

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA

v.3

*Discursos
Plurais*

2015



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA
REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA

volume 3

Discursos Plurais

Salvador, 2015

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA – Volume 3

DISCURSOS PLURAIS

© *Copyright* by Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2015

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução, total ou parcial, sem autorização expressa dos autores.

Autores dos artigos

Daniela Maria Marques Azevedo

Érica Rios de Carvalho

Fabiana Almeida Miranda

Geiziane Oliveira de Jesus

Hélio Soares Júnior

Itanna Assis de Souza Pelegrini

Noédon Conceição Santos

Pedro de Souza Fialho

Rodrigo Ferreira Lima

Stephane Ma

Capa

SLA Propaganda

Revisão

Maria de Fátima Santos de Lima

R454

Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia.

v. 1 (2014) -- Salvador: Defensoria Pública do Estado da Bahia: Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia - ESDEP, 2015.

v. 3, 2015

Semestral.

ISSN: 2358-0100

1. Defensoria Pública - Periódico. 2. Assistência Judiciária Gratuita. 3. Direito. I. Título.

CDU 34

Ficha catalográfica: Maria de Fatima Santos de Lima – CRB/5: 1801

Defensoria Pública do Estado da Bahia

www.defensoria.ba.gov.br

Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia

esdep@defensoria.ba.gov.br

Tel.: (71) 3117-6918

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Defensor Público Geral
Clérison Cavalcante de Macêdo
Subdefensor Público Geral
Rafson Saraiva Ximenes
Corregedora Geral
Maria Auxiliadora S. B. Teixeira
Subcorregedora
Josenilda Alves Ferreira

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Conselheiros Titulares Eleitos
Cynara Peixoto Fernandes Isensee
Daniel Nicory do Prado
Hélia Maria Amorim Santos Barbosa
Marcelo dos Santos Rodrigues
Deliene Martins de Carvalho
Rosane de Melo Assunção

Conselheiros Suplentes Eleitos
Bethânia Ferreira de Souza
Virdálio de Senna Neto
Nelson Alves Cortes Neto
José Renato Bernardes da Costa
Iracema Érica Ribeiro Oliveira
Alex Raposo dos Santos

OUIDORIA GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Ouvidora Geral
Vilma Maria dos Santos Reis

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Diretora
Firmiane Venâncio do Carmo Souza

Conselho Editorial de Revista Jurídica
Andrea Tourinho Pacheco de Miranda
Ariana de Sousa Silva Wanderley
Bethânia Ferreira de Souza
Cláudia Regina Ferraz de Souza Bispo Silveira
Felipe Silva Noya
Liana Santos Conceição Leão
Luiz Carlos de Assis Júnior
Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira
Matheus Góes Santos
Rodrigo Ferreira Lima

SUMÁRIO

EDITORIAL

Firmiane Venâncio 7

GESTÃO MUNICIPAL DOS SUS E SEUS IMPACTOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE: O CASO DE SALVADOR-BA ENTRE 2010 E 2013

Érica Rios de Carvalho 9

A MEDIAÇÃO DE CONFLITO FAMILIAR: ACESSO À JUSTIÇA CÉLERE E EFICAZ

Daniela Maria Marques Azevedo 23

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Fabiana Almeida Miranda 51

INCONSTITUCIONALIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA FRENTE À PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Geiziane Oliveira de Jesus 90

A NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO POR ESCRITO DAS AUDIÊNCIAS REDESIGNADAS: SUPERANDO OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

Hélio Soares Júnior 116

A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS ILEGALIDADES DAS BANCAS ORGANIZADORAS NAS PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS

Itanna Assis de Souza Pelegrini e Nádson W. Muniz Chavez Pelegrini 129

A LIBERDADE RELIGIOSA E SUA TUTELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXOS DEMOCRÁTICOS DA AUTONOMIZAÇÃO DO SUJEITO

Noédson Conceição Santos 152

**DEFICIÊNCIAS NO DEBATE ACERCA DA EFICÁCIA DAS NORMAS
CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUINDO PARA UMA DISCUSSÃO
VOLTADA AOS FINS DA REALIZAÇÃO SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO**

Pedro de Souza Fialho 170

**PRÉ-COMPREENSÕES PARA UMA HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA NO BRASIL:
ELEMENTOS PARA O ALCANCE DE RESPOSTAS
CORRETAS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO**

Pedro de Souza Fialho 190

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ALIMENTOS

Rodrigo Ferreira Lima 208

**O CONTROLE ESTATAL NA INTERNET VERSUS O DIREITO
FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO
DO PENSAMENTO E LIBERDADE DE IMPRENSA.
UMA ANÁLISE MUNDIAL E NACIONAL**

Stephane Ma 242

EDITORIAL

Firmiane Venâncio¹

O discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar (Michel Foucault, A Ordem do Discurso, p.10).

A Defensoria Pública do Estado da Bahia, na compreensão de que o discurso é importante instrumento de construção e consolidação institucional, entrega a seus membros e à sociedade, nas suas diversas expressões, mais um volume de sua principal publicação anual, a Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia.

Nesta terceira edição, são apresentados onze artigos elaborados por Defensores Públicos e acadêmicos que atenderam ao chamado da Escola Superior da Defensoria Pública - ESDEP e produziram trabalhos de conteúdo extremamente significativo para a reflexão daqueles que convivem cotidianamente com o desafio de assegurar acesso à Justiça num país de tantas desigualdades.

Este volume segue parcialmente a tradição dos anteriores na metodologia de seleção dos textos com aptidão para publicação, fruto de um acurado trabalho desenvolvido pelo Conselho Editorial, que se debruçou sobre os diversos conteúdos, mas também pela cuidadosa condução de todo o processo pela equipe coordenada pelo Diretor da ESDEP no biênio 2013-2015.

Mais que isso, de forma inédita, a Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia abriu seu espaço para valorizar a produção de acadêmicos, alguns dos quais colaboradores da nossa instituição na condição de estagiários, numa corajosa democratização desse espaço de produção do conhecimento e, por que não dizer, de poder.

Os leitores vão encontrar nas páginas que se seguem temas dos mais diversos, alguns consideravelmente ricos do ponto de vista teórico, outros bastante reveladores da pluralidade de atuação dos Defensores Públicos e das lutas que os movem como agentes políticos de transformação social. Todos eles, no entanto, têm em comum a oferta de uma possibilidade de amadurecimento e enriquecimento cultural.

Boa leitura!

Salvador, 15 de setembro de 2015

1 Diretora da Escola Superior da Defensoria Pública

GESTÃO MUNICIPAL DO SUS E SEUS IMPACTOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE: O CASO DE SALVADOR-BA ENTRE 2010 E 2013

Érica Rios de Carvalho¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A CONSTRUÇÃO DO PLANO MUNICIPAL DE SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL. 3 INDICADORES E METAS DO PMS 2010-2013. 4 DESCENTRALIZAÇÃO DA SAÚDE: DIFICULDADES PRÁTICAS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este artigo tem a intenção de traçar um panorama da gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, a partir de sua descentralização (municipalização), utilizando o Plano Municipal de Saúde (PMS) 2010-2013 de Salvador-BA como parâmetro avaliativo. A fim de auferir a eficiência dessa gestão, traz como plano de fundo o conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS) e as bases definidoras do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) a partir da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Gestão de Saúde. Municipalização. Políticas Públicas. SUS.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi definido no artigo 196 da Constituição Brasileira de 1988 como um sistema público, de caráter universal. Foi criado com base na concepção do direito à saúde como direito de cidadania, sendo de implantação obrigatória pelas três esferas federativas – União, Estados e Municípios. Suas diretrizes organizativas, conforme expostas na própria Constituição, nas leis nºs 8.080/90 e 8.142/90, são de descentralização com comando único em cada esfera de governo; integralidade do atendimento e igualdade da assistência; universalidade do acesso aos serviços de saúde; e participação da comunidade.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua a saúde como estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença,

¹ Advogada, Pós-Graduada em Direito Privado, Mestranda no Programa de Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador. E-mail: ericariosc@gmail.com

bem como o artigo 196 da nossa Carta Magna prevê que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tendo tais conceitos em vista, a ideia da descentralização do sistema e a definição do papel de cada esfera de governo na sua implementação e gestão decorrem, principalmente, de três questões: as acentuadas desigualdades existentes no país; as especificidades dos problemas e desafios na área de saúde; as características do federalismo brasileiro (CONASS, 2003).

Segundo D’Espíndola (2013, p. 440):

A gestão da saúde é a mais nobre missão dos governos democráticos e o seu reconhecimento como direito traz uma responsabilidade ética e legal da implantação de políticas e ações capazes de assegurar à população as ações de assistência de saúde.

A responsabilidade no que diz respeito à gestão e ao financiamento do SUS é compartilhada pelos três entes federativos, cabendo aos Municípios, entretanto, lidar com os aspectos mais práticos e diretos do sistema, tais como contratação e pagamento dos profissionais de saúde, criação e manutenção de Postos de Saúde da Família (PSF) e Centros de Atenção Psicossocial (CAPS).

Como passo essencial para a implementação da gestão municipalizada do SUS, a Norma Operacional Básica (NOB-SUS) 01/96 exige que cada município elabore um Plano Municipal de Saúde (PMS), explicitando o caminho a ser seguido pela Secretaria Municipal de Saúde para cumprir seus objetivos. O Plano apresenta a orientação política sobre o que fazer no conjunto das organizações de saúde durante o período de quatro anos, a partir da explicitação de diretrizes, objetivos, ações, indicadores e metas. Segundo Saliba, Garbin et al. (2012, p. 224), o Plano:

Constitui-se como um documento formal de exigência legal, entretanto, é um instrumento flexível e dinâmico que deve ser consultado, ajustado, executado e não engavetado, objetivando a operacionalização das decisões tomadas em torno do que fazer para enfrentar problemas e atender necessidades de saúde da população do município relacionado.

Serve, portanto, de norte para o planejamento anual das ações e serviços de saúde prestados pelo Município.

Diante desse panorama, o presente artigo faz o recorte da cidade de Salvador-BA, analisando o seu Plano Municipal de Saúde (PMS) 2010-2013 e seus indicadores. Os objetivos são avaliar tais indicadores, examinar se as políticas adotadas foram eficazes, eficientes e efetivas (DE OLIVEIRA, 2013)² face aos objetivos traçados para o período. Esses três elementos são boas medidas para avaliar a gestão, já que os recursos são sempre limitados.

Para tanto, não se pode perder de vista também que a Prefeitura de Salvador definiu como missão de sua Secretaria Municipal de Saúde “Cuidar de forma integral da saúde do cidadão em Salvador, assegurando seus direitos e respeitando as diversidades” e como sua visão “Ser reconhecida pela sociedade, como referência de gestão democrática, com autonomia e criatividade, na condução plena do Sistema Municipal da Saúde”, conforme consta de seu sítio online³.

2 A CONSTRUÇÃO DO PLANO MUNICIPAL DE SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL

O Plano Municipal de Saúde (PMS) de Salvador-BA para o período entre 2010 e 2013 foi elaborado obedecendo quanto ao preconizado na Lei nº 8.142/90⁴ e reforçado pela Emenda Constitucional nº 29 de 2000, que dispõem sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, prevendo e incentivando a participação popular através dos Conselhos Municipais, Distritais e Locais de Saúde. Além disso, também tomaram parte nas deliberações o gestor municipal, a equipe técnica, representantes da sociedade civil e dos distritos sanitários da cidade.

Essa participação constitui importante vitória da luta pela democratização do SUS, pois com a previsão legal, a partir da referida norma de 1990, para serem criados Conselhos de Saúde em todas as esferas do governo, suas atribuições e decisões

2 O autor diferencia os três conceitos, definindo eficiência como fazer tudo certo, aplicar bem os recursos, reduzir os custos sem prejuízo da qualidade; eficácia como fazer a coisa certa, evitando perda de tempo, produzindo alternativas, maximizando o uso dos recursos sem prejuízo da qualidade, obtendo resultados e aumentando os lucros; efetividade como manter-se no ambiente, apresentar resultados globais positivos, ao longo do tempo (ideia de permanência), com capacidade de coordenar constantemente no tempo esforços e energia. A eficácia depende de identificar oportunidades no ambiente, sendo flexível e adaptável, enquanto a efetividade depende de prévia eficiência e eficácia.

3 Disponível em: http://www.saude.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=200&Itemid=63. Acesso em: 5 abr. 2014.

4 A Lei nº 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

contribuem para o amadurecimento da democracia e da garantia de direitos fundamentais através de uma incentivada e regulamentada maior participação popular no processo político (ACIOLE, 2006).

Os Conselhos são formados de modo a contemplar, na sua composição, de forma paritária, os profissionais da área de saúde, os usuários do sistema e a sociedade civil em geral. O intuito é ser um órgão colegiado que se aproxime o máximo possível da realidade, conseguindo captar de todos os ângulos as deficiências e forças do sistema, e sendo, também, melhor aparelhado para propor soluções eficazes, eficientes e efetivas para as falhas que emergirem do dia a dia. Os Conselhos nasceram, portanto, para formular, deliberar sobre e fiscalizar as políticas de saúde (CORREIA, 2006).

Desde a promulgação da Lei nº 1.842/90, ou seja, desde a previsão legal específica sobre a criação dos Conselhos de Saúde em cada esfera da Administração Pública, a União, todos os Estados e suas capitais já os implementaram.

Os Conselhos de Saúde são essenciais para a descentralização das ações do SUS, o controle do cumprimento de seus princípios e a garantia da participação popular na sua gestão. Como se verifica no caso sob análise, o Plano Municipal de Saúde de Salvador-BA contou com a participação não somente do Conselho Municipal, como também dos Distritais e Locais, o que denota uma salutar tentativa de dar voz a setores diversos da sociedade civil, ampliando o acesso democrático às deliberações.

Quanto à metodologia adotada para a construção de seu PMS, Salvador-BA adotou quatro momentos: (i) Revisão documental, avaliação do PMS de Salvador 2006-2009 e planejamento da metodologia do PMS 2010-2013; (ii) Análise da situação de saúde e identificação dos problemas de saúde, além da análise da relação entre a programação e a produção de serviços e levantamento dos problemas dos serviços do município; (iii) elaboração dos compromissos da Secretaria Municipal de Saúde (SMS); e (iv) Revisão final e editoração, a pedido do Conselho Municipal de Saúde.

Daí observa-se que a gestão municipal preocupou-se em realizar a avaliação do PMS do quadriênio anterior, o que constitui importante etapa para aumentar o grau de eficácia, eficiência e efetividade de qualquer política pública. Cohen e Franco (1993:77) conceituam avaliação como “uma atividade que tem como objetivo maximizar a eficácia dos programas na obtenção de seus fins e a eficiência na alocação de recursos para a consecução dos mesmos”.

O planejamento estratégico adotado para a elaboração do PMS 2010-2013, conforme narrado no próprio corpo do referido Plano, atendeu aos dois objetivos descritos por Cohen e Franco (1993): ser preventivo e, ao mesmo tempo, solucionador de problemas. Isso fica claro quando se observa os procedimentos adotados previamente à sua redação, em especial com a avaliação do PMS anterior, coleta de dados detalhados sobre o território, a população atingida (seu perfil demográfico e socioeconômico), além dos principais problemas de saúde de cada região e a comparação com PMS de outras capitais e estados.

Foram, então, construídos indicadores sociais e metas para o primeiro biênio (2010-2011), a fim de serem avaliados e reconstruídos para o segundo biênio com mais efetividade. Importante destacar, aqui, o conceito de indicador social como uma medida em geral quantitativa dotada de significado social substantivo, usado para substituir, quantificar ou operacionalizar um conceito social abstrato, de interesse teórico (para pesquisa acadêmica) ou programático (para formulação de políticas públicas) – como é o caso concreto (COHEN e FRANCO, 1993). Os indicadores podem ajudar a melhor analisar e compreender a realidade, fornecendo medidas e dados úteis para se fazer reformas e mudanças, de forma a maximizar a efetividade das políticas públicas.

Resta verificar se tais indicadores de fato contribuíram para a formulação de metas, e se tais metas foram alcançadas através do planejamento estratégico delineado no PMS em tela (JANUZZI, 2001). É o que será analisado a seguir.

3 INDICADORES E METAS DO PMS 2010-2013

Nos indicadores construídos para elaboração do PMS 2010-2013, foram diagnosticados como principais problemas da saúde municipal até então: insuficiência de manutenção corretiva e preventiva dos equipamentos e estrutura de saúde; ineficiência do modelo de atenção vigente que não contempla a integralidade do cuidado e o acolhimento do usuário; desarticulação entre os Distritos Sanitários e o nível central; insuficiente regulação de consultas, exames e internação na rede de serviços de saúde; insuficiente política de promoção e prevenção em saúde; insuficiência quantitativa e qualitativa do quadro permanente de servidores e gerentes; precárias condições de trabalho e remuneração para os trabalhadores de saúde; fragilidade da capacidade de gestão (planejamento, avaliação, articulação, integração e comunicação); e inexistência de formulação de políticas locais.

A fim de sanar tais problemas, o PMS 2010-2013 estabeleceu 22 linhas de ação, cada uma com objetivos gerais e específicos, cada objetivo específico com diversas ações estratégicas. As linhas da ação escolhidas foram: condução política do SUS municipal; gestão estratégica e participativa; tecnologia de informação e comunicação de saúde; gerenciamento dos sistemas de informação de saúde; fortalecimento do controle interno da Secretaria Municipal de Saúde e do componente municipal de auditoria da mesma; regulação, controle e avaliação da oferta de serviços de média e alta complexidade; planejamento municipal de saúde; gerenciamento dos recursos financeiros e orçamentários; gerenciamento de recursos materiais; gestão do trabalho e educação permanente em saúde; promoção e qualidade de vida; vigilância em saúde; saúde do trabalhador; fortalecimento da estratégia de saúde da família; atenção à saúde nos eixos transversais; atenção básica com ênfase nos programas estratégicos; atenção integral por ciclos de vida; serviço de apoio diagnóstico e terapêutico; rede ambulatorial – atenção às urgências e emergências do município de Salvador; atenção às especialidades de saúde; rede hospitalar; saúde da população negra no município de Salvador.

Assim, o Plano demonstra detalhada e ampla articulação de objetivos e ações, cada um com suas metas quantificadas a serem atingidas no primeiro biênio. Entretanto, por falta de dados disponibilizados pela Secretaria Municipal de Saúde de Salvador-BA, este trabalho não pôde incluir a avaliação por ela mesma realizada quanto a esse primeiro biênio (2010-2011), nem tampouco os indicadores e metas construídos para o segundo biênio (2012-2013) e sua referida avaliação.

Assim, foram pinçadas duas dessas linhas de ação para análise no presente trabalho, selecionadas a partir do aspecto estrutural e de possibilidade de acesso e atendimento da população na baixa e média complexidade. Outro fator levado em consideração para tal escolha foi a viabilidade de cruzamento de metas e números do PMS com os dados atualizados da Secretaria Municipal de Saúde e do SUS, retratando a realidade do município.

Primeiramente, optou-se por tratar da linha de ação de fortalecimento da estratégia de saúde da família. O seu objetivo geral era expandir e consolidar o modelo de atenção em saúde que preconizasse a atenção básica como porta de entrada do município, tendo como estratégia a saúde da família, desenvolvendo ações integrais em consonância com os eixos prioritários do Pacto pela Saúde. Dentre os objetivos específicos estão a ampliação e reorganização das equipes dos Núcleos de Apoio à Saúde da Família, além do aumento do número de suas unidades. Até 2014, conforme dados da Secretaria Municipal de Saúde, Salvador contava com

51 (cinquenta e um) Unidades ou Postos de Saúde da Família em funcionamento, distribuídos em seus Distritos Sanitários, com especial concentração no Subúrbio Ferroviário, que sozinho conta com 19 (dezenove) Unidades⁵ 6.

Considerando que o município de Salvador possui em torno de três milhões de habitantes (2.948.733 hab., IBGE/2008 - Estimativa para o Tribunal de Contas da União), é a cidade mais populosa do Nordeste e a terceira mais populosa do Brasil. Cruzando tais números com a quantidade de Unidades e Postos de Saúde da Família na cidade, vê-se que existe uma Unidade para cada 57.818 habitantes, aproximadamente, se considerada somente a capital.

Ainda que se tenha em mente que cada uma dessas unidades conta com, no mínimo, uma equipe de profissionais de saúde, formada por pelo menos um médico generalista ou especialista em saúde da família ou médico de família e comunidade, um enfermeiro generalista ou especialista em saúde da família, um auxiliar ou técnico de enfermagem e agentes comunitários de saúde, a proporção demonstra um quadro alarmante de deficiência na prestação do serviço de saúde de Salvador. Isso porque a regulamentação da Estratégia de Saúde da Família estabelece que cada equipe de Saúde da Família deve ser responsável por, no máximo, 4.000 pessoas de uma determinada área, que passam a ter corresponsabilidade no cuidado com a saúde⁷.

Ora, se considerada a cidade de Salvador, e que cada Unidade ou Posto de Saúde da Família tenha uma equipe completa, isso significa que a situação é aproximadamente 14,5 (quatorze e meia) vezes mais habitantes para cada equipe do que o máximo estipulado pela Estratégia de Saúde da Família – SUS. Por óbvio, não se pode crer que, com tal extrapolação da proporção de habitantes por equipe, o atendimento prestado venha sendo de qualidade. Ainda que cada equipe se esmere ao máximo, nunca falte e até mesmo preste horas extras, milhares de pessoas ficarão subatendidas ou sem atendimento, dada a impossibilidade fática de tais profissionais se desdobrarem para atender 57.818 habitantes, ao invés de 4.000.

5 Informações obtidas no site da Secretaria Municipal de Saúde de Salvador. Disponíveis em: <http://www.saude.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=234&Itemid=60>. Acesso em: 12 abr. 2014.

6 A concentração de Unidades ou Postos de Saúde da Família em bairros mais pobres atende ao Princípio da Equidade do SUS, que visa prover mais atendimento a quem tem mais necessidade – ou seja, às populações mais vulnerabilizadas.

7 Informações obtidas no site do Portal do Departamento de Atenção Básica do SUS. Disponíveis em <http://dab.saude.gov.br/portaldab/smp_como_funciona.php?conteudo=esf> Acesso em:12 abr. 2014.

Segundo dados do Departamento de Atenção Básica do SUS, em janeiro de 2014, Salvador possuía 183 equipes de Saúde na Família cadastradas no Sistema e funcionando, distribuídas nas 51 Unidades ou Postos, proporcionando atendimento a estimados 631.350 habitantes⁸.

Vale frisar que se cada uma dessas equipes atendesse aos 4.000 habitantes previstos na Estratégia da Saúde na Família, seriam 732.000 atendimentos. Assim, os dados do Departamento de Atenção Básica do SUS denotam a ineficiência das atuais equipes. Levanta-se a hipótese dessa ineficiência se dever ao aparelhamento insuficiente das Unidades ou Postos de Saúde da Família onde atendem, a falta de preparo e/ou de profissionais para compor equipes completas.

O fato é que o número de estimados 631.350 atendimentos quase desaparece diante do peso dos quase três milhões de habitantes de Salvador. O cenário de absoluta ineficiência das Unidades e Postos de Saúde da Família é incontestável, ainda mais quando observado à luz das diretrizes e princípios da Estratégia de Saúde da Família, estabelecidas na Portaria nº 648/GM de 2006: (i) ter caráter substitutivo em relação à rede de Atenção Básica tradicional nos territórios em que as Equipes de Saúde da Família atuam; (ii) atuar no território, realizando cadastramento domiciliar, diagnóstico situacional, ações dirigidas aos problemas de saúde de maneira pactuada com a comunidade, buscando o cuidado dos indivíduos e das famílias ao longo do tempo, mantendo sempre postura pró-ativa frente aos problemas de saúde-doença da população; (iii) desenvolver atividades de acordo com o planejamento e a programação realizados com base no diagnóstico situacional e tendo como foco a família e a comunidade; (iv) buscar a integração com instituições e organizações sociais, em especial em sua área de abrangência, para o desenvolvimento de parcerias; e (v) ser um espaço de construção de cidadania.

Nenhum desses princípios vem sendo cumprido, na medida em que a quantidade de Unidades e Postos de Saúde da Família em funcionamento em Salvador é gritantemente insuficiente para sua população, e que suas equipes sequer dão conta dos 4.000 atendimentos por cada uma delas, previstos na Estratégia de Saúde da Família.

A segunda linha de ação escolhida para ser analisada foi referente à rede hospitalar. Seus objetivos específicos para 2010-2011 eram a implantação do hospital municipal, a criação de protocolos clínicos e a organização da rede hospitalar, segundo as especialidades. Para isso, a meta era construir um hospital no período mencionado.

⁸ Dados constantes do Portal do Departamento de Atenção Básica (DAB) no site Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/dab/historico_cobertura_sf/historico_cobertura_sf_relatorio.php>. Acesso em: 10 abr. 2014.

