime sem se verificar uma ação humana

direcionada neste sentido, não há ação a ser punida em Direito Penal se o agente não atuou ao menos com dolo ou culpa, não se pode falar em culpabilidade sem um devido processo legal, não há devido processo legal instaurado de ofício, não há devido processo legal sem contraditório ou ampla defesa onde o réu possa exercer livremente sua defesa e provar sua inocência, nenhuma prova pode ser admitida contra o réu se a este não for dada a possibilidade de contradizer e apresentar defesa.

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou extritorialidade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2010, p. 102)

Sobre esta dualidade existencial entre um modelo de Direito Penal máximo opressor e um Direito Penal mínimo garantista Luigi Ferrajoli marcou o traço diferenciador tendo como base os maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas estabelecidas.

Denomino a estes dois extremos “direito penal mínimo” e “direito penal máximo”, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas. (FERRAJOLI, 2010, p. 101).

Toda esta principiologia trabalhada por Ferrajoli encontrou amparo em nossa Constituição Federal de 1988, assim sendo podemos concluir que o nosso modelo de Direito Penal tende a se aproximar do Minimalismo Penal⁶.

6 CRFB - 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:

O pensamento Minimalista, como toda construção cultural e postura de política criminal se fundamenta em vários princípios basilares. Tais princípios estruturam a mentalidade intrínseca ao Direito Penal Mínimo lhe servindo como aportes. Entendemos que é justamente através da análise detalhada destes princípios que conseguiremos desvendar o cerne do estudo a respeito deste ideal de política criminal que deve, segundo o nosso entendimento, servir como o instrumento de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana que representa para nós um norte para o hermenêutica.

2.1. Princípios minimalistas

A análise pormenorizada dos mais importantes princípios minimalistas é essencial para o correto entendimento desta postura de política criminal. Todo o arcabouço pelo qual se sustenta esta ideologia se mostra de forma latente por meio da compreensão de sua rede de princípios e valores informadores. São princípios que devem estar presentes tanto na atividade legislativa, ou seja, no momento da criação das leis penais, como também

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

na atividade judiciária, por ocasião da aplicação da lei ao caso concreto por parte do magistrado, servindo para este como sustentáculo para a busca da dignidade da pessoa humana, consentânea com a Constituição Federal, em especial o Estado Democrático de Direito.

2.2. Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima se revela como um limitador do poder punitivo do Estado, uma vez que consagra que as normas de Direito Penal somente devem incidir sobre aquelas condutas que venham a ofender os bens jurídicos mais importantes da vida em sociedade. Não compete ao Direito Penal regular todas as atividades sociais que se revelem atentatórias, mas tão somente aquelas que se apresentem com maior grau de nocividade para a coletividade e em especial para os bens jurídicos. “O Direito penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados de maior importância”. (GRECO, 2011, p. 47).

O profissional do Direito deve ter em mente o pensamento de que dentre todos os instrumentos de controle social, o Direito Penal é aquele que possui os meios de coação mais fortes, mais violentos, uma vez que suas sanções incidem sobre a liberdade dos indivíduos, desta forma, o Direito Penal, numa perspectiva minimalista, deve atuar somente dentro daqueles conflitos sociais que se revelaram realmente carecedores de serem reprimidos de forma mais severa pelo Estado. Não queremos fazer com que o leitor pense que o Direito Penal represente um mal necessário, ao contrário, o Direito Penal é um bem necessário dentro da sociedade, responsável pelo equilíbrio das relações interindividuais e importante instrumento de controle social, que, utilizado de forma justa e equilibrada, seguindo os princípios irradiados pela nossa Carta Magna, se revela crucial para o Estado Democrático de Direito, porém, tal instrumento nas mãos da tirania representa uma verdadeira máquina de dominação como foi no império romano, na idade média e na idade moderna, o que é por nós repudiado.

O princípio da Intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem maior atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada des-criminalização. (GRECO, 2011, p. 47).