Cruzando tais previsões com as informações acerca das unidades de saúde disponibilizadas pelo município de Salvador em cada Distrito Sanitário⁹, verifica-se que não há hospital da rede municipal ativo em nenhum deles, até o presente momento. Assim, esta linha de ação não teve seus objetivos e metas alcançados.

A inexistência de um hospital da rede municipal em Salvador, cidade de proporções demográficas tão significativas, representa grave deficiência na saúde pública. Há que se lembrar que a referida capital funciona como polo concentrador de atendimento do SUS no Estado da Bahia, atraindo usuários de todas as cidades do interior.

Frise-se que o último censo apontou uma população aproximada de 15.044.137 habitantes na Bahia (IBGE, 2013). Não é de se admitir como razoável, portanto, a inexistência de um hospital municipal na capital, devidamente estruturado e equipado para fornecer atendimento pelo menos de média complexidade para a população.

Embora não seja objeto deste trabalho analisar as causas específicas da morosidade na construção de um hospital municipal em Salvador, trata-se de mais um sinal da ineficiência da gestão municipal do SUS nesse local.

Ainda que tomando como base somente duas das linhas de ação previstas no PMS 2010-2013, a situação narrada é capaz de traduzir a realidade calamitosa da saúde pública na capital baiana, que os noticiários e o senso comum da observação cotidiana confirmam facilmente.

Se o Programa de Saúde na Família deveria ser a porta de entrada do SUS, o meio prioritário de acesso dos cidadãos ao sistema deveria ser prioridade máxima da gestão, torná-lo não só eficaz e eficiente, mas também efetivo. No momento, o quadro que se apresenta não tem nenhuma dessas características. Tampouco, pode-se apontá-las na linha da implementação e aparelhamento da rede hospitalar municipal, posto que inexistente até a presente data.

4 DESCENTRALIZAÇÃO DA SAÚDE: DIFICULDADES PRÁTICAS

Como já mencionado, o Brasil optou pela gestão descentralizada da saúde na Constituição de 1988, regulamentando-a na Lei nº 8.080/90, criadora do SUS, e em outras normas infraconstitucionais.

9 Informações obtidas no site da Secretaria Municipal de Saúde de Salvador. Disponíveis em http://www.saude.salvador.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=234&Itemid=60 Acesso em 12 abr. 2014.

Cohen e Franco (1993, p.37) aduzem que:

A opção descentralizadora, então, se caracteriza por incorporar novos atores, totalmente autônomos, dentro de suas competências, no campo de forças da política social. A transferência de poderes da administração central a diversas pessoas jurídicas de âmbito territorial pode aumentar a dispersão decisória e dificultar o esforço racionalizador que conduz ao estabelecimento de um executivo social.

Um dos desafios que a descentralização do SUS enfrenta, para sua máxima efetividade, é que a maioria dos municípios brasileiros não tem arrecadação própria significativa e depende das transferências intergovernamentais de recursos, com limitada capacidade de aumentar seu grau de autonomia política e financeira a partir do processo de descentralização previsto pela Constituição de 1988 e pela Lei nº 8.080/90 (DE LIMA, 2012).

A Lei Complementar Federal nº 141, de 2012, prevê que os municípios gastem com saúde 15% de sua arrecadação tributária própria e das transferências estaduais e federais. Assim, se essa arrecadação for baixa, também serão baixos os investimentos em saúde, comprometendo a eficácia e a eficiência das ações nessa área.

Com a descentralização, também chamada de municipalização do SUS, a União ficou responsável por determinar as diretrizes das políticas de saúde e repassar aos estados e municípios os recursos necessários para executá-las.

Além das competências comuns aos outros entes federativos, são responsabilidades do município os serviços de saúde primários ou de baixa complexidade (emergências, pronto-socorro, ambulatórios de clínica geral, odontologia, pediatria, ginecologia e obstetrícia). Dificilmente realizará procedimentos de média e alta complexidade, tais como cirurgias neurológicas, cardíacas e tratamentos de câncer. Porém, em cidades de grande porte, como é o caso de Salvador, até mesmo esse tipo de atendimento pode ficar a cargo do município.

As Normas Operacionais Básicas (NOB) do SUS desde 1991 vêm regulamentando e fortalecendo cada vez mais a municipalização do Sistema. Em especial, a NOB 01/96 criou duas novas formas de gestão municipal. Na Gestão Plena da Atenção Básica, o município assume a responsabilidade sobre ações e serviços de atenção básica à saúde de sua população. Na Gestão Plena do Sistema Municipal, além de

responsabilizar-se pela provisão de atenção básica, o município assume serviços de maior complexidade, como a gerência de serviços hospitalares e a oferta de procedimentos ambulatoriais de alto custo (ANDRADE e LISBOA, 2001).

No caso sob análise, Salvador possui Gestão Plena do Sistema Municipal, segundo a Portaria nº 465/GM de 2005, o que confirma sua ingerência quanto à construção de um hospital próprio para cumprir sua obrigação de se responsabilizar também por serviços de maior complexidade. Assim, o fato de não ter construído, até 2014, um único hospital de rede própria denota grave deficiência no Sistema e na alocação de recursos feita por esta esfera.

Por outro lado, a municipalização, em tese, facilitaria a implementação dos programas de Atenção Primária à Saúde (APS), inspirados na Declaração de Alma-Ata (1978), que a conceituou como:

Atenção primária à saúde baseada em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país podem manter. [...] Faz parte integrante tanto do sistema de saúde do país [...] quanto do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. Representa o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade [...] pelo qual os cuidados de saúde são levados o mais proximamente possível aos lugares onde pessoas vivem e trabalham, e constituem o primeiro elemento de um continuado processo de assistência à saúde.

Entretanto, como demonstrado neste trabalho, a realidade soteropolitana destoa dos princípios, diretrizes, conceitos e objetivos de Atenção Básica e Saúde da Família constantes dos programas e estratégias do setor. A gestão municipal do SUS em Salvador não vem dando conta de atender aos objetivos da Estratégia de Saúde da Família, não provendo seus Distritos Sanitários de suficientes Unidades e Postos.

Inclusive, nesse sentido, a ausência de dados ou de sua publicação, até o presente momento, na Secretaria Municipal de Saúde, acerca da avaliação por ela mesma realizada quanto ao primeiro biênio do PMS, e quanto aos indicadores e metas construídas para o segundo biênio e sua referida avaliação, também apontam para as dificuldades da gestão municipal do sistema, exacerbadas com a descentralização.

Mesmo em se tratando de uma capital, que goza da gestão plena do SUS em seu território, a operacionalização da própria política, as construções de indicadores e metas, suas avaliações e execuções ainda estão longe do ideal.

5 CONCLUSÃO

O trabalho se propõe a analisar os indicadores, objetivos e metas do PMS 2010-2013, em sua interface com os princípios gerais do SUS, da Estratégia de Saúde da Família, conceitos da OMS, da Declaração de Alma-Ata e de normas infraconstitucionais brasileiras diversas sobre as políticas públicas de saúde.

Fazendo o recorte das linhas de ação propostas no PMS 2010-2013 relativas ao fortalecimento da estratégia de saúde da família e à rede hospitalar, e comparando seus objetivos e metas traçados com a realidade fática da cidade no período e até o início do ano de 2014, verificou-se um quadro de profundo distanciamento entre eles. A insuficiência da estrutura e, conseqüentemente, do acesso à saúde para a população, é inegável e precisa ser encarada pelo próximo PMS 2014-2017 de Salvador, com seriedade e avaliações prévias competentes, com a intenção de realizar profundas reformas na gestão municipal do SUS, aproximando-a mais dos conceitos de eficácia, eficiência e efetividade, e, assim, garantindo o direito fundamental à saúde para todos, conforme previsto na Carta Magna de 1988.

O que a realidade apontada pelos dados analisados indica é um profundo desrespeito ao artigo 196 da Constituição Federal¹⁰, na medida em que a estrutura municipal é flagrantemente insuficiente para atender as necessidades mínimas da população. Para ajudar a reverter tal situação, faz-se urgente uma avaliação das políticas públicas adotadas, confrontando os objetivos traçados com os resultados alcançados no PMS 2010-2013, rediagnosticando as demandas da sociedade e elaborando o novo PMS 2014-2017 com visão de futuro e maior eficácia, eficiência e efetividade. Em última instância, a população como um todo será beneficiada por essa nova abordagem da gestão municipalizada da saúde.

REFERÊNCIAS

ACIOLE, Giovanni Gurgel. A Trajetória da Saúde no Brasil: veredas e caminhos do Público e do Privado. In: **A Saúde no Brasil**: cartografias do público e do privado. São Paulo: Hucitec, 2006.

¹⁰ Artigo 196 da Constituição Federal de 1988: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE. 1978. Alma-Ata, URSS. Declaração de Alma-Ata. 1978.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS.** Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 465/GM, de 06 de fevereiro de 2005. Ministério de Estado da Saúde. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-465re.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 648/GM, de 28 de março de 2006. Ministério de Estado da Saúde. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-648.htm>> Acesso em: 12 abr. 2014.

_____. Portal do Departamento de Atenção Básica (DAB). Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br.php>> Acesso em: 10 abr. 2014.

_____. Ministério da Saúde. **Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde – SUS nº 01/96.** Brasília: Conselho Nacional de Saúde, 1996. Disponível em <<http://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm>> Acesso em: 12 abr. 2014.

COHEN, E. & FRANCO, R. **Avaliação de projetos sociais.** Petrópolis: Vozes, 1993.

CORREIA, Maria Valéria Costa. Controle Social na Saúde. In: **Serviço social e saúde: formação e trabalho profissional.** São Paulo: Cortez, 2006.

D'ESPÍNDOLA, Thereza C. de A. S. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. **Revista Bioética**, v. 21, nº 3, 2013, pp. 438-447.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo Demográfico de 2013.** Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, dados referentes ao Estado da Bahia. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=ba>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

JANNUZZI, P.M. **Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fontes de dados e aplicações.** Campinas: Alínea, 2001.



OLIVEIRA, Djalma de P. R. de. **Planejamento Estratégico**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Luciana Dias. Federalismo, descentralização e regionalização na política de saúde no Brasil. In. ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp.131-161.

SALIBA, Nemre Adas; GARBIN, Cléa Adas Saliba. et al. **Plano Municipal de Saúde**: análise do instrumento de gestão. Biosci. J. Uberlândia, v. 29, nº 1, pp. 224-230, jan./fev. 2013

SALVADOR. Prefeitura Municipal. Secretaria Municipal da Saúde. **Plano Municipal de Saúde 2010-2013**. Salvador: Prefeitura Municipal, 2010.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITO FAMILIAR: ACESSO À JUSTIÇA CÉLERE E EFICAZ

THE MEDIATION OF FAMILIARS CONFLITS: SPEEDY AND EFFECTIVENESS ACCESSES TO THE JUSTICE

Daniela Maria Marques Azevedo¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PARADIGMA DO DIREITO CONSTITUCIONAL COETÂNEO. 3 DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA CÉLERE E EFICAZ. 4 DIFERENÇAS ENTRE A CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO. 5 MEDIAÇÃO FAMILIAR. 6 NÚCLEO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente artigo aborda o tema: “A mediação de conflito familiar: acesso à justiça célere e eficaz”, onde se retrata o antagonismo entre a crise do sistema judicial em vigor e a tendência neoconstitucionalista, que exige, através da interpretação constitucional, a eficácia do direito fundamental ao acesso à justiça célere e eficaz no Estado Democrático de Direito. Destarte, traz à tona a necessidade da utilização de método autocompositivo adequado de solução de conflitos como elemento integrador da Justiça para a coesão social. Nesse trilhar, estuda a mediação, através do conceito, inclusive diferenciando-a da conciliação, bem como natureza jurídica, fundamento, objeto, objetivo, princípios, procedimentos, métodos, etapas e o papel do mediador. Ressalta-se a importância da mediação, principalmente na seara familiar, como instrumento para a consecução da cidadania e pacificação social, demonstrando a imprescindibilidade do diálogo de várias disciplinas e, conseqüentemente, do suporte da equipe multidisciplinar na sessão de mediação familiar. Por conseguinte, destaca-se a existência do Núcleo de Mediação Familiar da Defensoria Pública do Estado da Bahia e também do Núcleo de Apoio Psicossocial da pre dita Instituição, consubstanciada numa pesquisa de campo, realizada no lapso temporal de três anos. Por derradeiro, assevera a

¹ Defensora Pública do Estado da Bahia, ex-coordenadora do Núcleo de Mediação Familiar da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduada “*latu sensu*”, pela Escola de Magistrados da Bahia (EMAB). E-mail: daniela.azevedo@defensoria.ba.gov.br.



necessidade de mudança do paradigma social, integrando a cultura da mediação no seio social, por intermédio dos meios de comunicação, efetivação de políticas públicas, ensino nas universidades, realização de cursos e congressos, enfim pelo incentivo da prática mediadora entre os cidadãos.

Palavras-chave: Mediação Familiar. Acessibilidade. Celeridade. Eficácia.

ABSTRACT: *This article discusses the topic: "The mediation of family conflict: access to justice expeditiously and effectively", which depicts the antagonism between the crisis of the judicial system in place and the neoconstitutionalism tendency, which requires, through constitutional interpretation, the effectiveness of fundamental right to access to justice expeditiously and effectively in a Democratic State of law. Thus, brings up the necessity to use the right self compostive method to solve the conflict as an integrator of Justice for social cohesion. In this tread, studying mediation, through the concept, including differentiating the conciliation, as well as legal, grounds, object, objective, principles, procedures, methods, steps and the role of mediator. We emphasize the importance of mediation, especially in harvest family as an instrument for achieving citizenship and social pacification, demonstrating the indispensability of dialogue from various disciplines and therefore the support of a multidisciplinary team in family mediation session. Therefore, we highlight the stocks of the Center for Family Mediation of the Public Defender of the State of Bahia and also of the Center for Psychosocial Support of Institution predicted, based on field research conducted in the time span of three years. For ultimate asserts the need to change the social paradigm, integrating culture within social mediation, through the media, effective public policy, university teaching, conducting courses and conferences, and finally by encouraging the practice mediates citizens.*

Keywords: *Family Mediation. Accessibility. Celerity. Effectiveness.*

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, conforme previsão do art. 1º da Carta Magna Brasileira de 1988, é fundamental à organização e fundamento do Estado, através de valores e princípios que o consubstanciam, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

No entanto, atualmente, é inegável a existência de um grande abalo no arcabouço do Sistema Judicial Vigente², restando, dessa forma, totalmente configurado este panorama, através da demorada, excessivamente burocratizada, custosa, viciada, desacreditada, dificilmente acessível e ineficaz, prestação jurisdicional tradicional.

Inicialmente, cabe aduzir que para a realização do real sentido da aludida Constituição Federal, em consentâneo com os novos modelos constitucionais e processuais, torna-se necessário buscar meios adequados para a situação de crise do Poder Judiciário no Estado.

Neste momento, vale asseverar que a pretensão do artigo, ora em comento, é trazer à tona um meio adequado de solução de controvérsias, reconhecendo, no entanto, a imprescindibilidade da integração dos sistemas de resolução de conflitos, afastando, assim, a ideia de alternatividade e hierarquização entre os sistemas. Ademais, pretende demonstrar a possibilidade de efetivação do direito fundamental ao acesso à Justiça célere e eficaz, especialmente, no âmbito familiar, através da mediação.

Nesse sentido, a fim de traçar uma linha pesquisada, deve-se asseverar que os processualistas modernos estudam o Direito Processual sob a égide constitucional (neoprocessualismo), cujo entendimento é de que o processo deve ser meio, e não fim em si mesmo.

Estes neoprocessualistas são guiados pelos direitos e garantias fundamentais, como o acesso à Justiça célere e eficaz. Dessa forma, cria-se um cenário propício para a participação ativa dos cidadãos na busca pela adequada resolução de seus conflitos.

Destarte, a propulsão desta pesquisa encontra arrimo nos ensinamentos teóricos, bem como na experiência prática do Núcleo de Mediação Familiar da Defensoria Pública do Estado da Bahia, projetado, criado e coordenado pela Defensora Pública Daniela Azevedo, de junho de 2010 até junho de 2013.

Adequado, neste momento, é aduzir que a criação do predito Núcleo surgiu da necessidade da Defensoria Pública, instituição essencial à Justiça, de criar um meio adequado de resolução de conflitos defronte da enorme crise do Sistema Judicial

2 Fraveto aduz que: "O Brasil enfrenta problemas de difícil equação dentro da lógica e do respeito ao acesso à Justiça. Há um pressuposto notório de que os modelos tradicionais encontram-se significativamente esgotados para uma resposta eficaz ao universo maior e cada vez mais complexo de conflitos sociais." FRAVETO, Rogério. **Redes de Mediação**: um Novo paradigma à Pacificação dos Conflitos. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B2C6FA354-9062-4927-9767-DE925A5EA180%7D>>. Acesso em: 27 maio 2012.

vigente. Assim, ocorre a busca pelo tratamento adequado das demandas litigiosas na sociedade atual, mediante o fortalecimento da comunicação entre as partes, estimulada por terceiro.

Neste viés, há uma valorização da democracia, cidadania e do consenso entre os cidadãos, através da análise do conflito, não para negá-lo, pois é inerente às relações humanas, mas para solucioná-lo por meio de instrumento específico, diferenciado e consensual, proporcionando uma pacificação social.

Eis a lição de Nancy Andrighi e Gláucia Falsarella Foley:

Para o sistema operar com eficiência, é preciso que as instâncias judiciárias, em complementariedade à prestação jurisdicional, implementem um sistema de múltiplas portas, apto a oferecer meios de solução de conflitos voltados à construção do consenso - dentre eles, a mediação³.

A sociedade contemporânea não se mostra satisfeita com a forma tradicional de resolução do litígio, pois se queixa da morosidade da Justiça e, principalmente, da ineficácia das suas decisões. Por isso, a predita crise da Justiça ocupa espaço crescente na agenda política, acadêmica e dos meios de comunicação.

Seguindo esta entoação, Marcelo Vieira de Campos declara:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais, o não cumprimento e eficácia de suas decisões e os limites da transparência retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e colocam em dúvida a crença dos cidadãos ao regime democrático de direito⁴.

Por conseguinte, a rapidez à resolução pelas partes, aliada ao baixo custo e banimento do excesso de formalidade, representa progresso real do qual não se pode renunciar.

3 ANDRIGHI, Nancy; FOLEY Gláucia Falsarella. **Sistema multiportas**: o Judiciário e o consenso. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B2C6FA354-9062-4927-9767-DE925A5EA180%7D>>. Acesso em: 27 maio 2012.

4 CAMPOS, Marcelo Vieira de. **Não basta a justiça ser célere, precisa ser acessível**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>. Acesso em: 24 jul. 12.

Diante da mencionada crise, a solução adequada da controvérsia é necessária para que o sistema deixe de estar sobrecarregado e possa aplicar os escassos recursos disponíveis naquelas demandas que realmente exijam sua atuação. Nesta senda, é importante buscar a administração dos conflitos, através de procedimentos que busquem a resolução das querelas pelas próprias partes, como ocorre na mediação.

Este trabalho almeja pesquisar uma política pública de Justiça, que deva ter como objetivo favorecer ao cidadão, visando o seu bem-estar social, mediante a facilitação do acesso a um procedimento resolutivo de litígio mais efetivo e, por conseguinte, proporcionando uma tutela jurídica com menor custo.

2 PARADIGMA DO DIREITO CONSTITUCIONAL COETÂNEO

O Direito Constitucional contemporâneo passou por uma revolução nos últimos anos que modificou, substancialmente, o modo de pensar e atuar o direito, já que tem a vertente de não se apegar à lei, mas, sim, ao direito justo, além de revalorizar o ideal constitucional, pois reconhece a Lei Maior como instrumento de mudança social.

Contudo, percebe-se que os cidadãos brasileiros não foram previamente preparados para a efetivação dos direitos advindos da Constituição de 1988, acarretando, desse modo, um total descompasso entre a previsão legal e a efetivação da mesma.

Haja vista, a partir da citada Carta Magna⁵, com o aumento das normatizações das garantias constitucionais em conjunto com a formação de uma sociedade multifacetada, cujos membros são ainda despreparados para resolverem os seus conflitos interpessoais, já que possuem dificuldades de se comunicar⁶, criou-se um ambiente apropriado para a atual crise da prestação jurisdicional.

Destarte, a Justiça Mediadora, ao buscar a solução dos conflitos pelas partes, não atende apenas aos reclamos da funcionalidade e eficiência do aparelho jurisdicional, pois o acesso aos direitos não deve ter apenas o escopo jurídico, mas, principalmente, o escopo social.

5 Uadi Lammêgo Bulos ensina, acerca das características da Carta de 1988: "Previu princípios fundamentais, ao contrário das constituições pregressas, que não demarcaram, logo no introito, as garantias do homem e da sociedade." BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

6 Acerca do despreparo dos cidadãos, Daniel Carneiro assevera: "O Brasil é constituído por uma sociedade extremamente desigual, permeada por ignorância e com sua estrutura educacional deficitária." CARNEIRO, Daniel Carneiro. **A mediação de conflitos como instrumento de acesso à justiça e incentivo à cidadania**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17698/a-mediacaode-conflitos-como-instrumento-de-acesso-a-justica-e-incentivo-a-cidadania>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

Igualmente, revela-se o fundamento social das vias mediadoras, que consiste na sua função de pacificação social. Esta, geralmente, não é alcançada apenas pela sentença judicial, que se limita a ditar autoritariamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela insurge-se com todos os meios possíveis de recurso.

Além do mais, o pronunciamento judicial decisivo limita-se a solucionar a parcela da lide levada a juízo, por isso não pacifica a lide sociológica, em regra mais ampla, da qual a decisão emergiu como simples ponta do *iceberg*. Neste cenário, é possível ainda desencadear outros inúmeros conflitos, como também agravar os problemas já existentes, criando, assim, uma escalada do conflito.

Por essa razão, salienta-se que a Justiça tradicional volta-se para o passado, enquanto a Justiça consensual dirige-se para o futuro, posto que esta previne e apazigua situações de tensões e rupturas relacionais.

O fato é que com as grandes transições que ocorrem no mundo, como: avanços tecnológicos, violência e globalização, faz-se necessário que o Direito também evolua, com a finalidade de adaptar-se às mudanças sociais, mantendo a sua função precípua de assegurar a justiça em todas as suas nuances.

Diante deste contexto, não só os operadores do Direito, mas também membros da sociedade entendem que o modelo conservador do processo litigioso atual, o monopólio estatal, situação em que o Estado substitui a vontade dos cidadãos, não é o melhor instrumento para a efetivação dos direitos constitucionais.

Assim, na procura pelo efetivo acesso à Justiça, caminha-se na direção dos meios adequados de resolução de controvérsias, como a mediação, oportunidade em que os cidadãos manifestam as suas vontades, restaurando a capacidade emancipatória, por intermédio da autogestão de seus conflitos.

Portanto, é notório que o método contencioso da controvérsia não é o mais apropriado para certos tipos de conflito, como o familiar, em que se faz necessário observar os problemas estruturais do relacionamento que estão à base da litigiosidade. E, em razão deste panorama, promover aos cidadãos o acesso à Justiça, através de meios adequados para a solução de conflitos, é um grande desafio, mas a sua realização é imprescindível para a efetivação da cidadania e pacificação social, através da coesão social.

Todavia, ressalte-se que para tentar compreender a atual conjuntura jurídica brasileira convém afirmar que, mundialmente, o neoconstitucionalismo⁷ produziu efeitos a partir da 2ª Guerra Mundial, mas no Brasil surtiu suas consequências a partir da Constituição Federal de 1988.

Segundo o nobre professor Luís Roberto Barroso, o conceito de neoconstitucionalismo significa:

[...] em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica⁸.

Sob este enfoque, da análise do neoconstitucionalismo, vislumbra-se que as suas principais características são: a valorização e prevalência dos princípios diante das normas e, conseqüentemente, a ponderação mais que subsunção das normas; constitucionalização de diversos ramos do Direito⁹; estudo jurídico mais amplo e democrático, originando a mudança do paradigma jurídico e prevalência da Justiça específica diante da Justiça geral.

Destarte, os princípios constitucionais passaram a ser os pilares imprescindíveis na interpretação¹⁰ dos institutos do Direito. Diante da propensão da valorização do princípio sobre a norma, é apropriado estabelecer a distinção entre eles, a fim de se descortinar a conjuntura constitucional coetânea.

A despeito do tema, Luís Roberto Barroso ponderou o seguinte:

7 Uadi Lammêgo Bulos ensina sobre neoconstitucionalismo: "A fase que estamos vivendo é a do constitucionalismo contemporâneo, que equivale ao neoconstitucionalismo, marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, a exemplo da Constituição brasileira de 1988." BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

8 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os Conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 266.

9 Sobre a constitucionalização do Direito Privado, Pedro Lenza ensina: "Avançado, por outro lado, modernamente, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (...), cada vez mais se percebe uma forte influência do Direito Constitucional sobre o Direito privado (...)." "Essa situação, qual seja, a superação da rígida dicotomia entre o público e o privado, fica mais evidente diante da tendência de descodificação do Direito Civil, evoluindo da concentração das relações privadas na codificação civil para surgimento de vários microsistemas (...)." "Todos esses microsistemas encontram o seu fundamento na Constituição Federal, norma de validade de todo o sistema, passando o Direito Civil por um processo de despatrimonialização". LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 2-3.

10 Para Uadi Lammêgo Bulos, interpretação ou exegese constitucional é: "Ato de descortinar o sentido, significado e alcance de normas constitucionais, tomando como base métodos, princípios e técnicas científicas de exegeses desenvolvidas pela hermenêutica." BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores convencional na matéria¹¹.

É de bom alvitre revelar que da tendência neoconstitucionalista, por intermédio da hermenêutica constitucional, emergiu a necessidade de operacionalizar os ditames constitucionais, os tornando plenamente eficazes. Em consentâneo com a mutação da figura do Direito Constitucional, que causou impactos mais do que jurídicos, sociais, é necessário analisar o desenvolvimento dos princípios, da interpretação e da efetividade constitucional¹².

Depreende-se da lição de Konrad Hesse, citado por Luís Roberto Barroso, acerca da efetividade constitucional:

A ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso¹³.

Neste patamar, o Direito delinea uma transição, posto que, em algumas hipóteses, desformaliza conceitos e procedimentos rígidos, com a finalidade de promover justiça, operacionalizando, assim, os direitos fundamentais.

11 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2006, p. 257.

12 Para Uadi Lammêgo Bulos, eficácia constitucional é: "A capacidade de as normas supremas do Estado produzirem efeitos, os quais variam em grau e profundidade." "Eficácia constitucional = potencialidade = capacidade das constituições gerarem efeitos." BULOS, Uadi.

13 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2006, p. 246.

Nota-se, portanto, que o neoconstitucionalismo e a interpretação constitucional são hábeis instrumentos para a consecução da eficácia dos preceitos constitucionais, como o direito ao acesso à Justiça célere e eficaz, nos moldes do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

3 DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA CÉLERE E EFICAZ

Em conformidade com o constitucionalismo coetâneo, os direitos fundamentais não podem ser meros planos, mas sim direitos plenamente efetivados, através de ações concretas¹⁴, que oportunizem totalmente a aplicação dos direitos.

A Carta Magna de 1988 introduziu novos direitos nos âmbitos: social, civil, individual e coletivo. Dessa forma, aumentou de maneira significativa a demanda por Justiça na sociedade brasileira¹⁵. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania, mediante o começo da conscientização das pessoas dos seus direitos. Em seguida, pela circunstância do texto constitucional ter criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses.

Adequado, neste momento, é ressaltar que o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, porque àquele não significa apenas levar as querelas dos usuários ao Poder Judiciário, mas, realmente, inserir socialmente os cidadãos, que estão excluídos pela hipossuficiência financeira, informativa ou técnica do sistema judicial vigente.

Válida é a lição de Watanabe, citado por Pedro Lenza:

14 Rogério Favreto ensina: "Entretanto, é dever do Estado implementar políticas públicas de acesso universal à Justiça brasileira. Dentro do escopo do PRONASCI - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, que combina ações de segurança pública com políticas sociais, a Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ) do Ministério de Justiça propõe ações voltadas à Revolução Democrática do Direito e melhor efetivação do direito fundamental de acesso à Justiça." FAVRETO, Rogério. **Redes de Mediação**: um novo paradigma à pacificação dos conflitos. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B2C6FA354-9062-4927-9767-DE925A5EA180%7D>>. Acesso em: 27 maio 2012.

15 Nancy Andrighi e Gláucia Falsarella Foley aduzem: "As recentes análises sobre a explosão de litigiosidade no âmbito do sistema de justiça têm destacado a cultura excessivamente adversarial do povo brasileiro. Embora esse fenômeno revele uma dimensão positiva ao expressar a consciência dos cidadãos em relação aos seus direitos, o culto ao litígio, porém, parece refletir a ausência de espaços - estatais ou não - voltados à comunicação de pessoas em conflito. Com raras exceções, não há, no Brasil, serviços públicos que ofereçam oportunidade e técnicas apropriadas para o diálogo entre partes em litígio" Aqueles que acessam a via judicial enfrentam as dificuldades impostas por um sistema talhado na lógica adversarial. Os profissionais do Direito nem sempre dispõem de habilidades específicas para a condução de processos de construção do consenso. Ao contrário, o que se verifica, em geral, é a aplicação de técnicas excessivamente persuasivas, comprometendo a qualidade dos acordos obtidos. Nesse contexto, ainda, que o Sistema de Justiça se esforça em modernizar os seus recursos humanos, materiais, normativos e tecnológicos, a dinâmica da explosão de litigiosidade ocorrida nas últimas décadas no Brasil continuará apresentando uma curva ascendente em muito superior à relativa aos avanços obtidos. ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. **Sistema multiportas**: o Judiciário e o consenso Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B2C6FA354-9062-4927-9767-DE925A5EA180%7D>>. Acesso em: 27 maio 2012.

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa¹⁶.

Neste prisma, a aludida Constituição Federal, através da alteração ocorrida com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada Reforma do Poder Judiciário, instituiu, consoante o art. 5º, inciso LXXVIII, o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, conhecido como Princípio da Duração Razoável do Processo¹⁷.

O Princípio da Razoável Duração do Processo assegura a aplicação de formas rápidas nos procedimentos, racionalização das atividades e celeridade da decisão nos âmbitos judiciais ou administrativos¹⁸. Ainda regulamenta também a respeito da duração razoável do processo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, através do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, no art. 8, inciso I.

Em contrapartida com o princípio da celeridade processual, o início do avanço da conscientização popular e da democracia ocasionou enorme procura pelo Judiciário¹⁹.

A respeito do tema, Marcelo Vieira de Campos afirma:

Ao longo desses 23 anos de promulgação da nossa Constituição Cidadã, a sociedade brasileira passou a ter mais consciência dos seus direitos, ao ver colocadas em causa as políticas sociais e de desenvolvimento do estado. Nessa perspectiva, onde os objetivos para o fortalecimento da democracia são adensados à ampliação e

16 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematisado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 614.

17 A respeito do tema, Marcelo Vieira de Campos: "Paralelamente, e dando seguimento à reforma deflagrada com a Emenda Constitucional 45/2004, avanços normativos relevantes vêm sendo alcançados, a exemplo dos 21 projetos de lei aprovados no âmbito do "II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", compromisso assinado, em 2009, entre os chefes dos três poderes. Vale lembrar, nesse contexto, que foram aprovadas leis importantes como a Lei complementar 132/2009, segundo a qual a Defensoria Pública pode se organizar em núcleos ou núcleos especializados, priorizando as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional." CAMPOS, Marcelo Vieira de. **Não basta a Justiça ser célere, precisa ser acessível**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B2C6FA354-9062-4927-9767-DE925A5EA180%7D>>. Acesso em: 27 maio 2012.

18 Uadi Lammêgo Bulos ensina sobre acesso à Justiça célere: "Pelo princípio da razoável duração do processo, as autoridades jurisdicionais e administrativas devem exercer suas atribuições com rapidez, presteza e segurança(...)". BULOS, Uadi.

19 "Em 2009 o Judiciário Estadual brasileiro recebeu 18,7 milhões de ações, apenas 67 mil a mais do que entrou no ano anterior". "A taxa de congestionamento geral da Justiça estadual é de 73%. Na primeira instância, a proporção sobe para 80%. (...)". "O estoque global de ações não julgadas na justiça estadual cresceu".

à consolidação de direitos, é necessário evitar que os propósitos de aperfeiçoamento do Sistema de Justiça Brasileiro sejam dominados, tão somente, pelo ideal da celeridade processual. Do ponto de vista de uma revolução democrática da Justiça, não basta apenas a celeridade. Deve-se garantir, acima de tudo, uma Justiça cidadã, aberta e próxima ao povo²⁰.

Corroborando este cenário, os relatórios relativos à litigiosidade do Conselho Nacional de Justiça, sob a ótica dos casos novos, casos pendentes, total de sentenças e decisões, revelam o gradativo aumento da carga de trabalho, bem como da taxa de congestionamento das demandas processuais na Justiça Estadual baiana nos anos de 2009 e 2010²¹. No Brasil, quantitativamente, o número de divórcios é o maior desde 1984, quando começaram as estatísticas do registro civil, devido a uma alteração legislativa constitucional, segundo números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²².

Conforme estes dados estatísticos, o patamar de divórcios alcançou o número de 1,8 por mil habitantes no ano de 2010, entre as pessoas de 20 anos ou mais idade. A mencionada pesquisa relata que a elevação decorre do término da exigência do lapso temporal para a dissolução do casamento, bem como pela aceitação do divórcio pela sociedade nacional.

O aludido estudo demonstra ainda o aumento dos divórcios consensuais, que representaram 75,2% dos divórcios, como também o aumento da guarda compartilhada dos filhos menores entre os divorciandos, passando de 2,7%, em 2000, para 5,5%, em 2010.

A prestação jurídica, desde que respeitando os direitos constitucionais, é um importante artefato de cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana e cidadania.

Diante do exposto, ficou comprovada a necessidade de construir procedimentos adequados de solução de controvérsias, a fim de equacionar a deficiência do

20 CAMPOS, Marcelo Vieira de. **Não basta a Justiça ser célere, precisa ser acessível**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B2C6FA354-9062-4927-9767-DE925A5EA180%7D>>. Acesso em: 27 maio 2012.

21 CNJ. Justiça em números. Justiça Estadual - TJ Bahia, dados atualizados em 16/05/2011. <http://www.cnj.jus.br/relatorio.interativo/mapa/estadual/tjba.htm>.

22 GI. **Número de divórcios no Brasil é o maior desde 1984, diz IBGE**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/numero-de-divorcios-no-brasil-e-o-maior-desde-1984-diz-ibge.html>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

sistema de justiça conservador. Nesse diapasão, os autores José Luiz Morais e Anarita Araújo Silveira, citados por Rozane da Rosa Cachapuz, ensinam acerca da mediação como instrumento de efetivação do acesso à Justiça:

Esse pensar cria fórmulas renomadas no contexto atual, onde observamos que, embora se recorra aos tribunais de forma irracional, por vivermos numa sociedade de cultura essencialmente litigiosa, existe uma quantidade considerável de conflitos que poderiam ser perfeitamente resolvidos pelas próprias partes ou com a ajuda de um terceiro. Esses mecanismos alternativos, entre os quais se cita a mediação, colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e reduzir o custo e a demora dos procedimentos, estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos e facilitar o acesso à Justiça, já que, por vezes, muitos conflitos ficam sem resolução porque as vias de obtenção são complicadas e custosas, e as partes não têm alternativas disponíveis a não ser, quem sabe, recorrer à força²³.

No entanto, existem outros meios de solução dos conflitos, que são denominados de equivalentes jurisdicionais²⁴. É propício, portanto, indicar a existência de duas espécies de equivalentes jurisdicionais, a saber: heterocomposição e autocomposição.

A heterocomposição significa a solução de conflito por intermédio de um terceiro. Como exemplo de forma heterocompositiva, existem a jurisdição (tutela jurisdicional)²⁵ e a arbitragem²⁶.

A autocomposição, também conhecida como não adversarial, é um dos meios apropriados de resolução de conflitos, através das próprias partes, que procura a solução das suas contendas e, conseqüentemente, a pacificação social.

23 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 17.

24 Na lição de Fredie Didier Júnior, os equivalentes jurisdicionais são as formas de solução de conflito, autorizadas pelo ordenamento jurídico, em que não há exercício da jurisdição estatal. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 68.

25 Segundo Fredie Didier, "A jurisdição é a realização do direito em uma situação concreta, por meio de terceiro imparcial." DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 65.

26 Para Fredie Didier, arbitragem: "É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, (...)." "A arbitragem, no Brasil, é regulamentada pela lei Federal nº 9307/96." DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 70.

Em elucidação precisa acerca da autocomposição, Petrônio Calmon amplia a ideia de Carnelutti a respeito dos equivalentes jurisdicionais, considerando a autocomposição como meio de solução dos conflitos, como o são a jurisdição e a autotutela²⁷.

Observa-se, então, que os mecanismos para obtenção de autocomposição das lides, como a mediação, mostram-se como ações específicas para a concretização do acesso à Justiça célere e eficaz.

4 DIFERENÇAS ENTRE A CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A palavra mediação tem origem do latim *mediare*. Denota dividir ao meio. *Mediatio*²⁸ denota intercessão. Eis o conceito de mediação, segundo Petrônio Calmon²⁹:

À inclusão informal ou formal de terceiro imparcial na negociação ou na disputa dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para obtenção da autocomposição caracterizado pela participação de terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos. Em outras palavras, mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável.

A mediação é uma negociação onde predomina a autonomia da vontade das partes interessadas com a ajuda de um facilitador, pessoa capacitada para gerenciar a pacificação de conflito de forma consensual, que é o mediador³⁰.

Este instituto deve ser utilizado como praxe não adversarial de solução dos litígios interpessoais e reais dos cidadãos. Destarte, a mediação configura-se como um meio adequado para resolver a contenda de forma construtiva, arrimada na escuta e participação neutra de um terceiro, a fim de que seja garantida a legitimidade do procedimento.

27 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84.

28 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 24.

29 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119.

30 Nancy Andrighi e Gláucia Falsarella Foley lecionam: "Por essa técnica, as partes constroem, em comunhão, uma solução que atenda as suas reais necessidades. O mediador não julga, não sugere nem aconselha. O seu papel é o de facilitar que a comunhão seja (re)estabelecida, sob uma lógica cooperativa, e não adversarial". ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. **Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=967B2C6FA354-9062-4927-9767-DE925A5EA180%7D>>. Acesso em: 27 maio 2012.

A diferença entre mediação e conciliação vai além da terminologia dos dois institutos, guiando-se por alguns critérios distintivos, a saber: vínculos, finalidades e métodos³¹.

Por ser comum a confusão entre conciliação e mediação, é imprescindível a realização da distinção entre os aludidos institutos, a fim de que os cidadãos possam escolher³².

Constata-se, de pleno, que, por intermédio da mediação, o conceito de Justiça significa a consciência da situação fática e jurídica das partes da alteração em que estão envolvidas, produzindo, dessa forma, um resultado satisfatório.

Na mediação³³ de conflitos, encontra-se presente um terceiro, mediador, que contribui para o restabelecimento ou manutenção da comunicação entre as partes para que as mesmas, através da análise de uma nova visão sobre a situação litigiosa, cheguem à solução do problema que gerou a contenda. Neste enfoque, o mediador age como facilitador da resolução da controvérsia. Logo, é construída uma autocontenção do problema pelas partes.

Na lição de Hebe Signorini Gonçalves e Eduardo Ponte Brandão, a mediação deve ter como foco mais o diálogo dos mediandos do que apenas a celebração do acordo³⁴. Já na conciliação existe um terceiro conciliador, que direciona as partes na elaboração do acordo, sem observar a causa originária da lide, restando, desta sorte, cristalina a natureza impositiva deste instituto.

A respeito da dessemelhança da conciliação e mediação, o autor Haim Grunspun, citado por Rozane da Rosa Cachapuz, ensina:

Ambs são meios extrajudiciais de resolução de conflitos que utilizaram terceiros imparciais. Na conciliação, esses terceiros conduzem o processo na direção do acordo, opinando e propondo soluções. Na conciliação, o terceiro imparcial pode usar de seus conhecimentos profissionais nas opiniões que emite. O juiz sabe que foi o acordo possível e homologa o acordo. O poder, a autoridade e o

31 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 111.

32 RIOS, Luana. Diferenças entre mediação e conciliação. **Revista Voz Cidadã**. Atuação Extrajudicial: Ensinar, Prevenir, Mediar e Conciliar. Maio de 2012, ano 01, nº 01, p. 19.

33 Para Fredie Didier Júnior, mediação significa: "Mediação é uma técnica não estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução autocomposta." "Trata-se de técnica para catalisar autocomposição". JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 70.

34 GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte. **Psicologia Jurídica no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 84.

domínio aparecem e, por isso, se mantêm entre as partes separadas mais ressentimentos e ideias de vingança, e novos conflitos judiciais voltam às cortes. Na mediação, o terceiro, imparcial, não opina, não sugere, nem decide pelas partes. O mediador está proibido por seu código de ética de usar seus conhecimentos profissionais especializados como os de advogado ou psicólogo, por exemplo, para influir na decisão. A mediação, além do acordo, visa à melhora das relações entre os pais separados e a comunicação em benefício dos filhos³⁵.

Juan Carlos Vezzulla, citado por Caetano Lagrasta Neto, realiza também uma breve diferenciação da conciliação e mediação³⁶:

Mais próxima do Poder Judiciário, a conciliação, visto que uma das grandes diferenças entre esta e a mediação reside na existência ou não de relacionamento entre as partes (ou seja, relações em que as partes desejam manter o relacionamento). A sua existência exige um trabalho de mediação e a sua ausência ou a existência de simples relacionamentos circunstanciais sem desejo de continuação ou aprofundamento (...).

Outro aspecto relevante de distinção entre os dois institutos é a natureza das relações conflituosas, porque na mediação o objeto é a relação continuada, como as demandas familiares e de vizinhança, enquanto na conciliação o objeto é a relação eventual, situações esporádicas, que não se ocupam com a manutenção dos vínculos.

Diante do exposto, entende-se que, embora almejem a consensualidade, a mediação e a conciliação possuem nuances específicas que as distinguem. Da análise da primeira, depreende-se que a sua natureza jurídica é contratual, visto que o mencionado instituto é formado por todos os elementos essenciais de um contrato, a saber: soberania da vontade das partes; a criação, a modificação ou extinção de direitos; objeto lícito e não defeso de lei.

35 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 19.

36 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

Tal entendimento é confirmado por Adolfo Braga Neto, citado por Rozane da Rosa Cachapuz, que opina o seguinte acerca do tema: "... duas ou mais vontades orientadas para um fim comum de produzir consequências jurídicas, extinguindo ou criando direitos"³⁷.

No que concerne à forma de expressão, a mediação possui uma linguagem ternária³⁸ renunciando o pensamento binário (autor-réu, ganhador-perdedor), pois é fundamentada na teoria de agir comunicativo de Habermas, numa síntese entre ação e linguagem.

A propósito, eis a concepção de Habermas, citado por Marli Marlene M. da Costa e Charlise Paula Collet:

Os atos de fala são basicamente formas de comunicação dinâmica e contextuais, para cujo sucesso não é suficiente a obediência a regras gramaticais pré-estabelecidas. é que, além de seguir essas regras, um falante competente (neste caso, o Estado administrador) deve ser capaz de fazer o ouvinte interlocutor (cidadania) entender o contido proposicional de uma sentença (proposta preliminar de governo) e sua força ilocucionária, a qual indica como uma proposição deve ser considerada (como afirmação, questão, promessa, ameaça, pedido), a partir do que se constitui uma oportunidade de construção de entendimento sobre o que se pretende como discurso proposto, atendimento dos interesses efetivamente públicos da comunidade³⁹.

Sendo assim, o mediador deve sempre ter o discurso positivo, evitando ou aniquilando o ruído de comunicação entre os mediandos, propiciando o devido acesso à Justiça às partes. Por sua vez, o objeto precípua da mediação é a relação interpessoal real conflituosa, que repercute no convívio social. Em razão disso, há uma tentativa de preservação dos relacionamentos continuados.

Acerca da preservação das relações continuadas, Petrônio Calmon afirma:

37 CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

38 Sobre o tema, trata Jean François-Six, citado por Gustavo Andrade: "Este 'agir comunicacional' de que fala Habermas é um lugar intermediário (...), um espaço terceiro entre duas partes que permite aos cidadãos cooperar na criação, dia a dia, da democracia..." ANDRADE, Gustavo. **Mediação familiar**. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 499.

39 SPENGLER, Marcos; Fabiana, LUCAS, Douglas Cesar. **Justiça Restaurativa e Mediação**. Políticas no Tratamento dos Conflitos Sociais, Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2011, p. 91.

Mediação é a intervenção de um terceiro imparcial na negociação entre os envolvidos no conflito, facilitando o diálogo ou incentivando o diálogo inexistente, com vistas a que as próprias partes encontrem a melhor forma de acomodar ambos os interesses, resolvendo não somente o conflito latente, quanto à própria relação antes desgastada, permitindo a sua continuidade pacífica⁴⁰.

Delimitam-se as espécies de mediação, conforme o seu objeto de conflito. por exemplo: mediação escolar⁴¹, mediação intercultural⁴², mediação ambiental, mediação organizacional⁴², mediação empresarial⁴³, mediação comunitária e mediação familiar.

Cumpram-se, em relação ao objeto, que a mediação não pode ser utilizada em todos os casos concretos, devido à incompatibilidade do litígio com as características do instituto, como nas situações de violência doméstica e relações esporádicas.

Neste trilhar, percebe-se que a mediação mais do que a solução da contenda aparente, visa propiciar a paz dos conflitantes, os inserindo no contexto social, mediante a celebração do acordo alinhavado por eles.

Portanto, o êxito do objetivo da mediação decorre da pesquisa da origem do problema que acarreta a lide, incentivando as partes a terem uma visão positiva do conflito, a administrarem os seus problemas, a reorganizarem a relação rompida e a resolverem o litígio. Urge afirmar que o mencionado instituto tem por finalidade⁴⁴: a preservação dos relacionamentos, a manutenção dos vínculos e o protagonismo das partes.

A mediação contém algumas regras basilares que devem nortear o papel do mediador, bem como a postura dos mediandos, chancelando, deste modo, todo o procedimento.

40 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

41 SPENGLER, Marcos; Fabiana, LUCAS, Douglas Cesar. **Justiça Restaurativa e Mediação**. Políticas no Tratamento dos Conflitos Sociais, Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2011, p. 346.

42 Ibid., p. 342.

43 SILVA, Denise Maria Perissinida. **Mediação e Guarda Compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2001, p. 309.

44 Sobre o tema, asseveram Nancy Andriighi e Gláucia Falsarella Foley: "Além de efetiva na resolução de litígios, a mediação confere sentido positivo ao conflito, pois patrocina o diálogo respeitoso entre as diferenças; (...); a coesão social e, com ela, a diminuição de violência." Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B2C6FA354-9062-4927-9767-DE925A5EA180%7D>>. Acesso em: 27 maio 2012.

Destarte, vislumbra-se dos *standards* MAMP⁴⁵ (*Massachussets Association of Mediation Programs*) do Código de Ética dos Mediadores⁴⁶, que indica os critérios a serem utilizados como parâmetros pelos mediadores, os seguintes princípios da mediação:

- a) Voluntariedade/liberdade das partes: os mediandos devem ser livres para escolher a mediação como método de solução de conflitos;
- b) Personalíssimo: os mediandos têm que participar pessoalmente da sessão;
- c) Extrajudicial/autocompositivo: a resolução da lide não é imposta por terceiros, pois é acordada pelas próprias partes;
- d) Poder das partes/autodeterminação: prevalece a soberania das partes, que são os verdadeiros autores do destino final da solução do conflito;
- e) Flexibilidade: o mediador deve ter a flexibilidade como uma de suas características, a fim de que possa auxiliar os mediandos na construção de uma nova visão do conflito e, conseqüentemente, na solução da lide;
- f) Confidencialidade/sigilo: o mediador não pode revelar a terceiros os assuntos tratados durante a mediação, resguardando, dessa forma, a lisura do procedimento;
- g) Igualdade de condições de diálogo entre as partes: o mediador tem que oportunizar aos mediandos a paridade de condições de diálogo durante a sessão de mediação, com a finalidade de garantir a eficácia final do procedimento. Por isso, recomenda-se que a mesa utilizada, nesta sessão, seja redonda, para que os mediandos fiquem localizados no mesmo plano, sem que haja nenhum tipo de hierarquia ou distinção entre eles;
- h) Informalidade: inexistente uma rigidez da ritualidade na sessão de mediação;
- i) Não competitividade: na mediação, os mediandos, através do diálogo, devem alcançar uma solução mutuamente satisfatória, ou seja, há um incentivo para a existência da cooperação e não competição;

45 CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 122.

46 Equipe Mediare. **A Mediação: Código de Ética dos Mediadores**. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/05mediac_codetica.htm>. Acesso em: 12 mar. 2010, elaborado por Adolfo Braga Neto, Ângela Oliveira, Ângela Volpi, Murilo Reis, Regina Maria C. Michelon, Ronald Caputo, Tânia Almeida e Tânia Pita.

- j) Consentimento informado: os mediados têm que possuir informação a respeito do seu direito para decidir conscientemente sobre o acordo;
- k) Credibilidade: consiste na confiança que os mediados devem ter acerca da mediação e, principalmente, no mediador;
- l) Diligência: refere-se à qualidade nas etapas de realização da mediação, bem como evitar o alongamento desnecessário da decisão final;
- m) Boa-fé das partes: os mediados devem ser interessados em realizar um diálogo verdadeiro, buscando a resolução da controvérsia, através das sessões de mediação;
- n) Imparcialidade/neutralidade: o mediador tem que ser um terceiro, que analise a situação de conflito dos mediados, sem expressar valores pessoais ou ideias preconcebidas a respeito, permitindo que os mediados sejam igualmente tratados por ele.