O princípio da intervenção mínima deve ter sua aplicação de forma marcante no momento da construção do Direito Penal, ocasião em que o legislador deve tipificar somente aquelas condutas realmente agressivas aos bens jurídicos mais importantes, bem como deve buscar a descriminalização daquelas condutas que, apesar de tipificadas em nossa legislação não mais mereçam ser tuteladas pelo Direito Penal por não mais se mostrarem tão agressivas a esses bens jurídicos relevantes. Mostra-se então uma nova função do Direito Penal, a de selecionar aquelas condutas que o Estado deve reprimir sob ameaça de aplicação da sanção penal.

A intervenção do Direito Penal nos conflitos sociais deve ser, portanto, mínima. Neste contexto, gostaríamos de chamar a atenção que como corolário do princípio da intervenção mínima surge o princípio da subsidiariedade ou princípio da "*ultima ratio*" do Direito Penal, que afirma que as normas de Direito Penal devem ter sua aplicação somente aos casos em que nenhum outro tipo de norma foi capaz de solucionar. O Direito Penal seria então a última alternativa utilizada pelo Estado para solucionar os conflitos sociais.

Somente se deve recorrer à intervenção do direito penal em situações extremas, como a última saída (*ultima ratio*). A princípio, portanto, deve-se deixar aos demais ramos do Direito a disciplina das relações jurídicas. A subtração de um pacote de balas em um supermercado, já punida com a expulsão do cliente do estabelecimento e com a cobrança do valor do produto ou sua devolução, já foi resolvida por outros ramos do Direito, de modo que não necessitaria da interferência do direito penal. (ESTEFAN, 2010, p. 121).

Cumprido ressaltar que o princípio da intervenção mínima possui índole constitucional, tendo em vista a proteção dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias individuais.⁷ Trata-se do princípio de maior relevância para o Direito Penal Mínimo, pois dele derivam todos os demais princípios minimalistas. Podemos visualizar o princípio da intervenção mínima como o sol e os demais princípios minimalistas girando em torno de seu sistema.

7 CRFB - 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: III - a dignidade da pessoa humana;

CRFB - 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:

2.3. Princípio da lesividade

Foi o Iluminismo um dos grandes responsáveis pela modificação do pensamento humano. Tais modificações incidiram em inúmeras áreas do conhecimento humano, dentre elas o Direito conheceu uma nova realidade uma vez que o Iluminismo descortinara o dogma dando liberdade para o florescer da razão. Neste contexto nasce a separação entre Direito e Moral.

A Thomasius, vulto do iluminismo, com os desenvolvimentos posteriores de Kant, devemos a distinção entre direito e moral. Enquanto o direito é coercitivo, a moral é incoercível. A moral encontra raízes na consciência e, por isso mesmo, implica em liberdade de procedimento. (PAUPÉRIO, 1998, p. 53)

Não queremos que o leitor passe a pensar que o Direito venha a se apresentar de forma amoral mais sim queremos afirmar que nem todas as condutas imorais ou amorais devem ser recriminadas pelo Direito, é óbvio que as normas jurídicas devem representar valores sociais que sempre são influenciados, pela moral, ou seja, devem conter um mínimo ético, contudo, certas condutas imorais, ainda que escandalosas, somente devem sofrer a censura do Direito Penal quando representarem algum dano a algum bem jurídico por este tutelado.

Explicita-se o princípio da lesividade, que constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais do delito: a natureza lesiva do resultado, isto é, dos efeitos que produz. A absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, segundo o princípio *nulla necessitas sine injuria* e na tese seguinte, *nulla poena, nullum crimen, nulla poenalis sine injuria*. (FERRAJOLI, 2010, p. 427)

O princípio da lesividade consagra que somente, as condutas que causem danos a terceiros deverão ser punidas pelo Direito Penal, ou seja, condutas imorais, ainda que altamente reprovadas pela sociedade, se não causarem algum dano significativo a alguém, não deverão receber sanção por parte do Direito Penal. Visa o princípio "proibir à incriminação de uma atitude interna, de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico". (GRECO, 2011, p. 51).