Ressalta-se que o mediador⁴⁷ é um terceiro imparcial que, através da mediação, encaminha as partes litigantes a encontrarem a resolução do conflito. Deste modo, é conveniente asseverar que ele não pode ter a postura judicatória como a exercida pelo juiz na justiça tradicional.

Ele deve possuir habilidades de diversos aspectos: cognitivas, sociais, perceptivas, emocionais, negociais, procedimentais, pensamentos criativo e crítico para auxiliar os mediados na construção de um diálogo e, por conseguinte, no trilhar de um novo caminho para uma solução satisfatória da controvérsia.

Em suma, o mediador exerce o papel de agente social, já que possibilita o exercício da cidadania ativa aos que escolhem a mediação como meio adequado de solução de conflito.

Em relação às etapas da mediação, vale trazer à tona que ela possui três etapas, que devem nortear o procedimento, a saber: a instalação, a negociação e a celebração do acordo.

Na primeira etapa, o mediador indica às partes o conceito de mediação, prestando a eles os demais esclarecimentos necessários para o desenvolvimento correto do

47 Para Fredie, mediador é: "... o mediador é um profissional qualificado que tenta fazer com que os próprios litigantes descubram as causas do problema e tentem removê-las." DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 70.

predito procedimento. Na segunda etapa, o mediador restaura o diálogo entre as partes envolvidas no litígio. Na terceira etapa, o intermediário imparcial auxilia na celebração do acordo e, por conseguinte, na composição da lide.

Cabe asseverar, portanto, que a mediação propicia a criação de um ambiente cooperativo, participativo e resolutivo, estimulando a cidadania no meio social.

5 MEDIAÇÃO FAMILIAR

Adequado, neste momento, é tratar especificamente da mediação familiar, já que é o objetivo do Núcleo de Mediação da Defensoria Pública do Estado da Bahia, nos moldes do art. 226 da Carta Magna. Inicialmente, vale trazer à baila o ensinamento de Arx Tourinho, citado por Alexandre de Moraes, acerca do conceito de família:

O conceito de família pode ser analisado sob duas acepções: ampla e restrita. No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também, os afins - tios, primos, sobrinhos e outros. É a família distinguida pelo sobrenome: família Santos, Silva, Costa, Guimarães e por aí afora, neste grande país. Esse é o mais amplo sentido da palavra. Na acepção restrita, família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos...⁴⁸.

Defronte da ampliação do conceito atual das famílias, surge uma nova espécie delas merecedora de análise especial, que é a Família Eudemonista, conceituada por Maria Berenice Dias da seguinte forma:

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do §8º do art. 226 da CF: A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as

48 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 704 e 706.

pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar⁴⁹.

Na seara familiar, a mediação é uma fonte vantajosa de cidadania, porque os mediandos possuem melhores chances de se conhecerem, podendo compreender de modo mais consciente a situação na qual se encontram. Desta maneira, é maior a probabilidade de que possam acordar a solução adequada, desejável a ambos, atenuando o desgaste, facilitando e preservando as relações futuras.

Entendendo-se que o conflito jurídico familiar está atrelado a outros conflitos de ordem subjetiva e social, é possível citar a importante atribuição da mediação como instrumento de inclusão social, mediante o incentivo às partes para que realizem uma releitura da situação que estão vivenciando e como isto tem incidido em suas vidas.

A mediação familiar, assim, representa um grandioso papel para a solução de conflitos envolvendo: divórcio, alimentos, exoneração de alimentos, revisional de alimentos, alienação parental⁵⁰, reconhecimento e dissolução de união estável, guarda, regulamentação de visitas e partilha de bens.

Porquanto, chega-se à conclusão que, no âmbito do Direito de Família, diante do desequilíbrio emocional embutido na comunidade, a prática da mediação é totalmente imprescindível na busca pela pacificação das demandas familiares conflituosas, cumprindo os ditames constitucionais.

Insta frisar que apenas o Direito não é competente para resolver satisfatoriamente as demandas de cunho familiar, onde se encontram presentes as grandes tensões de ordem psicológica, necessitando, conseqüentemente, de uma visão humanista.

Desta sorte, os aspectos sociopsicológicos dos conflitos ressaltam a necessidade da equipe interdisciplinar no auxílio da mediação.

É de bom alvitre, neste momento, trazer à baila a lição de Juan Carlos Vezzula, citado por Juliana Demarchi:

49 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

50 COORDENADORIA DE EDITORIA E IMPRENSA – STJ. Confira reportagem especial sobre alienação parental. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104338&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=media%E7%E3o> Acesso em: 27 mar. 2011.

[...] quando se fala de meios consensuais de solução de conflitos, mostra-se imperioso destacar, inicialmente, aspectos sociopsicológicos que interferem nas inter-relações, gerando conflitos. Tal abordagem estimula alargamento do campo de visão do profissional de solução de conflitos, que deve estar consciente da existência de paradigmas sociais, de preconceitos (preconcepções da realidade) e de conceitos baseados em ilusórios e ideologias, que limitam naturalmente sua percepção, assim como das pessoas em suas diversas inter-relações⁵¹.

Neste cenário, a Justiça deve recorrer a diversas ciências, a saber: antropologia, sociologia, psicologia, serviço social, psicanálise e o Direito, a fim de procurar auxílio para a consecução da sua finalidade precípua, que é a pacificação social.

Neste diapasão, o anteprojeto de lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura⁵² normatiza que em questão familiar será necessária a mediação, que consiste na participação, além do mediador, do psicólogo, psiquiatra ou assistente social na sessão de mediação.

O psicólogo, profissional da equipe multidisciplinar, possui a atribuição de restaurar a comunicação entre os mediantes, através do empoderamento destes, devolvendo, desta maneira, às partes a competência para produzir a própria solução do conflito.

Neste trilhar, o psicólogo identifica as questões emocionais das partes e dos seus familiares e, quando necessário, realiza o encaminhamento deles para a rede, como clínicas, hospitais e serviços das universidades, dando continuidade ao acompanhamento psicológico.

Já o serviço social moderno, segundo Balbina Ottoni Vieira, citada por Rozane da Rosa Cachapuz, significa:

[...] quando certos trabalhadores sociais iniciaram o estudo do fenômeno da decadência social de indivíduos ou de famílias, sob suas diversas formas: pobreza crônica, alcoolismo, desmoronamento familiar, a delinquência, a prostituição etc., e quando começaram a verificar que esses fenômenos eram possíveis formas de inadaptação do indivíduo ou famílias ao meio social. Este tratamento mais científico dos casos sociais foi - e é ainda em muitos países - atividade essencial

51 GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50.

52 Instituto Brasileiro de Direito Processual. **Projeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/mediacao/558>> Acesso em: 28 jul. 2012.

do serviço social, a função específica para a qual se formaram os trabalhadores sociais. É um serviço especializado dentro do conjunto global da assistência a uma sociedade humana⁵³.

Dessa forma, o assistente social possui um arcabouço técnico para suavizar e desvendar as situações antagônicas existentes entre as partes, ou seja, auxilia o descortinamento do conflito relacional, propiciando o êxito da mediação.

Observa-se que a mediação, através da sua interdisciplinaridade, é um meio de participação social, por intermédio do reconhecimento do mediando de si mesmo e do outro, como ser humano nas relações interpessoais.

Assim, em relação à mediação familiar, cabe à equipe interdisciplinar possibilitar às famílias a autoria do final da querela, mediante a transformação do litígio e reestruturação do convívio dos membros familiares.

Vislumbra-se que a mediação familiar, cuja essência é interdisciplinar, por intermédio de sua justiça participativa, exercita uma ótica restaurativa, elevando os valores humanos, pois foca o ser humano em todas as suas nuances.

6 NÚCLEO DE MEDIAÇÃO FAMILIAR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

A Defensoria Pública do Estado da Bahia, cumprindo a sua função institucional de permitir ao cidadão hipossuficiente o acesso à Justiça e a promoção da cidadania, criou um Núcleo de Mediação Familiar⁵⁴.

Em relação ao arcabouço legislativo, que arrima a criação do mencionado Núcleo, cabe trazer à tona a previsão do art. 7º, inciso I⁵⁵, da Lei Complementar de 28 de junho de 2006, bem como o art. 4º, inciso II, da Lei Complementar 80/94, que prescrevem o posicionamento da Defensoria Pública perante a composição dos conflitos⁵⁶.

53 Ibid., p. 64.

54 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Juiz do CNJ destaca serviços da Casa da Justiça e Cidadania da Bahia, Disponível em: <http://www5.tj.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=91133&catid=63. Acesso em: 27 mar. 2012.

55 Art. 7º - São funções da Defensoria Pública, dentre outras: I – prestar assistência e orientação jurídica integral e gratuita aos necessitados, priorizando a solução extrajudicial dos litígios (.);

56 Art. 4º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;

É de bom alvitre avultar ainda que, no âmbito da Defensoria Pública, com o advento da Lei Complementar 132/09, no art. 4º, §4º⁵⁷, da Lei Complementar 80/94, a mediação passou a ser prevista de forma mais ampla.

Insta ressaltar que o espaço físico integrado deste Núcleo é composto por um ambiente ventilado, claro e acolhedor, a fim de proporcionar um atendimento humanizado ao cidadão.

O atendimento psicossocial do citado Núcleo é realizado pelo NAP (Núcleo de Apoio Psicossocial), equipe formada por: psicólogas, assistentes sociais e estagiários das respectivas áreas, que atuam em conjunto com a equipe jurídica, consolidando, assim, o atendimento multidisciplinar.

Quanto à atuação do mencionado NAP, cabe asseverar que consiste em auxiliar as mediações, realizar atendimentos, visitas domiciliares e visitas institucionais, acolher os estagiários no corpo técnico, identificar a demanda para os benefícios sociais, realizar oficinas (encontros coletivos) e, principalmente, fomentar o atendimento em rede integrada.

Este tipo de atendimento especializado refere-se aos encaminhamentos dos assistidos, a fim de resolver efetivamente a demanda, como a: hospitais, universidades, escolas, instituições públicas, setor intermediação de mão de obra, ONGs e instituições privadas.

Ainda em relação às atividades do NAP, vale informar que já foram executadas no aludido Núcleo oficinas sobre Alienação Parental, Separação do Casal: Implicações na Relação Pai-Mãe-Filho e Conscientização dos Aspectos Jurídicos e Subjetivos da Guarda, respectivamente, em 30/03/2011, 07/04/11⁵⁸, 28/04/11, 29/02/12 e 26/07/12⁵⁹. Elas tentaram conscientizar os assistidos acerca dos aspectos jurídicos e psicológicos da alienação parental, bem como da parentalidade consciente e dos efeitos da guarda, através de encontros coletivos, oportunidade em que são realizadas apresentações em data show, discussões em grupo e distribuição de materiais didáticos sobre o tema objeto da oficina.

57 Art. 4º, § 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...) §4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público.

58 MARLENE MENDES. Oficina da Defensoria capacita pais sobre Alienação Parental. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=5364>. Acesso em: 27 mar 2012.

59 ANA VIRGINIA VIVALVA. Defensores promovem oficina para famílias na Casa de Justiça e Cidadania. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=7073>. Acesso em: 27 mar. 2012.

O diferencial da prática do predito Núcleo consiste na integração entre o jurídico e o psicossocial, que resulta no atendimento humanizado ao cidadão carente, acompanhamento psicossocial adequado, facilidade na obtenção das informações jurídicas, agilidade no acesso à Justiça⁶⁰, pacificação social, perfazendo, assim, os ditames constitucionais.

Por conseguinte, ocorre a renovação da credibilidade da Justiça, através da crescente satisfação do usuário, sob a crença de um resultado justo, produzido pelos envolvidos, tendo inclusive reflexos na diminuição da reincidência do litígio e maior durabilidade da pacificação.

Comprova-se o êxito desta experiência defensorial pela análise dos acompanhamentos estatístico e qualitativo, através do efetivo controle dos registros das atividades dos membros da predita equipe e, principalmente, por intermédio dos dados dos formulários de satisfação dos usuários, que são preenchidos por estes.

Procura-se, portanto, não apenas realizar a mediação nos casos mencionados, mas também estudar e auferir os seus resultados como análise do modelo de gestão utilizado na aludida experiência.

Assim, considerando pesquisa efetuada no Núcleo, são atendidas, aproximadamente, 100 pessoas por dia, cerca de 2.000 casos mensais, totalizando, em um ano, uma média de 20.000 atendimentos.

Diante deste panorama, é válido informar que as demandas mediadas no citado Núcleo são resolvidas de forma célere e eficaz, devido à aproximação harmônica entre a Defensoria Pública do Estado da Bahia, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o Ministério Público do Estado da Bahia, resultante da assinatura de um termo de cooperação técnica entre as Instituições, facilitando, assim, a utilização do método autocompositivo.

60 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. Núcleo de Mediação da Defensoria já prestou cerca de 20 mil atendimentos, disponível em: <<http://dpba.jusbrasil.com.br/noticias/2919438/nucleo-de-mediacao-da-defensoria-ja-prestou-cerca-de-20-mil-atendimentos>>. Acesso em: 27 jun.2012.



7 CONCLUSÃO

Conclui-se que o presente artigo aspira demonstrar a necessidade de ocorrer a mudança de paradigma, tendo em vista que, atualmente, via de regra, as concepções sociais e jurídicas ainda giram em torno do sistema de adjudicação do Direito pelo Estado-juiz.

Portanto, é imprescindível, defronte do aludido antagonismo da crise do sistema judicial vigente e a vertente neoconstitucionalista, a modificação da exclusividade do provimento jurisdicional, através da beligerância, para a cultura do consenso, que possibilita a garantia do acesso à Justiça célere e eficaz, especialmente, no âmbito familiar.

Percebe-se que há uma tendência à transição, mas que deve ocorrer uma preparação social contínua, através dos meios de comunicação, universidades, cursos, seminários, congressos e políticas públicas, a fim de que se promova realmente a alteração do modelo de resolução das controvérsias.

É certo que toda a sociedade e seu Sistema de Justiça devem prover à população modos de solucionar adequadamente seus conflitos, exercer seus direitos, já que, constitucionalmente, o sistema judicial deve estar ao alcance de todos em condições de igualdade.

Sendo assim, busca-se uma política pública de Justiça que objetiva favorecer ao cidadão, visando o seu bem-estar social, mediante a facilitação do acesso a um procedimento resolutivo de litígio mais efetivo e, por conseguinte, pacificação social.

Dessa forma, surge a mediação, que é uma prática social responsável pela transformação do conflito relacional, pois resolve verdadeiramente a altercação do cidadão, além de promover a sua dignidade, através da inserção da prática da cidadania durante a busca pelo acesso à Justiça célere e eficaz.

Configura-se, assim, a tendência ao afastamento do rígido positivismo jurídico em detrimento da valorização da vontade consentida dos mediandos, que acarreta no maior índice de cumprimento dos acordos celebrados por eles e, conseqüentemente, na revalorização das pessoas no exercício da cidadania.

Neste diapasão, cabe aduzir que não existe a paz social sem a paz jurídica, proveniente da conscientização social, alcançando, deste modo, uma convivência sem as desigualdades ocasionadas pelos litígios.

Por fim, espera-se que o Núcleo de Mediação da Defensoria Pública do Estado da Bahia não sirva apenas para prestar um bom atendimento ao cidadão, como também possibilite a abertura de um novo horizonte ao sistema de solução adequada de conflitos e, por conseguinte, a Justiça cumpra com o seu escopo social de pacificação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo. **Mediação familiar**. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JUNIOR, Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coord.). **Famílias no direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 499.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2007.

GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte. **Psicologia jurídica no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.



REIS, Liliâne G. da Costa. **Workshop avaliação e indicadores de projetos sociais.** Disponível em: <http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fAvaliacao_de_projeos_como_instrumento_de_gestao.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2012.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família.** Curitiba: Juruá, 2001.

SPENGLER, Marcos; Fabiana, LUCAS, Douglas Cesar. **Justiça restaurativa e mediação: políticas no tratamento dos conflitos sociais.** Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2011.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND THE ROLE OF PUBLIC DEFENDERS FOR THE HOMELESS PEOPLE

Fabiana Almeida Miranda¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL. 2.1 A SITUAÇÃO DE RUA COMO QUESTÃO JURÍDICA. 2.2 CARACTERÍSTICAS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL E FATORES QUE LEVAM À SITUAÇÃO DE RUA. 2.3 POLÍTICA NACIONAL E POLÍTICAS SOCIAIS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. 3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, NA DEFESA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.1 OBRIGAÇÃO LEGAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR EM DEFESA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. 3.2 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, NA DEFESA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. 3.3 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA. 3.4 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL. 3.5 CONTROLE DE POLÍTICAS SOCIAIS ATRAVÉS DOS GASTOS PÚBLICOS. 3.6 CONTROLE DE POLÍTICAS SOCIAIS COMO GARANTIA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este artigo busca analisar o papel da Defensoria Pública na promoção dos direitos fundamentais sociais da população em situação de rua, apresentando

¹ Defensora Pública do Estado da Bahia. Coordenadora da equipe multidisciplinar de atendimento à população em situação de rua - Equipe Pop - Rua da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL

o perfil desse grupo populacional e analisando políticas sociais já existentes para a efetivação de alguns direitos fundamentais, quais sejam, à identidade, à saúde, à assistência social, à moradia e à educação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Defensoria Pública. População em situação de rua.

ABSTRACT: *This article seeks to analyze the role of the Public Defender in the promotion of fundamental social rights of the homeless people, presenting the profile of this population group and analyzing existing for the enforcement of certain fundamental rights, namely, identity, health, social care, housing and education.*

Keywords: *Fundamental Rights. Public Defender. Homeless people.*

1 INTRODUÇÃO

Ao se falar de pobreza no Brasil, deve-se prioritariamente tratar da pobreza mais extrema, que é a situação de rua, quando o indivíduo está sem acesso a qualquer direito ou política pública adequada. Para se analisar os fatores que levam a essa condição social, é importante vislumbrar a pobreza não só como mera privação de renda, mas também como privação de capacidades, de liberdades.

Partindo deste entendimento, encontra-se, não na transferência de renda, mas sim na promoção de capacidades, uma forma de se prevenir a situação de rua.

Segundo o economista indiano e ganhador do prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen, a pobreza pode ser vista como privação de capacidades básicas ao invés de apenas como baixo nível de renda (SEN, 1992, p. 109). Ressalta este autor que a pobreza e a privação de capacidades podem estar relacionadas com outros fatores, que não a renda, como por exemplo, a idade da pessoa, visto que as crianças e os idosos têm necessidades maiores, e sem condições de satisfazê-las tornam-se mais hipossuficientes, mais privados de liberdades. Outro fator, por exemplo, é o gênero, visto que as mulheres, a depender do seu papel social em determinada localidade, ficam mais sobrecarregadas de responsabilidades, como a materna, sem que haja qualquer contrapartida, aumentando-se a sua vulnerabilidade social.

Sendo assim, comparando um adulto capaz e um idoso com a mesma renda, o idoso fatalmente será mais pobre, diante de suas privações específicas, decorrentes da idade, de capacidades.

A noção de pobreza como privação de capacidades é distinta conceitualmente da pobreza como baixo nível de renda, no entanto, ambas devem ser tratadas de forma vinculada, uma vez que a renda é um meio muito importante para a obtenção de capacidades (SEN, 1992, p. 112).

Amartya Sen, ao tratar da pobreza como privação de capacidades, deixa claro que a pobreza não consiste apenas e tão somente em privação de renda, mas que pode abranger outros fatores, como o esvaziamento do papel social do indivíduo, causado pelo desemprego, por exemplo, visto que hoje o indivíduo tem sua identidade na sociedade definida em razão do trabalho que ele exerce; a questão do aumento das necessidades, em decorrência da idade; a questão do gênero; do indivíduo residir em local de risco, como enchentes etc. (SEN, 1992, pp. 110-111).

O estudo do economista indiano contribui para se entender as causas da pobreza e como uma análise de estratégias para sua superação. Visto que ao se entender a pobreza como privação de renda e de privação de capacidades, podemos concluir que para superar a pobreza deve-se combater não a falta de recursos financeiros, mas esta privação de capacidades.

Visto que “o aumento das capacidades humanas também tende a andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda” (SEN, 1992, p. 114), a expansão das capacidades como combate à situação de pobreza extrema se dá através da efetivação dos direitos sociais, pois é mediante o acesso aos direitos à saúde, à educação, à habitação e ao trabalho que o indivíduo potencializa as suas capacidades, passa a ter autonomia da vontade, a interferir na esfera social e a auferir renda, saindo da condição de hipossuficiência e vulnerabilidade.

Conclui-se que a pobreza, além de privação de renda, consiste também em privação de capacidades. E privação de capacidades é, fundamentalmente, privação de direitos sociais fundamentais.

Desta forma, ao se tratar do tema população em situação de rua na seara jurídica, através da intervenção de um órgão essencial à Justiça, como é a Defensoria Pública, deve-se trabalhar a efetivação de direitos sociais fundamentais, pois através deles é que se possibilita a esse grupo vulnerável, na qualidade de sujeitos de direitos e de protagonistas de sua história, o enfrentamento à sua situação de rua e de pobreza extrema, a superação da privação de suas capacidades.

2 POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL

2.1 A SITUAÇÃO DE RUA COMO QUESTÃO JURÍDICA

Por que a população em situação de rua deve ser trabalhada juridicamente? Porque a situação de estar na rua fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e consiste em violação aos direitos fundamentais básicos.

As normas e princípios jurídicos são criados para serem efetivados na prática, não para serem meras palavras bonitas em folha de papel.

Desta forma, entendendo a pobreza como privação de capacidades, sendo esta, decorrente de privação de direitos sociais, deve-se, juridicamente, combatê-la. A violação aos direitos fundamentais sociais consiste em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, afronta, portanto, ao princípio basilar e máximo do nosso Ordenamento Jurídico. Cabe aos órgãos da Justiça enfrentar e combater violação a qualquer direito e princípio jurídico, neste sentido, cabe também o combate à pobreza através da promoção dos direitos fundamentais sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana e a promoção dos direitos fundamentais sociais estão intrinsecamente conectados. Um é definido pelo outro e vice-versa.

O reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana implica na necessidade de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos fundamentais sociais, tais como, a educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social (SOARES, 2010, p. 152).

Na outra face da mesma moeda, concretizar os direitos sociais de cunho prestacional consiste em efetivar a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando, em última instância, a pessoa humana em face das necessidades de ordem material, alcançando, desta forma, a garantia de uma existência digna (SOARES, 2010, p. 155).

Os direitos fundamentais sociais catalisam um projeto de emancipação e de afirmação da dignidade do ser humano, oportunizando a transição da cidadania do plano jurídico-formal para o campo real das relações socioeconômicas, sem a qual não se realiza o direito justo (SOARES, 2010, p. 155).

E efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em concretizar o direito justo (SOARES, 2010, p. 17).

Estando no ápice do Ordenamento Jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime a finalidade a ser alcançada pelo Estado e pelo conjunto da sociedade, como paradigma do exercício dos direitos fundamentais do cidadão (SOARES, 2010, p. 149).

Em última análise, entendendo pobreza como privação de capacidades e, como consequência, privação de acesso aos direitos sociais, atuar no combate à pobreza, significa efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana em busca do direito justo, o que deveria ser o objetivo de todo profissional da área jurídica.

Como já foi visto nesse trabalho, a evolução dos direitos fundamentais consistiu em um processo de lutas, conquistas e sofrimentos da humanidade. Neste sentido, buscar a efetivação dos direitos sociais e da primazia da dignidade da pessoa humana para a população em situação de rua também demandará esforços, em um processo de derrotas e conquistas.

2.2 CARACTERÍSTICAS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL E FATORES QUE LEVAM À SITUAÇÃO DE RUA

Essa população apresenta como características, segundo a pesquisadora Maria Lúcia Lopes da Silva (2009, pp. 125-134):

- a) pobreza extrema, definida como a incapacidade de suprir as necessidades básicas, estando o indivíduo fora do sistema econômico e social;
- b) vínculos familiares rompidos ou fragilizados;
- c) inexistência de moradia convencional regular e a utilização da rua como espaço de moradia e sustento, por contingência temporária ou de forma permanente.

O Decreto Federal nº 7.053, de 2009, instituiu a Política Nacional para População em Situação de Rua, trazendo o conceito legal para esta população, em seu parágrafo único do artigo 1º, e que aqui adotamos:

[...] considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

Na pesquisa promovida pelo Ministério de Desenvolvimento Social para determinar o perfil da população em situação de rua no Brasil, consta como fatores que levaram as pessoas à situação de rua: alcoolismo e/ou drogas (35,5%); desemprego (29,8%) e desavenças com pai/mãe/irmãos (29,1%). Normalmente, esses motivos não são estanques, mas combinados entre si (BRASIL, 2008).

O alcoolismo e o uso de drogas podem, por sua vez, ser causados por diversos fatores, como a baixa autoestima, o desejo de pertencimento a um grupo, o vazio existencial, o desejo de se alienar da realidade. E um dos principais motivos é a desavença com familiares. Amartya Sen lembrou que o forte relacionamento social é uma forma de estabelecimento de capacidades (SEN, 1992, p. 117) e o seu rompimento leva à condição de pobreza e, em casos extremos, à situação de rua.

A pesquisadora Maria Lopes da Silva estudou também os fatores que levam uma pessoa a situação de rua, chegando a uma multiplicidade de causas, sofrendo o indivíduo uma confluência delas, que podem ser classificadas como (SILVA, 2009, p. 105):

- a) fatores estruturais: ausência de moradia, inexistência de trabalho e renda, mudanças econômicas e institucionais;
- b) fatores biográficos: ligados à história de vida de cada indivíduo, como rupturas de vínculos familiares e comunitários, doenças mentais, consumo frequente de álcool e outras drogas, infortúnios pessoais como a morte de todos os membros da família, roubo de todos os bens, fuga do país de origem;
- c) fatos da natureza ou desastres de massas: terremotos, inundações.

Os fatores que levam à rua, tanto trazidos pela pesquisa como pela doutrina, servem para corroborar que a privação de capacidades, englobando aí, inclusive, relacionamentos sociais, leva à pobreza e à extrema pobreza.

Desta forma, os níveis elevados e persistentes de desigualdade na distribuição de renda no Brasil é um dos fatores que levam à pobreza grande parte da população e, em graus extremos, à situação de rua (RAMOS; MENDONÇA, 2005).

Deve-se ressaltar que o Brasil não é um país pobre, mas um país de pobres, visto que se encontra entre os 20% de países no mundo que possuem a renda *per capita* mais alta. Portanto, não é a escassez de recursos que leva à desigualdade, mas a má distribuição desses recursos (RAMOS; MENDONÇA, 2005).

Além da má distribuição de recursos, o Estado brasileiro não investe de forma adequada e racional os seus recursos, gerando uma política social ineficiente, ineficaz e inadequada para a população em situação de rua.

As estratégias de enfrentamento do fenômeno população em situação de rua no Brasil, em suas esferas federal, estadual e municipal, na prática não oferecem políticas acessíveis e adequadas a esse grupo, mão tão somente paliativos como albergues e abrigos, muitas vezes, imóveis insalubres, com banheiros quebrados, sem higiene, com profissionais despreparados e serviços de péssima qualidade, fazendo com que muitas pessoas em situação de rua prefiram permanecer ao relento e expostas aos seus perigos.

Os programas de transferência de renda como bolsa família e o benefício de prestação continuada não se configuram também em uma contribuição eficaz para minorar a situação das pessoas que se encontram nas ruas.

Isto porque mais da metade das pessoas que estão nas ruas é adulto entre 25 e 44 anos (53%) e é predominantemente masculina (82%) (BRASIL, 2008). Ora, quem recebe o benefício do bolsa família é a mulher, mãe de crianças pequenas. E quem tem direito ao benefício de prestação continuada é o idoso ou a pessoa com deficiência.

O adulto homem não tem qualquer tipo de benefício social, salvo o seguro-desemprego. Mas, para isso, ele teria que ter tido um emprego formal. Ocorre que pela falta de qualificação e de educação formal adequada, a maioria dos pobres exerce um trabalho informal que não apresenta nenhum tipo de proteção aos riscos, seja doença ou desemprego.

As estratégias de enfrentamento então devem ser focadas na promoção de igualdade de oportunidades, no enfrentamento à privação de capacidades, em suma, na efetivação de direitos fundamentais sociais.

O economista britânico T.H. Marshall, em sua obra clássica, "Cidadania, Classe Social e Status", enfatizava a educação, direito fundamental social, como fator promotor da cidadania, pois através dela todos estariam em igualdade de condições, diante das oportunidades do mercado (MARSHALL, 1967, pp. 60-62).

Esta estratégia parece ser adequada, uma vez que a maior parte da população em situação de rua apresenta baixíssimo grau de escolaridade. Mas ela deveria ser efetivada em conjunto com os demais direitos fundamentais sociais.

Cabe dizer, por exemplo, que 15% da população em situação de rua nunca estudaram e que quase 50% não concluíram o atual Ensino Médio (BRASIL, 2008).

Assim, cerca de 65% da população em situação de rua ou não estudaram ou estudaram muito pouco. Salientando que quase 8% não souberam ou não lembraram quanto tempo estudaram e 10% não quiseram informar. Aparentemente, com esses números, a quantidade de pessoas na rua que não estudaram muito tempo provavelmente é superior a 65%, podendo chegar a 7 de cada 10 pessoas (BRASIL, 2008).

Quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica, dos serviços de saúde e dos demais direitos fundamentais sociais, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar o seu estado de pobreza extrema (SEN, 1992, p. 114).

É o que não ocorre no Brasil, visto que sem uma vontade política determinante para melhorar a prestação do serviço educacional público, bem como dos demais direitos fundamentais sociais, não se faz com que os indivíduos partam do mesmo ponto, não se confere igualdades, nem oportunidades a essas crianças, que ficarão privadas de capacidades para sair da sua condição de pobreza.

Portanto, a expansão e a efetivação dos direitos fundamentais sociais como a saúde, a habitação, o trabalho, a assistência social e a educação, primordialmente, são fundamentais para a superação da pobreza, e ao mesmo tempo, promoveriam um maior conhecimento e consciência de seus direitos, por parte dessas pessoas, possibilitando que elas, desde jovens, pudessem adquirir poder de interferência na esfera social.

O desejo de todos, como bem disse Amartya Sen (1992), é viver bastante tempo e levar uma vida boa, enquanto ela durar, e não passar privações e ter uma vida de miséria. Não se busca a riqueza. O dinheiro é apenas o meio para se conseguir uma vida longa e boa.

A privação de liberdade pode surgir em razão de oportunidades inadequadas que impedem uma parcela das pessoas de realizar o mínimo que gostariam. Esta inadequação de oportunidade pode ter sido causada pela fome (violação ao direito fundamental à segurança alimentar), pela falta de acesso à educação, ao serviço de saúde, à habitação.

Então, uma forma de evitar a ida à rua, seria impedir a privação de capacidades e não se está falando de renda, mas de acesso à educação, acesso à saúde, acesso à moradia, ao trabalho, ao direito à assistência social. Essas demandas podem ser satisfeitas com uma vontade política que privilegie as políticas sociais prioritárias: educação, saúde e acompanhamento de famílias desestruturadas. Essas políticas sociais já estão reguladas por marcos legais, como a Constituição Federal, atos normativos do Ministério da Educação, do Ministério da Saúde e do Ministério de Desenvolvimento Social, que já estabeleceram protocolos e fluxogramas de ação, que se não são perfeitos, são muito bons no atendimento a demandas de assistência social. O problema é que na ponta, nos municípios, não são executados como o previsto, por falta de competência, de gestão adequada, de cumprimento dos requisitos exigidos pelo Governo Federal.

Daí o importante papel da Defensoria Pública nesta seara, como promotora de direitos humanos e, por consequência, promotora de direitos fundamentais sociais.

2.3 POLÍTICA NACIONAL E POLÍTICAS SOCIAIS PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Em 2003, houve o ineditismo do Governo Federal ao reconhecer e promover uma interlocução com representantes do Movimento Nacional de População de Rua, além de passar a analisar as suas demandas.

A partir daí, a Política Nacional de Assistência Social passou a assegurar a cobertura para a população em situação de rua. Em 2005, houve uma alteração na Lei de Organização de Assistência Social, beneficiando a população em situação de rua. Neste mesmo ano, houve o 1º Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua.

O Decreto Federal sem número, de 25/10/2006, criou um Grupo de Trabalho Interministerial para discutir a Política Nacional para a População em Situação de Rua.

Em 2007/2008, foi realizada a Pesquisa Nacional da População em Situação de Rua pelo IBGE.

Em 2009, houve o 2º Encontro Nacional, quando foi concluída a discussão a respeito da Política Nacional.

E em 23 de dezembro de 2009, houve a expedição do Decreto Federal nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua. Esse Decreto Federal, atualmente, serve de marco legal para nortear principiologicamente o sistema de proteção jurídica para a população em situação de rua, uma vez que prevê princípios, objetivos e diretrizes.

O artigo 2º deste Decreto dispõe que a Política Nacional para a População em Situação de Rua deverá ser implementada de forma descentralizada e articulada entre a União e os demais entes federativos que a ela aderirem por meio de instrumento próprio.

Os artigos 5º, 6º e 7º servem como fios condutores de todo o sistema de proteção jurídica fundamental social da população em situação de rua e vão abaixo transcritos, dada a sua importância para a atuação na defesa dos direitos fundamentais da população em situação de rua:

Art. 5º São princípios da Política Nacional para a População em Situação de Rua, além da igualdade e equidade:

I - respeito à dignidade da pessoa humana;

II - direito à convivência familiar e comunitária;

III - valorização e respeito à vida e à cidadania;

IV - atendimento humanizado e universalizado; e

V - respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

Art. 6º São diretrizes da Política Nacional para a População em Situação de Rua:

I - promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais;

II - responsabilidade do poder público pela sua elaboração e financiamento;

III - articulação das políticas públicas federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal;

IV - integração das políticas públicas em cada nível de governo;

V - integração dos esforços do poder público e da sociedade civil para sua execução;

VI - participação da sociedade civil, por meio de entidades, fóruns e organizações da população em situação de rua, na elaboração, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas;

VII - incentivo e apoio à organização da população em situação de rua e à sua participação nas diversas instâncias de formulação, controle social, monitoramento e avaliação das políticas públicas;

VIII - respeito às singularidades de cada território e ao aproveitamento das potencialidades e recursos locais e regionais na elaboração, desenvolvimento, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas;

IX - implantação e ampliação das ações educativas destinadas à superação do preconceito, e de capacitação dos servidores públicos para melhoria da qualidade e respeito no atendimento deste grupo populacional; e

X - democratização do acesso e fruição dos espaços e serviços públicos.

Art. 7º São objetivos da Política Nacional para a População em Situação de Rua:

I - assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda;

II - garantir a formação e capacitação permanente de profissionais e gestores para atuação no desenvolvimento de políticas públicas intersetoriais, transversais e intergovernamentais direcionadas às pessoas em situação de rua;

III - instituir a contagem oficial da população em situação de rua;

IV - produzir, sistematizar e disseminar dados e indicadores sociais, econômicos e culturais sobre a rede existente de cobertura de serviços públicos à população em situação de rua;

V - desenvolver ações educativas permanentes que contribuam para a formação de cultura de respeito, ética e solidariedade entre a população em situação de rua e os demais grupos sociais, de modo a resguardar a observância aos direitos humanos;

VI - incentivar a pesquisa, produção e divulgação de conhecimentos sobre a população em situação de rua, contemplando a diversidade humana em toda a sua amplitude étnico-racial, sexual, de gênero e geracional, nas diversas áreas do conhecimento;

VII - implantar centros de defesa dos direitos humanos para a população em situação de rua;

VIII - incentivar a criação, divulgação e disponibilização de canais de comunicação para o recebimento de denúncias de violência contra a população em situação de rua, bem como de sugestões para o aperfeiçoamento e melhoria das políticas públicas voltadas para este segmento;

IX - proporcionar o acesso das pessoas em situação de rua aos benefícios previdenciários e assistenciais e aos programas de transferência de renda, na forma da legislação específica;

X - criar meios de articulação entre o Sistema Único de Assistência Social e o Sistema Único de Saúde para qualificar a oferta de serviços;

XI - adotar padrão básico de qualidade, segurança e conforto na estruturação e reestruturação dos serviços de acolhimento temporários, de acordo com o disposto no art. 8º;

XII - implementar centros de referência especializados para atendimento da população em situação de rua, no âmbito da proteção social especial do Sistema Único de Assistência Social;

XIII - implementar ações de segurança alimentar e nutricional suficientes para proporcionar acesso permanente à alimentação com qualidade pela população em situação de rua; e

XIV - disponibilizar programas de qualificação profissional para as pessoas em situação de rua, com o objetivo de propiciar o seu acesso ao mercado de trabalho.

O Decreto que trata da Política Nacional para a População em Situação de Rua deve ser interpretado em compatibilidade com a Constituição, bem como com outras legislações e normas infraconstitucionais (técnica lógico-sistemática).

O artigo 1º da Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais prevista na Resolução 109 de 11/11/2009 traz o quadro-síntese dos serviços socioassistenciais que visam efetivar os direitos fundamentais sociais de assistência social para a população em situação de rua, que consiste: no direito de ser atendido pelo Serviço Especializado em Abordagem Social e pelo Centro de Referência Especializado, além do direito de ser acolhido em Casa de Passagem e em República. Ou seja, pelo previsto na norma, em tese, a pessoa em situação de rua não deveria dormir nem permanecer na rua, em virtude do seu direito de assistência social de ser acolhido.

Ainda segundo a Tipificação prevista na Resolução nº 109/09, os serviços previstos para a população em situação de rua têm a finalidade de assegurar atendimento e atividades direcionadas para o desenvolvimento de sociabilidades, na perspectiva de fortalecimento de vínculos interpessoais e/ou familiares que oportunizem a construção de novos projetos de vida (BRASIL, 2009, pp. 27-29).

Esses serviços devem promover para a população em situação de rua o acesso a espaços de guarda de pertences, de higiene pessoal, de alimentação e provisão de documentação civil. Deve ainda ser o endereço institucional para utilização, como referência, do usuário (BRASIL, 2009, pp. 27-29).

O serviço de república, também previsto na Tipificação da Resolução nº 109/09, abriga as pessoas que têm um pouco mais de autonomia, que estão na escala de saída da rua. A ideia é parecida com a república de estudantes. As pessoas vão dividir as obrigações. Não pagam aluguel, pois o imóvel é do município, e tem acompanhamento técnico, através da orientação de assistentes sociais. É gerido em regime de cogestão entre as pessoas em situação e rua e a equipe técnica. Os usuários auxiliam na gestão e devem trabalhar (como catadores de materiais recicláveis, por exemplo) para, com seus recursos, ajudarem nas despesas.

O serviço de acolhimento institucional, abrangendo a casa de passagem, prevê o limite máximo de 50 pessoas por unidade, 04 pessoas por quarto (BRASIL, 2009, p. 30).

Mesmo sendo importantes, as proteções sociais aqui apresentadas não são suficientes para se enfrentar a condição de risco e vulnerabilidade dessas pessoas. É preciso se investir na promoção social, que seria a verdadeira saída desta condição de risco. E, mais importante, é indispensável se efetivar as políticas sociais de assistência social e as políticas de promoção social. E este é o papel da Defensoria Pública do Estado.

3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FAVOR DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, NA DEFESA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 OBRIGAÇÃO LEGAL DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR EM DEFESA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

O Poder Executivo brasileiro não vem conseguindo concretizar os direitos previstos na Constituição Federal e nas Leis Federais. Segundo a Lei Federal nº 80/94 e a Lei Complementar Estadual nº 26/06 cabe à Defensoria promover os direitos humanos, bem como os direitos fundamentais sociais, que são direitos humanos positivados em nosso Ordenamento Jurídico. Assim, caso esses direitos não sejam efetivados pelo Estado, cabe à Defensoria diligenciar a sua materialização.

A Constituição Federal de 1988 previu a Defensoria Pública como instituição de promoção dos direitos humanos e defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, e do artigo 134 do mesmo diploma legal, conforme transcrição abaixo.

Art. 5º, LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Assim, inicialmente, a Defensoria Pública foi criada para prestar assistência jurídica integral e gratuita àqueles com insuficiência de recursos.

A Lei Complementar Federal nº 80/94 prescreve normas gerais para a Defensoria. O artigo 1º desta lei dispõe que a Defensoria tem como incumbências fundamentais orientar juridicamente, promover os direitos humanos e defender em todos os graus, judicial e extrajudicial, os direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

O artigo 3º-A da Lei Complementar Federal nº 80/94, por sua vez, prevê os objetivos da Defensoria Pública:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Desta forma, a Defensoria Pública tem o papel de promotora dos direitos humanos e das políticas públicas, bem como tem por objetivos a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos, a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais. Assim, jamais esta Instituição poderia se furtar a atuar de forma combativa junto às pessoas em situação de rua.

O grupo mais socialmente vulnerável é a população em situação de rua, privada absolutamente de todos os direitos fundamentais. Logo, deve ser considerado prioritário na atenção da Defensoria.

Ao atuar na defesa da população em situação de rua, a Defensoria foca a sua atuação na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Esses direitos sociais são prestados através de políticas sociais do Estado.

E ao ter a obrigação de promover direitos humanos, essa atuação não se dá apenas através do ajuizamento e acompanhamento de processos judiciais que tratem de

direitos fundamentais, mas também através de uma forte atuação extrajudicial, como prevê o artigo 1º e o inciso X, do artigo 4º, da Lei Complementar nº 80/94, quando trata da defesa extrajudicial dos direitos individuais e coletivos, sociais.

Segundo o dicionário, promover significa “dar impulso a; trabalhar a favor de”; “fazer avançar; fomentar”. “Diligenciar para que se realize, se efetue” (FERREIRA, 1999). Sendo justamente obrigação da Defensoria Pública diligenciar para que os direitos humanos se realizem; trabalhar a favor dos direitos humanos, concretizando-os. Inclusive extrajudicialmente, ou seja, sem a necessidade de processo judicial. E quando se fala em direitos humanos está se falando dos direitos fundamentais previstos na Constituição, abrangendo os direitos sociais, como os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

Vive-se um momento de crise do Poder Judiciário, com a morosidade no trâmite dos processos e, por consequência, do provimento jurisdicional, fazendo com que para efetivar os direitos se prefira uma atuação extrajudicial, sob pena de não se conseguir alcançar resultados concretos a curto e médio prazo.

Neste processo de promoção de direitos humanos, é imprescindível o diálogo dos Defensores Públicos, em sua condição de agentes de transformação social, com a sociedade civil organizada, para que se busque a implementação das promessas constitucionais (BURGER; BALBINOT, 2008, p. 35).

Ressaltando, que cabe à Defensoria Pública um papel coadjuvante. A protagonista da atuação de exigência de direitos coletivos sociais deve ser a sociedade civil organizada, que representa o indivíduo que assume a posição jurídica de exigir do Estado a prestação positiva de acesso ao direito fundamental social.

Assim, com esta nova atuação de promotores de direitos humanos:

“[...] fica ainda mais destacado o papel dos Defensores Públicos como agentes de transformação social, passando-se a atribuir à Instituição o dever de, além de esclarecer sobre a existência do direito, traçar estratégias sobre a melhor forma de assegurá-lo (que nem sempre será por meio do ajuizamento de ações individuais)” (BURGER; BALBINOT, 2008, p. 38).

Portanto, nesta função, a Defensoria, segundo a legislação complementar federal e estadual que a regula, deve atuar visando à promoção da mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Como também, buscando o exercício da defesa dos interesses (não somente dos direitos) individuais e coletivos de grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.

Além de viabilizar a promoção de políticas públicas, preventivas e postulatórias, dos direitos humanos e dos direitos e interesses individuais e coletivos.

É atribuição da Defensoria, dentre outras, tornar efetiva a Constituição Federal e as leis, promovendo a saída do papel dos direitos ali previstos. Um dos papéis da Defensoria, portanto, é fazer com que os direitos das pessoas sejam reconhecidos e que haja o exercício da cidadania.

A Defensoria em sua atuação deve trabalhar para possibilitar a concretização dos direitos, ou dizendo de outra forma, materializar direitos (BRITTO, 2008, p. 14).

A Defensoria é o instrumento de que o cidadão dispõe para conseguir efetivar de fato os seus direitos, quando o Estado apenas o prevê no papel. Esta efetivação pode tanto ser construída judicialmente como extrajudicialmente.

Assim, por tudo o que foi exposto, compreende-se que a Defensoria pode ser considerada como instrumento de contribuição para minorar as desigualdades sociais e a pobreza. Ter direitos constitui-se também em ter capacidades, em ter potencialidades. E a Defensoria ao promover direitos, promove capacidades, seja em uma ótica preventiva, seja de uma forma de superação da pobreza extrema, mas em ambos os casos através da promoção ao acesso a direitos fundamentais sociais.

3.2 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM FACE DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, NA DEFESA DE SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A atuação consiste justamente em identificar as maiores violações dos direitos fundamentais sociais em relação à população em situação de rua, as políticas sociais existentes e exigir a efetivação dos direitos sociais a partir do exercício do controle de políticas públicas, exigindo o cumprimento destas, judicialmente ou extrajudicialmente.

Como a nossa sociedade é capitalista, voltada para o consumo e para o trabalho, não há a ilusão de que o fenômeno da população em situação de rua acabará (SILVA, 2009, p. 33). Isto porque a sociedade capitalista necessita de um exército de reserva de pessoas desempregadas, a fim de manter os salários de seus trabalhadores baixos e os lucros sempre aumentando.

Todavia, espera-se que haja políticas públicas concretas que atendam a este grupo populacional, devendo a Defensoria cumprir o seu papel jurídico-social, em luta da criação dessas políticas, quando elas não existirem, e na materialização dos seus preceitos, quando já existirem.

Esse controle pode ser judicial, através do ingresso de uma ação judicial individual ou coletiva, ou através de uma atuação extrajudicial, visando à composição do conflito, entre as duas partes compostas pelo Estado, e a sua vontade de não prestar o direito requerido e, do outro lado, pelo indivíduo com a sua necessidade que precisa ser satisfeita.

Essa atuação extrajudicial consiste no Defensor Público assumir o seu papel de agente político transformador da realidade social e articular a efetivação do direito junto aos gestores do Estado.

3.3 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Análises superficiais sobre o fenômeno conduzem à responsabilização do indivíduo em situação de rua pelos seus próprios problemas, isentando a sociedade da produção desta desigualdade social (SILVA, 2009, p. 113). Esse pensamento leva essa pessoa a estigmas e marginalização, inviabilizando ainda mais o seu acesso a direitos e à dignidade.

Se o cidadão estiver sem trabalhar, embora apto para o trabalho, estará à margem/marginalizado deste sistema, em nossa atual sociedade. No entanto, seus direitos constitucionais – educação, saúde, moradia, direito à cultura – devem ser protegidos, concedidos e fornecidos. Na prática, hoje, isso não acontece.

Quando se busca conhecer as estratégias de enfrentamento do fenômeno população em situação de rua em suas esferas federal, estadual e municipal, não se encontram políticas acessíveis a esse grupo, mão tão somente paliativos como albergues e abrigos, muitas vezes, imóveis insalubres, com banheiros quebrados, sem higiene, com profissionais despreparados e serviços de péssima qualidade, fazendo com que muitas pessoas em situação de rua prefiram permanecer ao relento e expostos aos seus perigos (SILVA, 2009, p. 113).

A população em situação de rua, no Brasil, tem sofrido práticas higienistas, banimentos, linchamentos e abandonada à própria sorte pelo Estado. A violência contra essas pessoas materializa o preconceito e a intolerância da sociedade (SILVA, 2009, pp. 182-183).

São essas, portanto, as prestações que o Estado e a sociedade vêm ofertando à população em situação de rua: serviços de assistência social inadequados, insuficientes, precários, preconceito e intolerância. Nesse contexto, a Defensoria Pública deve exercer a sua função institucional de promotora de direitos fundamentais frente às violações sofridas.

A seguir, estão elencados os direitos fundamentais mais violados em relação à população em situação de rua e, quando existir, as políticas sociais já previstas para a sua proteção.

Juridicamente, a identidade conceitua-se como o conjunto de características próprias e exclusivas que, delimitadas legalmente, tornam a pessoa, um indivíduo único, diferenciando-o dos demais na sociedade (CALTRAM, 2010, pp. 31-32).

Quando se fala em direito à identidade, portanto, está se falando em elementos que individualizam a pessoa natural, sendo eles, o nome, o estado e o domicílio (CALTRAM, 2010, p. 32).

O nome é definido no artigo 16 do Código Civil brasileiro: “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”, consistindo o prenome

o nome que os pais escolhem para identificar a pessoa, individualizando-a e distinguindo-a dos demais. O sobrenome é o nome familiar, também chamado de patronímico.

Outro elemento de individualização da pessoa natural é o estado, consistindo no conjunto de qualidades do indivíduo, dividindo-se em estado individual, familiar, político e profissional. O estado individual diz respeito às características físicas da pessoa, tais como idade, sexo, cor, altura etc., referindo-se a particularidades que exercem influência sobre a capacidade civil (menor, maior, capaz, homem, mulher etc.). O estado familiar, por sua vez, indica a posição da pessoa na família, em relação ao casamento, na condição de casado, solteiro, viúvo, e ao parentesco, tal como mãe, filha, avô. O estado político qualifica o indivíduo quanto à sua nacionalidade, ou seja, se é brasileiro nato ou naturalizado, ou estrangeiro. Por fim, o estado profissional identifica a pessoa quanto à profissão que exerce (CALTRAM, 2010, pp. 34-35).