Merece tal princípio uma análise crítica, quando observamos que ninguém deve ser punido por seus pensamentos, suas ideias, pois se tratam de questões que permanecem na esfera do agente não sendo capazes de causar dano a outrem. Da mesma forma ninguém deve ser punido pelo seu estado existencial, ou seja, a pessoa humana não pode ser penalizada pelo que é, mas sim pelas suas condutas, ou seja, pelo que fez ou deixou de fazer.

Por fim, é possível concluir-se que as condutas ainda que desviadas ou que causem repulsa social, desde que não venham a causar algum tipo de dano a determinado bem jurídico de outrem, selecionado pelo Direito Penal, não serão dignas de pena cominada em uma norma penal.

2.4. Princípio da adequação social

O processo de evolução social é constante, assim como constantes são as transformações no pensamento humano e na mentalidade punitiva que impera em uma sociedade em determinado tempo e espaço. Desta forma, podemos chegar à conclusão de que os critérios a respeito do justo e injusto sofrem modificações a partir do momento em que o corpo social elege as condutas que devem ser consideradas justas ou não pelo Estado. A evolução do pensamento social sobre as mais variadas questões sociais vai influir diretamente sobre a escala de valores a serem defendidas e a consequência deste fenômeno acabará sendo a modificação na repressão de determinadas condutas, não mais vistas como indesejáveis na coletividade. Muitas vezes o Direito não acompanha a rapidez da evolução do pensamento social, o resultado desta morosidade se mostra através do visível descompasso entre normas penais e a realidade, traduzindo-se por tipificações de condutas que a própria sociedade não mais considera como injusto, o que de certa forma, lamentavelmente, permite que o Estado venha a reprovar determinados comportamentos através das normas incriminadoras de Direito Penal, condutas estas que nem mesmo a sociedade as reprova, pois se mostram devidamente adequadas aos novos moldes sociais.

O princípio da adequação social consagra a não tipicidade daquelas condutas que, a despeito de se amoldarem ao modelo legal descrito em normas penais incriminadoras, não merecem o caráter criminoso por não afrontarem o sentimento social de justiça.

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmen-

te adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. (PRADO, 2004, p. 145).

Não obstante a esta explanação, não negamos a importância de tal princípio que desperta a atenção para os problemas relativos ao envelhecimento do Direito. Este princípio deve servir de fundamento ao Estado para um processo de descriminalização de várias condutas, bem como a uma reforma na parte especial de nosso Código Penal. Possui, portanto uma dupla finalidade, pois, dele poderá se servir o legislador para não elaborar leis que venham a incriminar condutas adequadas aos padrões sociais, bem como revogar do ordenamento jurídico aqueles tipos penais que não mais representem os valores atuais apregoados na sociedade. Ao aplicador do Direito, caberá ter a sensibilidade para reconhecer nos casos concretos a atipicidade daquelas condutas que apesar de estarem previstas na lei como criminosas não mais possuam de fato este valor para a sociedade que a ela se adaptou.

2.5. Princípio da fragmentariedade

Entendemos o princípio da fragmentariedade através da visualização de seu caráter estrutural residual, ou seja, os atos da vida humana são regulados pelas normas jurídicas, sendo que cada ramo do Direito se incumbem de regular condutas inerentes à sua natureza, porém quando tais regulamentações não foram suficientes para proteger os bens por eles tutelados deverá intervir o Direito Penal visando a proteção destes bens considerados dentre os mais importantes desde que atacados pelo autor da infração penal. “O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes e, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento de interesses jurídicos”. (JESUS, 2012, p. 52).

Como corolário dos princípios da intervenção mínima, da Lesividade e da adequação social temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O Direito Penal quer significar, em síntese, que uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a Lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando assim, a sua natureza fragmentária. (GRECO, 2011, p. 59).

Desta forma o princípio da fragmentariedade limita a incidência das normas penais incriminadoras a uma parcela residual de condutas, ou seja, fragmentos de condutas não reguladas pelos outros ramos do Direito. Torna-se fácil concluir que a estruturação do Direito Penal se dá por meio do conjunto destes “fragmentos” não regulamentados pelas outras normas jurídicas pertencentes aos demais ramos do Direito. “Trata-se, na verdade, de uma característica do Direito Penal, mencionada por alguns autores também sob a forma de princípio, estabelecendo que as normas penais somente devem-se ocupar uma pequena parcela, um pequeno fragmento dos atos ilícitos”. (ESTEFAN, 2010, p. 121).