O domicílio é o lugar onde a pessoa física estabelece a sua residência com ânimo definitivo, conforme dispõe o artigo 70 do Código Civil brasileiro.

O direito à identidade, em suas acepções, portanto, é um requisito indispensável para o exercício da cidadania. Sem um documento de identidade, o indivíduo fica privado de seus direitos fundamentais e sem acesso a benefícios sociais.

Além disso, o fundamento constitucional da cidadania está relacionado à ideia de que a pessoa que se encontra no gozo de direitos pode participar da vida política, inclusive com o direito de votar e ser votado (CALTRAM, 2010, p. 10).

Sem os documentos de identificação o indivíduo não pode exercer os direitos políticos, deixando de ter acesso ao exercício da sua cidadania.

Sendo assim, como o parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que os direitos fundamentais previstos expressamente na Carta Magna não são taxativos, não excluindo outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados, entende-se que o direito à identidade seria um direito fundamental, vinculado à noção de cidadania e ao princípio constitucional de dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o direito à identidade pessoal é considerado um direito fundamental implícito, decorrente de princípios fundamentais. É direito fundamental, porque a identidade pessoal se trata de um mínimo necessário e imprescindível à dignidade

humana, sem o qual o indivíduo não pode estar inserido na sociedade em que vive. Bem como, é fundamental, porque a todos deve ser reconhecido esse direito, de forma concreta e material (CALTRAM, 2010, pp. 16-23).

Segundo dados da Pesquisa Nacional promovida pelo Ministério do Desenvolvimento Social, 24% da população em situação de rua não têm nenhum tipo de documentação (BRASIL, 2008, p. 12), estando completa e inteiramente desprovido de cidadania e do direito a uma identidade física, integralmente privada de acesso a direitos fundamentais e a quaisquer benefícios sociais.

Ainda de acordo com a mesma pesquisa, 41% das pessoas em situação de rua não estavam portando documento de identidade; a metade, 50%, não portava certidão de nascimento ou de casamento; 58% não portavam Cadastro de Pessoa Física (CPF); 60% não portavam Carteira de Trabalho; 62% não portavam título eleitoral; e apenas 22% da população ouvida estavam de posse de todos os documentos (BRASIL, 2008, p. 12).

Fica cristalino que a população em situação de rua é completamente destituída do exercício pleno do direito fundamental à identidade pessoal e, por consequência, violada em sua cidadania e afrontada em sua dignidade da pessoa humana.

Uma determinada quantidade de pessoas em situação de rua nem chegou a ter alguns documentos de identificação. Mas, na grande maioria dos casos, as pessoas têm os seus documentos extraviados, em decorrência de uma multiplicidade de fatores, mas todas ligadas à situação de extrema vulnerabilidade de estar em situação de rua: furto, roubo, perda, deterioração em virtude da chuva e outras intempéries, além de destruição em razão de violência institucional.

Segundo a pesquisa nacional do Ministério de Desenvolvimento Social, 29,7% dos entrevistados afirmaram ter algum problema de saúde. Entre os problemas de saúde mais citados destacam-se: hipertensão (10,1%), problema psiquiátrico/mental (6,1%), HIV/AIDS (5,1%) e problemas de visão/cegueira (4,6%). Dentre os entrevistados, 18,7% fazem uso de algum medicamento. Postos/centros de saúde são as principais vias de acesso a esses medicamentos. Daqueles que os utilizam, 48,6% afirmaram consegui-los por esse meio. Quando doentes, 43,8% dos entrevistados procuram em primeiro lugar o hospital/emergência. Em segundo lugar, 27,4% procuram o posto de saúde (BRASIL, 2008).

Saúde vem do latim “salute”, que significa salvação ou conservação da vida. É definido como o “estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou são” (FERREIRA, 1999, p. 1.822).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), órgão especial criado pela Organização das Nações Unidas (ONU), considerou a saúde como um princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”. Segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Conferência Internacional de Saúde, em 1946, o conceito de saúde é apresentado como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença” (SOUZA, 2007).

A saúde é um bem indispensável à preservação da dignidade da pessoa humana (Sueli Gandolfi Dallari in ROCHA, 2011).

Neste sentido, a saúde é um valor irrenunciável, inalienável, imprescritível, extrapatrimonial, universal, inato e inerente à pessoa humana (MILAGRES, 2010).

Previsto como direito social, exige uma prestação positiva: a prestação do serviço de saúde. O Estado tem o dever, a obrigação de prestar o direito à saúde. Da mesma forma o Estado tem a obrigação, o dever, de prestar o serviço de saúde à população em situação de rua, obedecendo as suas especificidades.

Como direito social básico (artigo 6º, CF), a saúde é:

[...] fundada nos princípios da universalidade, equidade e integralidade e amplamente protegida pela ordem constitucional em vigor. Segundo o art. 196, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (GREGORI, 2007).

A saúde encontra proteção especial na Constituição Federal. Em verdade, pode-se falar em uma Constituição da Saúde embutida na Carta Magna.

Segundo Rocha (2011), os artigos 1º e 3º da Constituição Federal alicerçam os fundamentos da tutela jurídica da saúde. O artigo 1º porque trata da dignidade

da pessoa humana. O artigo 3º, principalmente em razão de ter como objetivos a promoção do bem de todos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais.

O direito à saúde é previsto como direito social do artigo 6º da Carta Magna:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O Título VIII da Constituição Federal, intitulado "Da Ordem Social", é subdividido em capítulos. Sendo que o da Seguridade Social abrange a saúde, a previdência social e a assistência social.

O artigo 193, CF/88, apresenta as bases da ordem social, sendo por consequência, bases também do direito à saúde, destacando-se o bem-estar e a justiça social.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

O Direito à saúde é tratado nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal, transcrevendo-se abaixo o disposto no artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Constituição optou então, pelo princípio da dignidade da pessoa humana como norteador de todos os direitos fundamentais, e como objetivos, no que tange ao direito à saúde, o primado do bem-estar e da justiça social (artigo 193).

Em 2008, o Grupo de Trabalho Interministerial para Elaboração da Política Nacional de Inclusão Social da População em Situação de Rua, criado pelo Decreto Federal s/nº, de 25 de outubro de 2006, elaborou a própria Política Nacional de Inclusão Social da População em Situação de Rua, que prevê ações estratégicas, em algumas áreas, para conferir concretude aos princípios e diretrizes estabelecidos na Política Nacional para a População em Situação de Rua, estabelecida pelo Decreto Federal 7.053/09 (BRASIL, 2008, p.19).

As principais ações estratégicas previstas nesta Política Nacional para a implementação do direito fundamental à saúde foram (BRASIL, 2008a, pp. 23-24):

- garantia da atenção integral à saúde das pessoas em situação de rua e adequação das ações e serviços existentes, assegurando a equidade e o acesso universal no âmbito do Sistema Único de Saúde, com dispositivos de cuidados interdisciplinares e multiprofissionais;
- fortalecimento das ações de promoção à saúde, incluindo prevenção e tratamento de doenças com alta incidência junto a essa população, como doenças sexualmente transmissíveis/AIDS, tuberculose, hanseníase, hipertensão arterial, problemas dermatológicos, entre outras;
- fortalecimento das ações de atenção à saúde mental das pessoas em situação de rua, em especial aquela com transtornos decorrentes do uso de álcool e outras drogas, facilitando a localização e o acesso aos Centros de Atendimento Psicossocial (Caps. I,II, III e AD);
- apoio às iniciativas de ações intersetoriais que viabilizem a instituição e manutenção de Casas de Apoio ou similares voltadas para pessoas em situação de rua, em caso de alta hospitalar, para assegurar a continuidade do tratamento.

Em 2012, foi publicado pelo Ministério da Saúde o Plano Operativo para Implementação de Ações em Saúde da População em Situação de Rua 2012-2015. Este plano visa garantir o acesso aos serviços de saúde, bem como a melhoria do nível de saúde dessa população, por meio de ações e iniciativas que reconheçam as especificidades decorrentes do trabalho na rua e das condições de vida (falta de higiene adequada, exposição a baixas temperaturas, alimentação inadequada ou insuficiente, sono irregular, exposição a intempéries etc. (BRASIL, 2012, pp. 3 e 4).

Esse plano operativo identificou o problema a ser combatido: a dificuldade de acesso da população em situação de rua à atenção à saúde. Diante disso, o plano operativo estabeleceu uma série de enfrentamento, selecionando como principais: a implantação de consultórios na rua; o acesso à atenção domiciliar em espaços de acolhimento institucional; a intensificação da busca ativa e de tratamentos supervisionados para o controle de doenças infecciosas nas populações institucionalizadas e em situação de rua; capacitação e sensibilização profissionais de saúde para atendimento da população em situação de rua; apoio à formação e à

sensibilização de lideranças do movimento social da população em situação de rua referente ao exercício da cidadania, a saúde e defesa do Sistema Único de Saúde por meio de cursos, oficinas, encontros e formação (BRASIL, 2012, pp. 5-7).

Além disso, cabe ressaltar a existência do Manual de Recomendações para o Controle da Tuberculose no Brasil, expedido pelo Ministério da Saúde em 2010, que traz, como o nome diz, recomendações para melhoria das atividades de prevenção, vigilância, diagnóstico e tratamento dos casos de tuberculose. Esse Manual prevê expressamente, em um item próprio, cuidados específicos para a população em situação de rua (BRASIL, 2010, p. 01).

Através das pesquisas já realizadas, estima-se que a tuberculose seja um grave problema de saúde entre a população em situação de rua, sempre com elevada taxa de incidência e de abandono do tratamento, diante da quase impossibilidade da pessoa que se encontra na rua de seguir o procedimento médico prescrito. Esta população é considerada pelo Ministério da Saúde como um grupo de elevada vulnerabilidade (BRASIL, 2010, p. 127).

Também cabe apresentar um importante aliado no acesso das pessoas em situação de rua ao direito fundamental à saúde: os consultórios na rua. Previsto na portaria nº 122, de 25 de janeiro de 2011, este ato administrativo normativo define as diretrizes de organização e funcionamento das Equipes de Consultório na Rua.

Essas equipes têm a função de prestar o serviço de atenção básica às pessoas em situação de rua (artigo 1º, portaria nº 122/11).

Conforme o art. 2º da referida portaria, as equipes do Consultório na Rua são multiprofissionais e deverão estar aptas para lidar com os diferentes problemas e necessidades de saúde da população em situação de rua. O parágrafo 1º, do mesmo artigo, expõe que as atividades das equipes do Consultório na Rua incluirão a busca ativa e o cuidado aos usuários de álcool, crack e outras drogas.

Um ponto interessante previsto na portaria do Consultório na Rua é a previsão de agentes sociais que trabalharão com a equipe multidisciplinar. Esses agentes deverão ter trajetória de rua, o que facilita o contato da equipe com o público-alvo, e terão atribuições relevantes, previstas no parágrafo 7º, do artigo 4º, para um melhor atendimento do direito fundamental à saúde.

A Carta Magna de 1988 consagrou um regime constitucional da seguridade social, no artigo 6º e nos artigos 194 a 204, abarcando três eixos: saúde, previdência social e assistência social, com objetivo, em tese, de oferecer a todos uma vida digna e saudável (SARLET et. al., 2012, pp. 607-608).

Os artigos 203 e 204 da Constituição Federal expressamente estabeleceram o amparo e assistência à família, maternidade, infância, adolescência e à velhice.

No entanto, a redação do artigo 203 é suficientemente ampla para abranger perfeita e integralmente as mulheres e homens adultos que se encontram nas ruas, em situação de extrema vulnerabilidade social, jurídica e econômica. O seu texto dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de qualquer contribuição. Este é o fundamento maior de todo o serviço de assistência social previsto para a população em situação de rua.

Em 1993, foi aprovada a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742, que regulamentou os Artigos 203 e 204 da Constituição Federal, reconhecendo a Assistência Social como política pública, direito do cidadão e dever do Estado, garantindo a universalização dos direitos sociais. Em 30 de dezembro de 2005, a Lei nº 11.258 alterou a Lei nº 8.742 para a inclusão da obrigatoriedade expressa da formulação de programas de amparo à população em situação de rua.

O microsistema jurídico de assistência social tem previsto ao longo dos últimos anos dispositivos que expressamente estabelecem o direito à assistência social à população em situação de rua.

Tal como a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), que reconheceu a atenção à população em situação de rua no âmbito do Sistema Único de Assistência Social. Essa PNAS consiste em uma política que visa à padronização, à melhoria e à ampliação dos serviços de assistência do país.

Outro exemplo é a Instrução Operacional conjunta da Secretaria Nacional de Assistência Social e da Secretaria Nacional de Renda e Cidadania de nº 07, de 22 de novembro de 2010, que orientou os municípios e o Distrito Federal a incluir pessoas em situação de rua no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, promovendo que essas pessoas possam, sendo o caso e preenchidos os requisitos, receber benefícios assistenciais e programas de transferência de renda.

Em contrapartida ao previsto nas normas legais e administrativas, no caso concreto não existem serviços de acolhimento em quantidade suficiente para abrigar as pessoas em situação de rua, nem são adequados, nem obedecem ao disposto nas normas.

O direito fundamental à moradia é consequência da proteção à vida e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não se confundindo com o direito de propriedade (SARLET et. al., 2012, p. 587).

É na moradia que a pessoa humana encontra abrigo, tanto para se defender do frio, do calor, da chuva, quanto dos perigos e pressões da vida social. Para cumprir suas finalidades, a moradia deve ainda ser digna, condizente com as exigências mínimas da natureza humana (DALLARI, 2004, pp. 51-52).

Como direito social que é, o direito à moradia comporta uma dimensão prestacional, de exigir do Estado a concessão deste direito, ou seja, que o Poder Público conceda a quem necessite uma moradia. A fundamentação que embasa a prestação do serviço de saúde, do serviço público de educação, do serviço de assistência social, por meio de dedução lógica também justifica a concessão, pelo Poder Público, de uma moradia, através de programas de promoção social ou de transferência de renda, como o aluguel social, por exemplo.

A ausência de moradia e a situação de rua é uma clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador que se encontra no ápice do Ordenamento Jurídico, além de consistir em afronta ao direito à vida e à integridade física. É obrigação do Estado, em caso dos direitos sociais prestacionais, satisfazer a pretensão subjetiva, amparada, ainda mais, pelas mais relevantes normas constitucionais.

Não se está aqui de conferir um caráter messiânico à Constituição Federal (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 772), mas apenas se quer levá-la a sério, cumprindo as suas determinações e exigindo que o Estado também obedeça ao disposto na Carta Maior. É objetivo fundamental da Constituição Federal a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais (artigo 3º, inciso III, CF/88). E toda a palavra ou norma escrita na Constituição tem sentido, cogência e imperatividade e deve ser valorizada e respeitada.

Segundo Sarlet e outros, ainda não está sedimentado nem na doutrina nem na jurisprudência a efetivação do direito à moradia em direito subjetivo à construção, pelo Poder Público, de uma moradia digna ou o fornecimento de recursos para tanto (2012, p. 591).

Segundo a Pesquisa Nacional sobre População de Rua, promovida pelo Ministério de Desenvolvimento Social, 74% dos entrevistados sabem ler e escrever. No entanto, desses, quase a metade, 48,4%, não concluíram o Ensino Fundamental. Dos entrevistados, 17,1% não sabem escrever e 8,3% apenas assinam o próprio nome (BRASIL, 2008b, p. 7).

A educação consiste em um projeto de aprendizagem e aperfeiçoamento, através do qual as pessoas se preparam para a vida, aprendendo um ofício, um trabalho. A educação é muito relevante para todos os seres humanos. A pessoa mais bem educada compreende as demais para aceitar as diferenças que existem entre os indivíduos, acabando por gerar uma sociedade mais tolerante e justa (DALLARI, 2004, p. 66).

A Constituição Federal brasileira reconhece a educação como direito fundamental social, ao afirmar que a educação é direito de todos e dever do Estado, nos termos do seu artigo 205. No entanto, seguindo o entendimento do artigo 208, I, apenas o Ensino Fundamental é obrigatório, inclusive, para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 771).

Essa garantia de Ensino Fundamental obrigatório para adultos previsto no artigo 208, I, CF/88, não deixa de ser pertinente para as necessidades da população em situação de rua, visto que cerca de 63% dos entrevistados na Pesquisa do Ministério de Desenvolvimento Social informaram que ou não concluíram o Ensino Fundamental ou não sabem ler e escrever ou apenas sabem assinar o nome (BRASIL, 2008b, p. 7).

O professor Dirley da Cunha acentua que em caso de descumprimento do dever de prestar educação pública para um menor, cabe ação judicial contra o Estado, bem como uma ação judicial que determine a construção de uma escola, ou o custeio do estudo do menor em escola privada, além da condenação do Estado ao pagamento de indenização, em virtude da omissão ilícita (CUNHA JÚNIOR, 2012, pp. 771-772).

Diante disso, seguindo a mesma linha de pensamento, é perfeitamente possível se transportar o mesmo entendimento para o adulto em situação de rua. O inciso

I, do artigo 208 da Constituição Federal, autoriza que se pleiteie judicialmente que o Estado ofereça educação primária gratuita para as pessoas em situação de rua que não tenham tido o acesso a esse direito. Nos pedidos, pode-se requerer, igualmente, a determinação de construção e funcionamento de uma escola ou de um espaço físico adequado para ministrar aulas ou até que o Estado custeie o estudo da pessoa em escola privada que ofereça educação fundamental para adultos.

3.4 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha partiu o posicionamento no sentido de que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos públicos necessários e suficientes para a satisfação das prestações materiais, tais como serviço de saúde, de educação, assistência social, e que o Estado teria a discricionariedade de decidir prestar ou não o quanto solicitado (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 780).

Essa contingência é chamada de reserva do possível, posto que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos necessários e suficientes (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 781).

A reserva do possível consiste naquilo que se pode razoavelmente esperar do Poder Público, tendo em vista as condições sociais.

Essa ideia alemã, Estado ícone da doutrina do Bem-Estar Social e que efetivamente conseguiu colocar esse sistema socioeconômico em prática, garantindo direitos fundamentais sociais para seus cidadãos, foi recepcionada no Brasil, como um argumento de limitação financeira, de ordem orçamentária, que impediria o exercício dos direitos sociais. Seria a reserva do financeiramente possível.

Essa doutrina não deveria ter sido recepcionada no Brasil, um país que precisa fazer tudo no que tange aos direitos sociais, onde as pessoas não têm o mínimo existencial. A nossa realidade social é completamente oposta à situação da Alemanha.

Nesse sentido, e tratando do tema da reserva do possível, o professor Dirley da Cunha é enfático ao dizer que “é completamente sem sentido aplicar, descuidadamente e sem critérios, ao Brasil, um país em desenvolvimento ou periférico, teorias jurídicas de países desenvolvidos” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 781).

Deve-se sim autorizar ao Poder Judiciário que, no controle do Poder Público, determine a redistribuição dos recursos públicos, retirando-os de outras áreas, como mordomias para autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas, seguranças desnecessários, carros de luxo, comitivas despiciendas em viagens internacionais, diárias excessivas, gastos em publicidade, para destiná-los ao atendimento de direitos sociais, dotando o indivíduo das condições mínimas de existência (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 783).

O professor Dirley da Cunha acentua ainda que o Estado foi criado para servir à coletividade e prover os cidadãos das condições mínimas de existência. Segundo a nossa Constituição Federal, o ser humano é uma finalidade a ser alcançada, e o Estado um meio para se garantir a felicidade humana e o bem-estar coletivo. Nesta seara, a reserva do possível só se justificaria no momento em que o Estado conseguisse garantir a existência digna de todos. Fora deste contexto, a reserva do possível consiste em desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a frustração das expectativas, anseios e necessidades da sociedade (2012, p. 789).

3.5 CONTROLE DE POLÍTICAS SOCIAIS ATRAVÉS DOS GASTOS PÚBLICOS

São deveres da Administração Pública, cumprir e concretizar os mandamentos contidos na ordem jurídica, implementando políticas públicas sociais visando garantir a prestação dos direitos fundamentais sociais.

Somente através de políticas públicas sociais é que a Administração Pública poderá alcançar as finalidades previstas na Constituição no que diz respeito aos direitos fundamentais prestacionais, que exigem essencialmente uma conduta positiva por parte do Estado para serem satisfeitos.

No entanto, o Estado não vem cumprindo o seu dever, desobedecendo aos comandos constitucionais. Na prática, nas ruas, os direitos sociais não são efetivados. Embora, atualmente, o contexto teórico seja no sentido de que há força normativa dos direitos sociais, mesmo que ainda sejam denominados de programáticos, persiste a resistência no tocante à sua força cogente, bem como em relação à possibilidade de se efetivá-los judicialmente.

Isto ocorre porque os direitos fundamentais sociais exigem prestações custosas e os recursos públicos são escassos e limitados.

Os direitos fundamentais sociais exigem investimento, cujos custos são elevados. Tanto que se trouxe a doutrina da reserva do possível para o contexto brasileiro, embora ela não tenha cabimento dentro da realidade e do contexto brasileiros.

No entanto, como não há recursos ilimitados, é necessário priorizar e decidir em que ação ou gasto o dinheiro público será investido. Essas escolhas sofrem a ingerência direta dos ditames constitucionais em relação às finalidades que devem ser buscadas, primordialmente (BARCELLOS, 2005, p. 11).

Ana Paula de Barcellos resume bem o que acabou de ser explanado ao dizer que a Constituição Federal primeiro fixa como uma de suas finalidades essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas consistem no meio pelo qual os direitos fundamentais podem ser promovidos, alcançando-se desta forma o cumprimento dos fins constitucionais. Ocorre que essas políticas públicas demandam gasto de dinheiro público e os recursos são limitados, obrigando-se a fazer escolhas. Diante disso, conclui-se que a Constituição Federal interfere de forma imperativa na definição dos gastos públicos (BARCELLOS, 2005, pp. 11-12).

Se a Constituição vincula a decisão que define os gastos dos recursos públicos, chancela-se definitiva e completamente o controle jurídico do destino a ser dado aos investimentos públicos.

Pois bem, esse controle jurídico dos gastos públicos e, por consequência das políticas públicas, leva à análise de três temas: a identificação dos parâmetros de controle; a garantia de acesso à informação; e a elaboração dos instrumentos de controle (BARCELLOS, 2005, p. 15).

A identificação dos parâmetros de controle consiste em se determinar como selecionar qual política pública será considerada prioritária para receber o investimento público. Esses parâmetros devem ser extraídos da Carta Magna (BARCELLOS, 2005, p. 15).

Barcellos (2005, pp. 17-22) divide esses parâmetros em três tipos: objetivos, que são aqueles gastos que a própria Constituição prevê expressamente, inclusive com percentuais; o segundo parâmetro consiste em identificar que bens mínimos devem ser ofertado pelo Estado, para promover os direitos fundamentais e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; e o terceiro parâmetro é a possibilidade de controlar os meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as finalidades constitucionais.

A partir da construção desses parâmetros, para se fazer o controle jurídico dos gastos públicos, e por consequência das políticas públicas, é necessário se garantir o acesso à informação detalhada e explicativa dos recursos públicos disponíveis; da previsão orçamentária; e da execução orçamentária (BARCELLOS, 2005, p. 23).

O fato dessas informações não serem prestadas de forma adequada, transparente, clara, com a especificação correta dos recursos disponíveis, do que está previsto para ser gasto e com o que e de como o dinheiro foi gasto é grave, uma vez que o dever de prestar contas é uma obrigação jurídica que pode ser coativamente exigida. “O cidadão tem o direito de saber de quanto dinheiro o Estado dispõe e em que ele está sendo gasto” (BARCELLOS, 2005, pp. 25-26).

O terceiro elemento para se efetivar o controle dos gastos públicos e das políticas consiste em se definir o que deve ser feito juridicamente se os parâmetros fixados no exercício do controle não forem observados. Neste caso, Barcellos (2005, p. 26) entende que cabe punição do agente administrativo, ineficácia do ato que viola a regra e possibilidade de se produzir judicialmente o que foi determinado pela Constituição, em substituição ao agente que descumpriu o determinado.

Essa proposta de controle dos gastos públicos trazida por Ana Paula de Barcellos, em tese, se efetivamente fosse posta em prática, seria uma excelente forma de se garantir que as políticas públicas sociais voltadas a atender as necessidades materiais oriundas das violações de direitos fundamentais da população em situação de rua seriam concretizadas.

3.6 CONTROLE DE POLÍTICAS SOCIAIS COMO GARANTIA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Apesar das dificuldades apresentadas neste trabalho, como, por exemplo, a doutrina da reserva do possível, a Defensoria Pública está apta a cumprir com as suas obrigações legais, ao se constituir como uma instituição que tem como atribuição a concretização das políticas públicas, quando houver omissão e inércia do órgão responsável pelo cumprimento da prestação do direito fundamental.

Isto porque a Defensoria é função essencial à Justiça, entendida esta não apenas como Poder Judiciário, mas sim como Ordem Jurídica Justa, na proteção do regime democrático, dos interesses sociais, individuais, de grupos sociais vulneráveis e da primazia da dignidade da pessoa humana (ARRUDA, 2012).

Neste sentido, a Defensoria Pública, em seu papel de efetivação dos direitos fundamentais sociais, deve controlar e fiscalizar de forma preventiva, extrajudicial, proativa e resolutiva, no exercício de sua função essencial à Justiça (artigo 134 da Constituição da República), as políticas sociais (ARRUDA, 2012).

Através também de uma atuação extrajudicial e política, a Defensoria Pública deve exercer o controle da legalidade e da juridicidade das ações governamentais, nas escolhas das políticas públicas prioritárias (ARRUDA, 2012).

ARRUDA explica muito bem como ocorre esta atuação extrajudicial e política:

Essa atuação preventiva e extrajudicial da Defensoria Pública abarca negociação política, marcação de audiências públicas e agendamento, no âmbito da Defensoria, das Secretarias e Conselhos Estaduais e Municipais, de reuniões, realização e celebração de TACs - Termos de Ajustamento de Condutas (compromisso de ajuste das condutas às previsões legais e constitucionais), de Termos de Cooperação Técnica, de Procedimentos Preparatórios, ou seja, de todo e qualquer instrumento, de toda e qualquer ação capaz de diligenciar no sentido de resolver um conflito social, econômico, político, jurídico, antecipando sua solução antes mesmo de encaminhar à penosa, onerosa e desgastante via judicial (ARRUDA, 2012).

Além disso, a Defensoria também pode atuar no controle de políticas públicas, de forma extrajudicial, participando de Conselhos de Direitos, orientando os cidadãos, para que os movimentos sociais fortaleçam o pleito de maneira política. A efetivação dos direitos fundamentais sociais, em sua história, se deu através de lutas e conquistas. A atuação extrajudicial da Defensoria faz parte deste contexto de luta pela efetivação dos direitos fundamentais.

Ao contrário do que prega a doutrina da reserva do possível, Arruda (2012) acentua que não há discricionariedade do Administrador Público na decisão sobre a concretização ou não dos direitos fundamentais constitucionais, através de políticas sociais.

O Administrador é obrigado pela Constituição a cumprir suas determinações e objetivos fundamentais, devendo, quando houver alguma necessidade material a ser satisfeita, prestar a política social materializadora do direito fundamental respectivo.

A discricionariedade significa a possibilidade que o Administrador tem de examinar a oportunidade e a conveniência na prática de um ato administrativo quando existir verdadeiramente a faculdade de escolha, diante de uma variedade de opções para sua realização, dentro de uma margem de decisão. O que não quer dizer que o Administrador tenha a liberdade de decidir não prestar o direito fundamental (ARRUDA, 2012).

Quando se está lidando com políticas públicas sociais prestadoras de direitos fundamentais, há uma severa limitação constitucional à discricionariedade do Administrador. No momento em que a Constituição ordena a prática da política concretizadora dos direitos fundamentais sociais, a omissão estatal consiste em uma ofensa inaceitável aos ditames constitucionais, passíveis de fiscalização e de controle pela Defensoria Pública e pelo Órgão Judiciário, sendo este acionado. Fica claro que não existe discricionariedade administrativa quando se trata do cumprimento de normas constitucionais, ainda mais aquelas relacionadas a políticas públicas, não havendo margem de liberdade para cumprir ou não os mandamentos constitucionais pelo Administrador Público (ARRUDA, 2012).

A Constituição Federal determina a efetivação de suas normas, a materialização de seus mandamentos, para que a sociedade, abrangendo os administrados, os cidadãos, possa ter seus direitos sociais atendidos (ARRUDA, 2012).

São inconstitucionais, sendo assim, sujeitas a controle judicial, as omissões do Estado em não disponibilizar recursos financeiros necessários para efetivamente prestar os direitos sociais (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 773).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu favoravelmente sobre a possibilidade de um controle judicial das políticas públicas, como meio de efetivação, concretização dos direitos sociais, quando ocorrer omissão do Estado (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 786).

Conclui-se que o Defensor Público deve cumprir o seu papel de promoção dos direitos fundamentais sociais em face da população em situação de rua, através do controle das políticas públicas sociais. Bem como, judicialmente, fundamentando a petição inicial, com a política nacional de população em situação de rua, e os planos operativos trabalhados no presente texto. Sem esquecer a atuação extrajudicial, também já aventada nesta monografia. Cabendo ressaltar que esta atuação é dever do Defensor Público, em razão do seu papel de agente político transformador da realidade social.

4 CONCLUSÃO

Em face deste quadro, a Defensoria Pública, na qualidade de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defesa dos necessitados, nos termos das Leis Orgânicas Estadual e Federal (Lei Complementar Federal 80/94 e Lei Complementar Estadual 26/06), tem obrigação de atuar em favor da população em situação de rua, seguramente um dos grupos mais vulneráveis da sociedade, posto que privado de seus direitos fundamentais.

Ademais, incumbe à Defensoria Pública promover os direitos humanos e políticas públicas de assistência e orientação jurídica, sendo seus objetivos a primazia da dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais, a afirmação do Estado Democrático de Direito, a prevalência e efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios constitucionais (artigos 1º e 3º-A da Lei Complementar Federal nº 80, de 1994).

A atuação defensorial envolve articulação extrajudicial e judicial, se necessário, visando à efetivação de direitos. No presente trabalho, realizou-se um recorte, analisando o papel da Defensoria Pública no enfrentamento das violações de direitos fundamentais sociais sofridas pela população em situação de rua.

Ficou demonstrado igualmente neste trabalho que já existe um arcabouço legal formado por princípios e normas constitucionais, legislação infraconstitucional e uma gama de atos administrativos normativos que preveem diretrizes, estratégias e ações objetivando o atendimento e a efetivação dos direitos fundamentais sociais da população em situação de rua.

A partir deste vasto arcabouço jurídico, a Defensoria Pública encontra-se devidamente municiada de instrumentos e fundamentações jurídicas para justificar e embasar sua atuação no controle de políticas sociais, seja extrajudicial ou judicialmente, visando efetivar os direitos fundamentais sociais da população em situação de rua.

Por fim, cabe lembrar que não é condição inerente ao ser humano estar na rua, desamparado. Esta condição é fabricada pela nossa sociedade e por isso deve ser combatida, sendo obrigação legal da Defensoria exercer esta atribuição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.



ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco:** retratos institucionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ARRUDA, Ígor Araújo de. **Defensoria Pública na concretização de políticas públicas:** um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental. 2012. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=14511>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

BAHIA. Lei Complementar Estadual nº 26, de 28 de junho de 2006. Dispõe sobre a Lei Orgânica e o Estatuto da Defensoria Pública do Estado da Bahia e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado da Bahia**, Salvador, 29 de junho de 2006, ano 90, nº 19.159.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2013.

BOITTEUX, Elza Antonia Pereira Cunha (Coord.). **Direitos humanos:** estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato. Salvador: JusPodivm, 2010.

BOMFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa.** Salvador: JusPodivm, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Dados do Censo 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php?uf=29>. Acesso em: 18 mar. 2012.

BRASIL. Governo Federal. Grupo de Trabalho Interministerial para Elaboração da Política Nacional de Inclusão Social da População em Situação de Rua. **Política nacional para inclusão social da população em situação de rua.** Brasília, 2008a. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/backup/arquivos/versao_da_pnpr_para_consulta_publica.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2013.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de janeiro de 1994.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. **Plano operativo para implementação de ações em saúde da população em situação de rua 2012-2015.** Brasília, 2012. Disponível em: <portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/3e_120612.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de Controle da Tuberculose. **Manual de Recomendações para o Controle da Tuberculose no Brasil.** Brasília, 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social – PNAS/2004.** Brasília, 2005.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome- MDS. Secretaria Nacional de Assistência Social. Meta Instituto de Pesquisa de Opinião. **Sumário executivo - pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**. Brasília: MDS/META, abr. 2008b.

BRASIL. Presidência da República. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social. Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 de novembro de 2009, seção 1.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. **Gastos com a Política Social**: alavanca para o crescimento com distribuição de renda. Brasília: IPEA, 2011.

BRITTO, Adriana. A evolução da defensoria pública em direção à tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**: comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BURGER, Adriana Fagundes e BALBINOT, Christine. A dimensão coletiva da atuação da defensoria pública a partir do reconhecimento da sua legitimidade ativa para a propositura das ações transindividuais. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**: comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CALTRAM, Gladys Andrea Francisco. **O registro de nascimento como direito fundamental ao pleno exercício da cidadania**. 2010. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNIMEP – Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/WLLANLIBSYCU.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

COSTA, Ana Paula Motta. População em situação de rua: contextualização e caracterização. **Revista Virtual Textos & Contextos**, ano 4, nº 4, dez. 2005. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/993/773>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

COSTA, Nelson Nery. **Manual do Defensor Público**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2004.

FERRAZ, Andréa Karla; SANTIAGO, Luciano Sotero; OLIVEIRA, Márcio Luís de; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Direito do Estado**: questões atuais. Salvador: JusPodivm, 2009.



FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GALLO, Gabriela Neves. **Direito à moradia:** direito humano fundamental.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde:** a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRISOTTI, Márcia; GELINSKI, Carmen Rosário Ortiz G. **Visões parciais da pobreza e políticas sociais recentes no Brasil. R. Katál.** Florianópolis v. 13, nº 2, jul./dez. 2010, pp. 210-219. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v13n2/08.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

IVO, Anete Brito Leal. Os efeitos dos programas de transferência de renda sobre as desigualdades sociais no Brasil. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DA ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE SOCIOLOGIA, 28, 2001, Recife, 2011. **Anais...** Recife, UFPE, 2011.

KOVARICK, Lúcio. **Viver em risco:** sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano. São Paulo: Editora 34, 2009.

LUBISCO, Nídia M. L.; VIEIRA, Sonia Chagas. **Manual de estilo acadêmico:** monografia, dissertações e teses. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2003.

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

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais:** os direitos subjetivos em face das normas pragmáticas de direitos sociais. Salvador: JuspPodivm, 2008.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Saúde: direito, dever ou valor. **Revista CEJ**, Brasília, ano 14, nº 50, pp. 25-29, jul./set. 2010.

MINHOTO, Antônio (Org.). **Constituição, minorias e inclusão social.** São Paulo: Rideel, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios:** o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ORDACGY, André da Silva. Primeiras impressões sobre a Lei nº 11.448/07 e a atuação da Defensoria Pública da União na tutela coletiva. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos:** comemorando a Lei Federal nº 11.448 de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PIOVENSAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RAMOS, Lauro e MENDONÇA, Rosane. Pobreza e desigualdades de renda no Brasil. In: GIAMBIAGI, Fabio et all. **Economia brasileira contemporânea (1945-2004).** Elsevier, Rio de Janeiro, 2005.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos Sociais como direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: ENCONTRO DE PROFESSORES. Petrópolis, 2008. Disponível em: <http://www.stfjus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 28 set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

SILVA, Dicken William Lemes. O direito de acesso à Justiça no contexto do pós-positivismo. **Revista de Direito Público** – estudos, conferências e notas, nº10, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/441/378>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

SILVA, Maria Lúcia Lopes da. **Trabalho e população em situação de rua no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2009.

SILVA, Paulo Tadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **A Defensoria Pública e os processos coletivos**: comemorando a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SOUZA, Mauro Luís Silva de. **A saúde como garantia fundamental e a política pública como seu limite**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id537.htm>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

INCONSTITUCIONALIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA FRENTE À PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

UNCONSTITUTIONALITY OF EXTINCTION OF THE BOLSA FAMILIA PROGRAMME FRONT THE PROHIBITION OF THE SOCIAL REGRESSION

Geiziane Oliveira de Jesus¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA. 3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. 4 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ENQUADRAMENTO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL NA SEGUNDA DIMENSÃO. 4.1 PRIMEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4.2 SEGUNDA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4.3 TERCEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 5 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA. 5.1 CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL. 5.2 IMPACTOS DO PBF NA GARANTIA DO MÍNIMO SOCIAL. 6 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. 6.1 CONCEITO. 6.2 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente artigo científico tem como principal objetivo analisar a inconstitucionalidade de revogação da Lei 10.836/2004, que criou o Programa Bolsa Família (PBF), em face à proibição do retrocesso social. A metodologia de investigação empregada abrangeu aspectos qualitativos e quantitativos, com foco na revisão bibliográfica e documental. Em primeiro momento, foram feitas algumas considerações acerca do programa e do direito à assistência social e seu enquadramento como um direito humano fundamental de segunda dimensão. Posteriormente, discorreu-se sobre o conceito de mínimo existencial, analisando

¹ Advogada do Centro Público de Economia Solidária da Bacia do Jacuípe. E-mail: geizi_dejesus@hotmail.com

os entraves do PBF, no que se refere a ser, de per si, garantidor de uma vida digna às famílias beneficiárias. Por último, foi dado particular enfoque à proibição do retrocesso social. As considerações finais apontam a inconstitucionalidade de eventual medida tendente a abolir a lei em comento, sem criação de programas alternativos ou compensatórios, haja vista que o Bolsa Família significa uma prestação positiva do Estado já concretizada que garante a realização de alguns direitos fundamentais mínimos.

Palavras-chave: Programa Bolsa Família. Direito à Assistência Social. Mínimo existencial. Proibição do retrocesso social.

ABSTRACT: This research paper aims to analyze the constitutionality of the abrogation of Law 10.836/2004, who created the Bolsa Família Program (PBF), due to the prohibition of social regression. The methodology used included qualitative and quantitative research, focusing on the literature review and documentary aspects. At first, some comments about the program and the right to social assistance and its environment as a fundamental human right of second dimension were made. Later, it talked about the concept of existential minimum, analyzing the barriers of PBF, with regard to, per se, a guarantor of a dignified life to beneficiary families. Finally, particular focus was given the ban on social backlash. The conclusions point the constitutionality of a measure to abolish the law under discussion, without the creation of alternative or compensatory programs, given that the Bolsa Família means positive action by the State has already taken place, that ensures the achievement of some minimum basic rights.

Key-Words: *Bolsa Família Program. Right to Social Assistance. Existential minimum. Ban social backlash.*

1 INTRODUÇÃO

O Programa Bolsa Família (PBF) foi articulado como uma política pública em prol da materialização de alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos na Constituição da Federal de 1988, quais sejam erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Além disso, visa garantir alguns direitos fundamentais, entre os quais, dignidade da pessoa humana, assistência social, e mínimo existencial.

Partindo desta premissa, este trabalho se propõe a responder o seguinte questionamento: pode o legislador infraconstitucional voltar atrás no que se refere à preservação do Programa Bolsa Família (PBF) e revogar a Lei nº 10.836/2004?

O interesse pelo tema surgiu em 2011, quando realizei um estudo de caso no município baiano de Pintadas, cujo principal objetivo foi avaliar a participação do programa no desenvolvimento das famílias beneficiárias e, por conseguinte, seu reflexo em toda a região. No decorrer da investigação, verifiquei que o programa não estava contribuindo eficazmente com o desenvolvimento naquela localidade, visto que a maior parte da população do município sofria de algum tipo de privação, entre as quais se destacaram a pobreza, a falta de emprego rentável e a dependência gerada pelo programa, que inclui o desejo de continuar sempre recebendo a renda repassada e o medo de perdê-la.

Assim, concluí que para o PBF se tornar propulsor do direito ao desenvolvimento era necessário, antes de qualquer coisa, torná-lo um direito garantido pelo Estado ao cidadão, o que resultaria na certeza e segurança de ter uma renda mínima. Consequentemente, as famílias não teriam mais que viver com receio da perda de tal benefício, o que lhes estimularia a buscar meios sustentáveis de superação da pobreza e da extrema pobreza.

Um fato que retrata este medo das famílias foi o que ocorreu em maio de 2013, quando boatos de que o governo cortaria tais benefícios levaram milhares de famílias a formar filas nas lotéricas e nas agências da Caixa Econômica Federal para tentar sacar o valor a que tinham direito, provocando filas enormes, tumultos e confusões em todo o país, principalmente nos estados da Região Nordeste e Rio de Janeiro.

Neste contexto, o objetivo deste artigo é demonstrar a inconstitucionalidade de eventual medida que venha extinguir o Programa Bolsa Família sem a criação de outro programa alternativo ou compensatório capaz de manter os direitos mínimos já concretizados, em desrespeito à proibição do retrocesso social.

Para tanto, serão feitas, inicialmente, algumas considerações sobre o Programa Bolsa Família, analisando como teve início no país, como está estruturado e seu enquadramento como um benefício de assistência social.

Em seguida, será abordado o direito à assistência social e sua natureza jurídica no âmbito externo, como direito humano e interno, como direito fundamental, bem como sua inserção na 2ª dimensão dos direitos fundamentais.

Será dada especial atenção à garantia do mínimo existencial e ao princípio da vedação do retrocesso social, para, finalmente, ser analisada a importância dos

institutos estudados como deveres e limites à atuação do Estado, em especial do Poder Legislativo no que se refere à eventual ação que venha a extinguir o Programa Bolsa Família.

A abordagem teórico-metodológica empregada caracteriza-se pelo caráter qualiquantitativo, representado pela revisão bibliográfica e documental, com o marco referencial teórico, estruturado segundo conceitos, tais como: assistência social, mínimo existencial e vedação ao retrocesso social. Além disso, destaca-se também o enfoque empírico, construído por meio da utilização dos dados colhidos na pesquisa de campo realizada em 2011 em Pintadas, a qual foi sistematizada a partir de entrevistas semiestruturadas, totalizando 30 questionários, aplicados às famílias moradoras do município, sendo 50% na sede e na zona rural, respectivamente.

2 O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

O Programa Bolsa Família é uma política pública de transferência direta de renda às famílias pobres e em extrema pobreza, instituído pela Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e regulamentado pelo Decreto nº 5.209/2004.

Nos termos do art. 4º do Decreto nº 5.209/2004 e seus incisos, os objetivos básicos do Programa Bolsa Família, em relação aos seus beneficiários, sem prejuízo de outros que venham a ser fixados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, são:

I - promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, de saúde, educação e assistência social;

II - combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional;

III - estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza;

IV - combater a pobreza;

V - promover a intersetorialidade, a complementaridade e a sinergia das ações sociais do Poder Público. (BRASIL, 2004)

O Bolsa Família é o resultado da unificação dos Programas de Garantia de Renda Mínima (PGRM), Bolsa Alimentação, Bolsa Escola e Programa Auxílio-Gás. Atualmente, é regido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em parceria com os Estados e Municípios.

Trata-se de um programa de transferência direta de renda, com condicionalidades, que atende as famílias pobres e em extrema pobreza. As condicionalidades são os compromissos que as famílias assumem em participar do acompanhamento de saúde e do estado nutricional dos filhos, matricular as crianças na escola e acompanhar suas frequências.

A renda repassada varia de acordo com a composição familiar e a renda da família. Tanto assim que toda família com renda “per capita” mensal inferior a R\$ 70,00 (extrema pobreza), informada no Cadastro Único, recebe o Benefício Básico no valor fixo de R\$ 70,00. Além deste valor, toda família com renda mensal de até R\$ 140,00 por pessoa (pobreza) e que tenha em sua composição filhos até 15 anos, recebe o Benefício Variável no valor de R\$ 32,00 por filho (até o limite de cinco filhos). Já as famílias que têm filhos de 16 e 17 anos recebem o Benefício Variável Jovem (BVJ), no valor de R\$ 38,00 por filho (até dois jovens). Existem, ainda, os benefícios para gestantes e nutrizes, no valor de R\$ 32,00 por mês. (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME, 2014).

No entanto, o novo Decreto nº 8.232, de 30 de abril de 2014, garantiu um reajuste de 10% sobre estes valores, com vigência a partir de 1º de junho de 2014. Com a nova regulamentação, o programa passou a acolher famílias que tenham renda mensal por pessoa de até R\$ 77,00 e famílias com renda “per capita” entre R\$ 77,01 e R\$ 154,00, desde que, nesse caso, haja crianças, adolescentes, gestantes ou nutrizes.

A identificação das famílias com o perfil para participar do programa é feita por meio do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal. Neste sentido, é interessante destacar, que o Cadastro Único é um instrumento que identifica e caracteriza as famílias com renda mensal de até meio salário mínimo por pessoa ou de três salários mínimos no total, possibilitando conhecer a realidade dessas famílias, cabendo ao município a responsabilidade de inserção dos dados cadastrais das famílias.

O PBF possui três eixos principais: o primeiro deles é promover o alívio imediato da pobreza através da transferência de renda. O segundo diz respeito ao reforço para a concretização de direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social, por meio das condicionalidades, rompendo-se o ciclo intergeracional da pobreza. E por último, em conjunto com as ações e programas complementares de geração de emprego e renda, promover o desenvolvimento das famílias, de maneira que superem a situação de vulnerabilidade (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME, 2014).

No exercício financeiro de 2013 o Governo Federal repassou R\$ 24.890.170,091,00 ao Programa Bolsa Família para a transferência direta de renda, sendo beneficiárias, aproximadamente, 13,8 milhões de famílias.

3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Existe na doutrina um grande debate acerca da conceituação de direitos fundamentais. Para alguns autores, não existe diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, todavia entendendo ser correta a distinção traçada entre estes importantes direitos.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 11), os direitos fundamentais são considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente. Enquanto que os direitos humanos constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna.

Assim, o referido autor conceitua, detalhadamente, direitos fundamentais como sendo:

Aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, §2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais) (SARLET, 2001, p. 11).

Deste modo, é possível afirmar que o direito à assistência social foi elevado à categoria de direito fundamental, uma vez que está previsto no texto da Carta Magna, no Título VIII, que trata da ordem social, nos artigos 203 e 204.

A assistência social engloba o sistema de seguridade social ao lado da saúde e previdência social. E, de acordo com o art. 203 da CRFB/1988, será prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição à seguridade social, tendo

por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Assim sendo, a assistência social, além de formalmente, é materialmente constitucional, na medida em que se verifica que sua intenção é garantir a dignidade da pessoa humana, protegendo as pessoas mais vulneráveis, como os idosos, deficientes físicos, as famílias carentes, os desempregados, entre outros.

Igualmente, o direito à assistência social pode ser classificado como direito fundamental em decorrência da cláusula aberta contida no art. 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Neste contexto, também é considerado um direito humano, pois foi protegida internacionalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como se verifica nos artigos abaixo:

Artigo XXII - Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXV - 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

Diante do exposto, percebe-se que a assistência social é um direito humano fundamental, visto que, além de estar explicitamente garantida na Constituição Federal, seus objetivos são materialmente constitucionais, além do que é uma garantia internacional, ratificada pelo Brasil.

No entanto, a despeito da CRFB/88 ter elevado a assistência social ao patamar de direito fundamental, persiste ainda a ideia discriminadora que refere o seu significado à prática assistencialista. Sendo, considerada por muitos, “uma política tuteladora, de prática do favor, da subalternidade, da acomodação e não do desenvolvimento de capacidades, de aquisição de novas condições de sustentabilidade” (SPOSATI, 2009, p. 49).

4 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ENQUADRAMENTO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL NA SEGUNDA DIMENSÃO

Noberto Bobbio (2004, p. 25) classifica os direitos humanos em diversas fases ou gerações, de acordo com o momento histórico em que nasceram, conhecendo os direitos civis e políticos como de primeira geração, os econômicos, sociais e culturais como de segunda geração e os direitos de solidariedade como de terceira geração.

De outro lado, Willis Santiago Guerra Filho argumenta que é necessário fazer distinção entre dimensões e gerações, sendo assim mais certo falar-se em dimensões:

Ao invés de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”. Nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada - e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los (GUERRA FILHO, 1998, p. 14).

Apesar de considerar interessante relatar esta divergência proposta por renomados juristas, acredito ser irrelevante denominar-se de dimensão ou geração, visto que o que realmente interessa é o estudo do surgimento e fortalecimento dos direitos fundamentais ao longo da história.

Nas palavras de André Ramos Tavares (2007, p. 426), a existência de várias dimensões se justifica em razão da própria natureza humana, pois as necessidades do homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação. Isto denota que “não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas, sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos”.

4.1 PRIMEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Guerra Filho (1998, p. 14) entende que a primeira geração é aquela em que aparecem as chamadas liberdades públicas, “direitos de liberdade”, ou seja, os direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omite-se de interferir em uma de suas esferas juridicamente intangíveis.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais teve seu nascedouro na Revolução Francesa, baseada no lema da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, e inspirou a Constituição Brasileira do Império de 1824 e a primeira Constituição da República de 1891, as quais garantiam a liberdade, a segurança individual e a propriedade, sem qualquer restrição.