2.6. Princípio da insignificância

Seguindo a índole do princípio da Intervenção Mínima, analisado acima, ao legislador pátrio compete a função de selecionar os comportamentos que deseja reprimir por intermédio das normas de Direito Penal, o que faz com que tais condutas passem a serem considerados fatos típicos.

O fato típico, elemento estruturante do conceito analítico de crime, corresponde a uma conduta humana que, dentro de uma cadeia causal naturalística, provoque um resultado material ou jurídico⁸, vindo conseqüentemente, a corresponder com a descrição típica descrita na lei penal, surgindo assim o fenômeno da adequação típica, que se trata da correspondência da conduta humana ao fato descrito no tipo penal.

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas as condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. (CAPEZ, 2012, p. 29).

Podemos dentro do estudo da tipicidade, diferenciar a tipicidade formal e a tipicidade material. “A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal”. (GRECO, 2011, p.21). Tipicidade formal, portanto, é a mera adequação da

8 O resultado material está presente nos crimes materiais que são aqueles cuja consumação se dá com a modificação no mundo exterior provocada pela conduta humana lesiva, como o crime de homicídio e o dano, já o resultado jurídico, trata-se dos efeitos da conduta lesiva para o mundo jurídico. Tal resultado está presente tanto nos crimes materiais quanto nos crimes formais que são aqueles em que a consumação não exige um resultado material, como o caso da calúnia, da ameaça ou da corrupção.

conduta humana à conduta descrita formalmente no tipo penal, desta forma o indivíduo que culposamente causa uma lesão corporal em outrem, ferindo-o com uma minúscula farpa que vem a provocar um leve arranhão, de certa forma, praticou uma conduta típica descrita no artigo 129, parágrafo 6º do Código Penal⁹. A Tipicidade Material se revela como a efetiva e relevante agressão ao bem jurídico protegido pelo Estado. Assim sendo, não basta que haja um modelo abstrato de conduta descrita em um tipo penal, é necessário que o bem jurídico protegido pelo tipo penal venha a ser relevantemente atacado pela conduta do agente, caso contrário não podemos falar em tipicidade material. “Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm aplicação o princípio da insignificância”. (GRECO, 2011, p. 160). No caso narrado acima, podemos falar na existência de uma tipicidade formal, porém não podemos falar na verificação da tipicidade material, pois não se vislumbra “*in casu*” relevância na conduta do agente, ou seja, não podemos dizer que o bem jurídico foi atacado de forma veemente a ponto de visualizarmos uma lesão significativa apta a apontar a chamada tipicidade material.

É justamente no estudo da chamada tipicidade material que observamos com nitidez o princípio da insignificância, concluindo desta maneira que, condutas que venham a atingir de maneira irrelevante os bens juridicamente tutelados pelas normas de Direito Penal devem ser consideradas atípicas pela ausência da chamada tipicidade material.

2.7. Princípio da proporcionalidade

A gênese normativa do princípio da proporcionalidade repousa na Carta Magna de 1215.

“Sua origem normativa repousa na Carta Magna de 1215, nos itens 20 e 21, quando dizia que : For a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offence...” Earls and barons shal be fined only by their

9 Código Penal - Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 6º - Se a lesão é culposa:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

equals, and in proportion to the gravity of their offence". (ESTEFAN, 2010, p. 123).¹⁰

A Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1795 estabelece em seu art. 8º que, "a lei não deve estabelecer outras penas que não estritamente necessárias" e no art. 12 que, "A lei só deve cominar penas que estritamente necessárias e proporcionais ao delito". Consagrou-se assim o princípio da proporcionalidade anteriormente mencionado por César Beccaria em sua Obra "Dos Delitos e das Penas", que, influenciado pelo pensamento iluminista contribuiu decisivamente para que tal princípio se tornasse um pressuposto penal.

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas (*poena debet commensurari delicto*), saliente-se que deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstracta* (legislador) e *concreta* (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. (PRADO, 2004, p. 143).

Desta forma concluímos que entre os delitos e as penas deve existir um equilíbrio a ser consagrado pela lei ao estabelecer a punição para cada conduta descrita no tipo penal, bem como pelo aplicador da lei no momento da dosimetria da pena por ocasião da sentença condenatória, sendo assim o princípio da proporcionalidade possui uma dupla destinação; ao legislador e ao juiz, ambos operadores do Direito.

O fato de que entre a pena e o delito não exista nenhuma relação natural não exige a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do texto retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio da proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios da legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico. (FERRAJOLI, 2010, p. 366).

10 Tradução: "Por um delito leve, deve um homem ser punido proporcionalmente à gravidade do ato..."; os condes devem ser apenados somente por seus pares e proporcionalmente à gravidade do delito".

A propósito, gostaríamos de destacar uma situação que suscita polêmica por parte da doutrina que se trata do caso de participação no crime de Bigamia tipificado no artigo 235 do Código Penal, dispõe o artigo:

Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão de dois a seis anos

Sendo o crime em comento de concurso necessário, dispõe o parágrafo primeiro que:

Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punida com reclusão de um a três anos.

Pelo exposto pode se verificar que o cônjuge que comete o crime de bigamia é apenado de maneira mais severa do que aquele que com ele se casa, não sendo casado, porém, conhecendo o fato de ser o outro agente casado. Contudo imaginemos uma situação em que A induza a B, pessoa casada a cometer o crime de bigamia com C pessoa não casada, logicamente, A é partícipe e por ter induzido B, pessoa casada, devendo neste caso, sofrer a pena descrita no caput do referido artigo, ou seja, reclusão de dois a seis anos, enquanto C, pessoa não casada se submeterá a pena do parágrafo primeiro que é a detenção de um a três anos. Salta aos olhos a agressão ao princípio da proporcionalidade causada pelo legislador pátrio ao não observar este aspecto, pois, sofrerá uma pena mais severa uma pessoa que apenas induziu, ou seja, teve uma conduta secundária, do que uma pessoa que veio a praticar de forma primária e imediata a conduta típica descrita no parágrafo primeiro do crime em questão, ou seja, aquele que não sendo casado se casa com uma pessoa casada sabendo de tal circunstância.

Pensamos que o partícipe do caput deva ficar sujeito à pena mais branda do §1º, pois, em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se pode puni-lo com sanção superior à cominada para o próprio agente, que não sendo casado, contrai casamento com pessoa já casada, ciente da circunstancia. (§ 1º). (DELMANTO, 2010, p. 731).

Cumprе ressaltar que na busca pela proporcionalidade entre a pena e o mal causado é necessário uma análise valorativa entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, uma vez que a análise de ambos possi-

bilitarão uma conclusão mais acertada sobre a proporcionalidade da pena a ser aplicada.

O princípio da proporcionalidade (*poena debet commensurari delictu*) em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/ consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade de fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente. (PRADO, 2004, p. 143).

3. CONCLUSÃO

A criminalidade é uma realidade social crescente nos dias modernos. Carece o Estado de meios para contenção deste fenômeno social. É necessário que Direito Penal venha a se adaptar a esta nova realidade, porém, entendemos que não será com a criação de leis draconianas ou com penas que exorbitem a compreensão humana, mas sim através de uma política criminal racional, equilibrada que evite os excessos do *ius puniendi* estatal.

Não resta dúvida que somos a favor de uma intervenção estatal, porém, somos contra a uma intervenção máxima, com criações de leis desvinculadas de razoabilidade e proporcionalidade. O Direito Penal Mínimo representa o melhor Modelo de política criminal a ser adequado ao Direito Penal pátrio, porque se trata de um pensamento racional, equilibrado, mais próximo da dignidade do ente humano.

Uma intervenção penal máxima poder gerar um quadro de desequilíbrio social, bem como um incentivo ao abuso do *ius puniendi* por parte do Estado, traduzindo-se pelo retorno da tirania.

O verdadeiro Direito Penal é aquele que respeita a dignidade da pessoa humana, observando os princípios minimalistas e o respeito às garantias constitucionais, espelhando um ideal de justiça e liberdade, intervindo o mínimo na vida social.

Os princípios minimalistas de Direito Penal se apreciados fossem de forma contumaz em primeiro instante, no âmbito do Poder Legislativo, certamente, iriam contribuir para uma transformação no Direito Penal, mesmo porque, nosso envelhecido Código Penal, muitas das vezes, desconhece tais princípios, que por sua vez, abundam em nossa doutrina. O operador do Direito ainda que busque a observância de tais princípios se vê impotente frente a uma muralha envelhecida, arcaica e anacrônica, construída por leis que não mais representam os anseios sociais, por detrás desta muralha encontram-se os princípios minimalistas de Direito Penal, que apesar de representarem, a nosso ver, a grande esperança para os problemas penais, são quase sempre, ofuscados pela “sombra da grande muralha”.

A grande solução para esta crise se encontra no coração do estudo sobre o surgimento da hermenêutica filosófica como marco de superação da hermenêutica metodológica que passaremos a analisar agora.

A evolução do positivismo jurídico que focava a lei como o discurso legitimador do Direito para o pós-positivismo representou uma mudança de paradigma uma vez que neste modelo os princípios surgem com força normativa, neste diapasão, destaca-se a dignidade da pessoa humana como o novo discurso legitimador do Direito. Esta mudança de paradigma revelou um avanço no sentido de humanização do Direito que passa a voltar sua atenção para a pessoa, assim sendo, o Direito passa a ser visto não como o único instrumento posto à disposição do hermeneuta, mas sim, como mais um instrumento posto a seu favor para solucionar o caso concreto.

No pós-positivismo os princípios assumem o papel normativo, podendo não somente servirem como base das soluções jurídicas, mas principalmente, para nortear o hermeneuta no desafio da compreensão do caso concreto de da aplicação da norma. Neste caminho hermenêutico, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como norte para o hermeneuta, que passa a compreender o ser dentro de sua realidade histórica para aplicá-la o Direito e não mais interpretar a norma para aplicar ao caso concreto, uma vez que a verdade a ser perseguida pelo hermeneuta não está na lei, mas na realidade histórica da vida.

Em total harmonia com os ideais da dignidade da pessoa humana destaca-se o minimalismo penal e sua principiologia voltada para a proteção da pessoa humana no contexto do Direito Penal. Os princípios minimalistas de Direito Penal, com previsão normativa constitucional representam institutos protetores dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana, uma vez que se apresentam como verdadeiros limites ao poder punitivo estatal, com a finalidade de impedir que o arbitríssimo seja praticado pelos julgadores. A propósito, entendemos que o minimalismo penal representa

o modelo de política criminal que melhor se adequa aos ideais do Estado Democrático de Direito, principalmente pela sua correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana como vimos ao longo deste artigo. A ideia de uma intervenção mínima do Direito Penal encontra respaldo nos ideais que permeiam a noção de dignidade da pessoa humana pois inibe a atuação coercitiva do Estado em casos que podem ser solucionados por outros ramos do Direito, evitando-se desta maneira a utilização sensacionalista e exagerada da pena como forma de intimidação, o que representa, em última análise, uma regressão no pensamento jurídico.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: a Dogmática Penal Numa Ótica Garantista**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz; **Introdução à Criminologia**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DELMANTO, Celso, *et al.* **Código Penal Comentado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAN, André. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13.ed. Niterói: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte geral.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATOS, Inês Lobinho. A Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. Mormente em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal. *In*: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marques. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana.** 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Introdução à Filosofia do Direito, à Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____. **Código Civil Comentado e Interpretado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 57.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal.** 21.ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.1.

PAUPÉRIO, A. Machado. **Introdução ao Estudo do Direito.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PENTEADO, Jaques de Camarco. A Dignidade Humana e a Justiça Penal. *In*: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marques. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana.** 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.1.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 17.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.