Nesta época, vigorava o pensamento de Adam Smith da “mão invisível do mercado”, logo a atuação do Estado estava reduzida, não podendo intervir na economia, limitando-se os seus poderes à garantia da lei e da ordem pública.

Todavia, esta liberdade tutelava apenas o desenvolvimento econômico, não protegendo o ser humano dos abusos. Assim, os direitos dos detentores de dinheiro e capital passaram a se sobrepor aos direitos humanos.

É neste cenário que se fez necessário reforçar a responsabilidade do Estado na promoção do equilíbrio entre o crescimento econômico e os direitos sociais, surgindo, assim, os direitos de segunda dimensão.

4.2 SEGUNDA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A segunda dimensão dos direitos fundamentais teve início após a Primeira Guerra Mundial, em função da desumana situação a que estava submetida a população pobre das cidades industrializadas. Portanto, trata-se de uma resposta ao capitalismo exacerbado e alcança os direitos sociais, econômicos e culturais.

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que objetivam oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais. Aqui “o Estado passa de uma situação de isolamento e não intervenção a uma situação diametralmente oposta” (TAVARES, 2007, pp. 428 e 429).

Esta dimensão influenciou as Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, e 1967 e a Emenda de 1969. A título de exemplo, vejamos o que diziam as Constituições de 1934 e de 1945:

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País. (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934: web).

Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social. (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1946: web).

Neste contexto, o Estado passou a ser responsável pela realização da justiça social, por garantir a subsistência digna do homem, promover a igualdade, de modo a serem observados os direitos das minorias, compensando-se os desequilíbrios criados pelos mercados.

4.3 TERCEIRA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Guerra Filho (1998, p. 14) sustenta que na terceira geração concebem-se direitos cujo titular não é mais o indivíduo nem a coletividade, mas sim o próprio gênero humano, como é o caso do direito dos povos ao desenvolvimento.

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, pp. 57-58) entende tratar-se o *direito de solidariedade* de um direito de terceira geração, no qual o desafio a ser alcançado não é mais a vida e a liberdade, e, sim, a qualidade de vida e a solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações. O

autor destaca que entre os principais direitos de solidariedade estão o direito ao desenvolvimento, bem como o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, entre outros.

Neste contexto, percebe-se que o direito à assistência social está inserido na segunda dimensão dos direitos fundamentais, visto que integra o campo dos direitos sociais, constituindo uma interferência do poder público, numa tentativa de diminuir as desigualdades sociais e seus efeitos negativos gerados na sociedade.

5 O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

5.1 CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

A Lei nº 8.742/93, que foi alterada pela Lei nº 12.435/2011, que dispõe sobre a organização da Assistência Social no Brasil (LOAS) estabelece, em seu art. 1º, que a assistência social é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas dos cidadãos.

A referida lei proclama, ainda, em seu art. 2º, parágrafo único, que, para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e o provimento de condições para atender contingências sociais, promovendo a universalização dos direitos sociais.

Mínimo social, na concepção aqui abordada, significa o mesmo que mínimo existencial. Assim, nas palavras de Sarlet (2008, p. 38), o mínimo existencial é todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna, bem assim, o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, protegido contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.

Para o citado autor, o “conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana”, portanto abrange prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação. Logo, mínimo existencial não pode ser confundido com mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, sendo que estes últimos dizem respeito à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, com certa qualidade (SARLET, 2008, p. 34).

Do mesmo modo, Ricardo Lobo Torres conceitua o mínimo existencial:

É direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é um direito de status negativus e de status positivus, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se coimplicam mutuamente a proteção constitucional positiva e negativa (TORRES, 2007, p. 70).

O Supremo Tribunal Federal, manifestando-se sobre o conceito de mínimo existencial, assim o define:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/08/2011, DJe-177, Divulgado em 14-09-2011).

Portanto, o mínimo existencial constitui um direito fundamental, posto que, sem ele, cessa a possibilidade de sobrevivência, cessando também as condições iniciais de liberdade, já que “a liberdade de viver debaixo da ponte não é liberdade”. Assim, a dignidade da pessoa humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo (TORRES, 2008, p. 69).

Neste contexto, pode-se afirmar que “a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira” (SARLET, 2008, p. 35).

5.2 IMPACTOS DO PBF NA GARANTIA DO MÍNIMO SOCIAL

Percebe-se que o Programa Bolsa Família foi criado com o objetivo de garantir o mínimo existencial às pessoas, uma vez que repassa uma renda às famílias pobres e em extrema pobreza.

Neste contexto, o programa tem contribuído na compra de materiais necessários à subsistência das famílias beneficiárias, principalmente alimentos, materiais escolares, remédios e vestuários, como é possível conferir na Tabela 1, que mostra os principais gastos com o dinheiro repassado pelo programa, elaborada em 2011, na pesquisa de campo realizada no município baiano de Pintadas:

Tabela 1 - Principais gastos com o benefício do PBF

Item	Percentual (%)
Alimentos	76,66
Materiais escolares	46,66
Remédios	26,66
Vestuários	23,33
Calçados	23,33
Água	13,33
Energia	13,33
Bujão/Gás	10
Outras opções	6,66

Fonte: JESUS, 2011.

Alguns depoimentos interessantes extraídos dos dados da referida pesquisa de campo, realizada com moradores do município, comprovam que o Programa Bolsa Família é uma conquista para essas pessoas.

A.R.J., uma jovem de 30 anos, que possui dois filhos na escola, contou: “O dinheiro me ajuda a comprar comida. Se não fosse ele, passaria fome”.

L.T.A., 27 anos de idade, possui um filho na escola, mãe solteira, expôs: “Houve um tempo, durante 8 meses, que estava desempregada e sobrevivi apenas com esse dinheiro”.

V.L.C., 31 anos, mora na zona rural do Município de Pintadas, relatou: “Tenho 2 filhos na escola e trabalho arrumando casa de família, e eles só pagam R\$ 100,00. O programa ajudou a melhorar as condições de minha família, pois na semana que não arrumamos trabalho nos viramos com esse dinheiro”.

Entretanto, não é demais afirmar que, apesar do Programa Bolsa Família permitir às famílias pobres e em extrema pobreza os rendimentos para suprir algumas de suas necessidades vitais básicas, o que causa um impacto imediato na vida destas pessoas, que, em muitos casos, não tinham sequer o que comer, ainda não é o suficiente para garantir uma vida digna.

Destarte, não obstante o programa tenha significado uma conquista para essas pessoas, no que diz respeito à concretização de alguns direitos sociais, em especial o direito à alimentação, por si só, não consegue garantir o mínimo existencial.

Isto porque, como mencionado, “mínimo existencial” compreende um complexo de benefícios capazes de garantir condições apropriadas de existência digna, assegurando direitos fundamentais básicos, entre os quais se incluem a liberdade, os direitos sociais básicos, como uma renda mínima, educação fundamental, proteção integral da criança e do adolescente, saúde básica, moradia, alimentação, segurança e trabalho.

Tal constatação pode ser melhor explicada no discurso de Sarlet:

Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é - e muitas vezes não o é sequer de longe - o suficiente. (...) Assim, a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que encarar com certa reserva (pelo menos nos termos em que foi formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, notadamente pelo fato de que uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente “vital” (de mera sobrevivência física). De outra parte, até mesmo a diferença entre o conteúdo do direito à vida e da dignidade da pessoa

humana, que, a despeito dos importantes pontos de contato, não se confundem, poderá vir a ser negligenciada. Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural e que é igualmente considerada elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual prestações básicas em termos de direitos culturais (notadamente no caso da educação fundamental) estariam sempre incluídas no mínimo existencial como, de resto - e mesmo por vezes seguindo uma fundamentação política e filosófica liberal - já vinha também sustentando importante doutrina nacional (SARLET, 2008, pp. 35-37).

Assim, averigua-se que a renda transferida é insuficiente para garantir todos estes direitos indispensáveis a uma vida com dignidade. Ademais, não se pode considerar a renda repassada pelo programa como uma renda mínima, uma vez que está aquém de um salário mínimo, fixado nacionalmente, e estabelecido na própria Constituição Federal como o rendimento capaz de atender as necessidades vitais básicas da pessoa e de sua família.

Entretanto, defender o aumento do benefício ao patamar de um salário mínimo seria uma falha tentativa de resolver o problema da pobreza no Brasil, pois sabe-se que, na atual conjuntura, os cofres públicos não têm capacidade financeira para arcar com todas estas prestações, sem uma contrapartida por parte do beneficiado. É justamente por este motivo que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou chamar de “reserva do possível”.

Com efeito, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “reserva do possível” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 186).

Incumbe destacar que a desigualdade, a exclusão social e o desemprego no Brasil são problemas históricos, difíceis de serem revertidos, por conseguinte a mudança deve ser um objetivo perseguido em longo prazo.

Neste sentido, pensando em uma porta de saída para este problema, Vanessa Cavalcanti e Bárbara Caldeira (2010, p. 224) salientam a importância da escolarização como mecanismo essencial na promoção do desenvolvimento individual e na ruptura da pobreza. As autoras sustentam que a educação é um dos maiores responsáveis e promotores da legitimação do capital cultural dos grupos sociais.

De fato, a aprendizagem é imprescindível à consolidação dos direitos sociais e o direito à educação, ao lado da família, tem sido uma das finalidades principais do Programa Bolsa Família. No entanto, como bem colocado pelas pesquisadoras:

Garantir a presença das crianças e adolescentes na escola por um período do dia pode ser caracterizado como primeiro passo no processo de acesso à educação dessas meninas, meninos e adolescentes. Todavia, esses elementos não se caracterizam como metas a curto prazo e sim a longo prazo, haja vista a complexidade do processo educacional. Significa, portanto, que o programa não possui nos primeiros anos de sua existência uma visão de futuro para que se interrompa o ciclo intergeracional da pobreza. (CAVALCANTI; CALDEIRA, 2010, p. 224).

Ademais, é importante lembrar que outro aspecto que impede o programa de ser, de per si, garantidor de uma vida digna é o fato dos beneficiários conviverem com o medo de perdê-lo de forma repentina, sem que tenham obtido meios de manter seu próprio sustento. Isto se justifica, pois a maioria das pessoas acreditam que o responsável pela sustentação do mesmo é o Partido dos Trabalhadores (PT), sendo, por conseguinte, um “quase direito”, pois provisório, podendo ser alterado conforme a situação política.

Inclusive, esta é a crítica que alguns autores fazem ao PBF, defendendo que se trata de uma política assistencialista e não de assistência social. Como, por exemplo, Martins de Moura (2007, p. 119). Para ele, o programa é uma política de marketing governamental, com fim eleitoral, sendo a principal causa da reeleição do presidente Lula em 2006, “visto ter permitido difundir a ideia de que esse é um governo que faz pelos pobres mais do que qualquer outro que o antecedeu na história do país”.

O autor fala, a partir da experiência de outros pesquisadores e críticos, que, ao contrário do que o governo afirma, o PBF é meramente assistencialista, tornando os beneficiários dependentes do Estado e sem capacidade de prover o seu próprio sustento (MOURA, 2007, p. 121).

A crítica é válida, porém com ressalvas. Realmente, é perceptível que as famílias beneficiárias muitas vezes se tornam dependentes do PBF e não vislumbram a possibilidade de sobreviverem sem o mesmo, pois não entendem que o programa é um meio de estimulá-las à emancipação social. É possível verificar esta observação na Tabela 2:

Tabela 2 - Satisfação das famílias, expectativas e planos de saída sustentável do PBF

Perguntas	Sim (%)	Não (%)
O PBF ajudou a melhorar as condições de sua família?	100	0,0
O valor do benefício é suficiente para suprir todas as necessidades da família?	13,33	86,66
Você gostaria de sustentar sua família sem necessidade do PBF?	23,33	76,66
Você acha que poderá futuramente garantir o sustento de sua família sem necessitar do PBF?	33,33	66,66

Fonte: JESUS, 2011.

Nota-se que realmente as famílias têm ficado acomodadas com o programa, não compreendendo que o dinheiro transferido é apenas um meio de estimular a emancipação social. Isto fica claro na Tabela 2, quando 76,66% dos entrevistados afirmaram não ter o desejo de prover seu próprio sustento sem se sujeitar ao programa. Constata-se o mesmo na fala da senhora J.S.P., de 44 anos, residente na zona rural do município de Pintadas: *“Tenho vontade de ficar sempre recebendo o Bolsa Família, porque ajuda bastante, mas sei que não é para toda vida, um dia vai cortar”* (JESUS, 2011, p. 12).

Outro dado que reforça o grau de dependência ao programa é o fato de 66,66% dos entrevistados não terem expectativa de no futuro possuírem condições de gerar sua própria renda, garantindo desta forma o sustento de suas famílias (JESUS, 2011, p. 12).

No entanto, ainda que tenha gerado efeitos negativos, que não poderiam passar despercebidos, o PBF é uma política de assistência social que visa promover o desenvolvimento sustentável dos beneficiários, de maneira que não se trata de mero assistencialismo, mas, sim, de um direito garantido pelo Estado ao cidadão. Além disso, não se pode negar que propicia direitos fundamentais básicos, sem os quais a vida humana restaria inviável, podendo ser considerado o primeiro passo à garantia de um mínimo existencial.

6 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

6.1 CONCEITO

Nos ensinamentos de Ingo Sarlet (2009, p. 126), a proibição de retrocesso é um princípio constitucional implícito, já que não foi expressamente consagrado na Constituição, mas se encontra referido ao sistema constitucional como um todo, incluindo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como bem atesta o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais e sua correlata proibição de regressividade.

De acordo com o referido autor, em sentido amplo, a proibição do retrocesso constitui toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, em especial do legislador e do administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 121).

Contudo, no campo dos direitos sociais, a proibição ao retrocesso é ainda mais perceptível, principalmente quando se trata de alterações legislativas que afetam um determinado nível de concretização de tais direitos, visto que atua como proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial (SARLET, 2009, p. 124).

Para ele, a questão fundamental que se coloca neste contexto específico da proibição do retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional voltar atrás no que tange à concretização dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelas constituições em matéria de promoção da justiça social, designadamente no âmbito das normas impositivas de programas, fins e tarefas na esfera social (SARLET, 2009, p. 128).

Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana. Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança, da dignidade

da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes (SARLET, 2009, p. 126).

Outrossim, J.J. Gomes Canotilho defende que:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial (CANOTILHO, 2003, p. 340).

O referido autor salienta que a proibição ao retrocesso social também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reacionária”. O que significa dizer que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo (CANOTILHO, 2003, p. 338).

Assim, apesar da proibição de retrocesso social nada poder fazer contra as recessões e crises econômicas, o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 2003, p. 339).

Canotilho (2003, p. 340) enfatiza, ainda, que o princípio em análise constitui um limite jurídico do legislador, pois este não pode violar o núcleo essencial já realizado, certo que sua violação importará a sanção de inconstitucionalidade relativamente ao ato que tenha aniquilado um direito social já conquistado, sem a criação de outros projetos alternativos ou compensatórios, “sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”.

Além dos referidos autores, Luís Roberto Barroso (2009, p. 381) sublinha que a vedação do retrocesso propõe que se possa exigir do Poder Judiciário a invalidade de revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem

que a revogação seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. “Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar”.

6.2 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352, de relatoria do Ministro Celso de Mello, entendeu que o estado do Amazonas tem o dever de ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais, pois se trata de uma assistência materno-infantil, obrigação esta resultante de norma constitucional.

O STF fundamentou sua decisão, principalmente, baseando-se na preservação do mínimo existencial e na proibição do retrocesso social, como se verifica nos fundamentos da própria decisão abaixo transcritos:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

(...) Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social reproduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese - de todo inócua na espécie - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (ARE: 581.352, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 20/10/2013, DJe-230, divulgado em 21/11/2013).

Percebe-se que o Supremo invocou a cláusula da proibição do retrocesso para reconhecer a inconstitucionalidade da inoperância funcional dos gestores públicos em prover a ampliação e melhoramento de maternidades estaduais para o atendimento de gestantes carentes. Deste modo, reconheceu a ilegitimidade dessa omissão, sustentando tratar-se de grave violação de um direito fundamental, o direito à saúde, indispensável ao mínimo existencial.

Além disso, considerou com exatidão que admitir tese contrária, imunizando a atuação do Estado em razão da estratégia política assumida, implicaria em conferir liberdade irrestrita ao administrador, com a minimização ou mesmo supressão de normas constitucionais e dispositivos legais, relegando seu cumprimento a plano secundário, a depender da discricionariedade administrativa e das prioridades estabelecidas pelo poder público. (ARE: 581.352, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 20/10/2013, DJe-230, divulgado em 21/11/2013).

Outra recente decisão sobre o tema foi o julgamento do Agravo de Instrumento nº 598212, em março de 2014, no qual a Colenda Corte reconheceu a omissão do estado do Paraná na criação e implantação da Defensoria Pública na comarca de Apucarana-PR. No acórdão, o Supremo argumentou que a referida omissão desobedecera certos parâmetros constitucionais, entre os quais se destacam a proibição ao retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, além da vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso. (AI: 598.212, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 25/03/2014, DJe-077, divulgado em 23/04/2014).

Além dessas, relembra-se também a decisão prolatada no Agravo Regimental nº 639337, que determinou ao município de São Paulo a obrigação de matricular crianças de até cinco anos em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida, com fundamento, também, na proibição do retrocesso social.

Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição - incorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das "escolhas trágicas" - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS

- O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

- A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/08/2011, DJe-177, Divulgado em 14-09-2011).

Nota-se que o Supremo tem estabelecido que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de frustrar e inviabilizar

a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição Federal, como a garantia da educação infantil, encontrando insuperável limitação na garantia do mínimo existencial e na proibição do retrocesso.

Para concluir, vale citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946/DF, considerada uma das primeiras a tratar sobre o tema, no qual o Plenário decidiu dar ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98, o qual limitava o valor do salário-maternidade ao teto dos benefícios do regime geral de Previdência Social, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se de sua aplicação o salário da licença-gestante a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. Sustentando que a falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, e a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, implicariam em retrocesso histórico. (ADI: 1946 DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 03/04/2003, DJ 16/05/2003).

7 CONCLUSÃO

Em face do exposto, não há dúvidas de que a assistência social é um direito humano fundamental, garantida constitucional e internacionalmente. Por outro lado, não obstante todos os limites do Programa Bolsa Família, entre os quais se destacam sua utilização para fins eleitoreiros e a dependência gerada nos beneficiários, trata-se de uma política pública que visa garantir a efetivação do direito à assistência social.

Assim, verificou-se que apesar do programa não garantir o mínimo existencial, em razão de a renda transferida ser insuficiente para garantir todos os direitos indispensáveis a uma vida digna, ele representa uma grandiosa conquista para as pessoas que não tinham acesso, nem mesmo, a alguns direitos fundamentais básicos, como alimentação e educação, podendo ser considerado, assim, o primeiro passo à garantia de um mínimo social.

Deste modo, será inconstitucional eventual medida tendente a abolir, pura e simplesmente, a Lei nº 10.836/2004, que concedeu o direito ao Programa Bolsa Família, sem que esta revogação seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente, haja vista que não é possível que sejam suprimidas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, sob pena de significar um retrocesso social.

Neste sentido, a proibição do retrocesso social, princípio constitucional implícito, constitui um obstáculo jurídico ao poder público, principalmente, ao legislador infraconstitucional, retirando-lhe parte de sua liberdade em prol da garantia do

núcleo essencial já realizado, o que lhe obriga a preservar o Bolsa Família, enquanto houver famílias nas condições exigidas de pobreza e extrema pobreza. Ou, em caso de extinção do mesmo, criar outros programas alternativos ou compensatórios que sejam capazes de manter os direitos fundamentais já concretizados.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 maio 2014.

BRASIL. Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004. Regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/97392/decreto-5209-04>>. Acesso em: 12 maio 2013.

BRASIL. Decreto nº 8.232, de 30 de abril de 2014. Altera o Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004, que regulamenta o Programa Bolsa Família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8232.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 639337 SP. Relator: Min. Celso de Mello, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 581.352. Relator Min. Celso de Mello, DF, 20 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 598.212. Relator Min. Celso de Mello, DF, 25 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/69362865/stf-24-04-2014-pg-59>>. Acesso em: 15 maio 2014.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946. Relator: Sydney Sanches, DF, 03 de abril de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>>. Acesso em: 15 maio 2014.

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

CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. CALDEIRA, Bárbara Maria Santos. **Políticas públicas e mecanismo de inclusão social**: Programa Bolsa Família e condicionalidade para educação no estado da Bahia. Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Salvador: EDUNEB, 2010

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 04 jan. 2011.

FILHO, Willis Santiago Guerra. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, nº 137, pp. 13-21, jan./mar. de 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/327/r137-02.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 07 maio 2014.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Geiziane Oliveira de. Programa Bolsa Família: promoção do direito ao desenvolvimento? Estudo de caso a partir da experiência do município baiano de Pintadas. **Revista de Ciências Jurídicas de UNIME**. Ano 5, v. 1, 2013. Disponível em: <<http://revistafcj.unime.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 15 maio 2014.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. Bolsa Família. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/central-de-sistemas>>. Acesso em: 15 maio 2014.

MOURA, Paulo Gabriel Martins de. Bolsa Família: projeto social ou marketing político? **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 10, nº 1, jun. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141449802007000100013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 maio 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Rev. TST**, Brasília, vol. 75, ano 3, jul./set. 2009. Disponível em: <http://aplicação.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13602/004_sarlet.pdf?sequence=2>. Acesso em: 07 maio 2014.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. ano I, v. 1, nº 1, abr. 2001, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 07 maio 2014.

_____. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, nº 01, pp. 29-44, dez. 2013. Disponível em: <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>>. Acesso em: 07 maio 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, nº 42, 1990, p. 69.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

A NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO POR ESCRITO DAS AUDIÊNCIAS REDESIGNADAS: SUPERANDO OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

THE NEED OF THE WRITTEN NOTICE OF HEARING REASSIGNED: OVERCOMING THE OBSTACLES TO ACCESS TO JUSTICE

Hélio Soares Júnior¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A INTIMAÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS. 3 O ART. 367 DO CPP E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 4 A AUSÊNCIA DA INTIMAÇÃO POR ESCRITO E OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo tratar da necessidade de o Poder Judiciário apresentar aos assistidos da Defensoria Pública a formalização por escrito quando da ocorrência das remarcações de audiências, pois a ausência deste procedimento acarreta prejuízos aos acusados no processo penal. Nesta vereda, este artigo demonstra a importância jurídica e social do tema, bem como evidencia a necessidade de se controlar as arbitrariedades por vezes cometidas pelos magistrados, em razão da ausência da prestação da informação devida aos assistidos da Defensoria Pública, com notória violação ao princípio da ampla defesa, ao princípio do contraditório. Para tanto, indispensável mostra-se a incursão pelo estudo do ato de comunicação processual da intimação e seus fundamentos, bem como se deve analisar se a aplicação do art. 367 do Código de Processo Penal viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Imprescindível também é o estudo da relação entre a ausência de intimação por escrito das remarcações de audiências e os obstáculos ao acesso à Justiça. Tudo isto com escopo de verificar que deve ser assegurada aos assistidos da Defensoria Pública a formalização, por

¹ Defensor Público do Estado da Bahia. E-mail: helio.soares@defensoria.ba.gov.br

escrito, da comunicação da remarcação das audiências, materializando, deste modo, a efetivação dos direitos à ampla defesa, ao contraditório, à informação e à cidadania.

Palavras-Chave: Intimação. Informação. Cidadania. Obstáculos ao acesso à Justiça. Redesignação de audiências. Princípios do contraditório e da ampla defesa.

ABSTRACT: *This work has to address the need for the Judiciary to provide assisted of the Public Defender formalizing in writing upon the occurrence of markdwns hearings, since the absence of this procedure losses to the accused in criminal proceedings. On this path, This article demonstrates the legal and social importance of the theme, as well as evidence the need to control the arbitrariness sometimes committed by magistrates, because to the lack of provision of information due to beneficiaries of the Public Defender, with notorious violation of the principle of legal defense, to the principle of adversarial. To do so, shows indispensable to foray into the study of the procedural act of communication of the subpoena and its foundations, well as to examine whether application of art. 367 of the Criminal Procedure Code violates the principles of adversarial and legal defense. It's also essential to study the relation between the absence of written notice of hearings and markups of barriers to access to justice. All this scoped verify must be ensured for the beneficiaries of the Public Defender the formalizing, in writing, of communication redialing the hearings, materializing, in this case, the realization of the right to legal defense, the contradictory, the information and the citizenship.*

Keywords: *Subpoena. Information. Citizenship, Obstacles to access the justice. Reassignment hearings. Principles of adversarial and the legal defense.*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a tratar da necessidade de o Poder Judiciário apresentar aos assistidos da Defensoria Pública a formalização por escrito quando da ocorrência das remarcações de audiências, uma vez que, a ausência deste procedimento acarreta prejuízos aos acusados no processo penal.

Nas realizações de audiências não é rara, por diversos motivos, a ocorrência de remarcações, sendo que os interessados no processo são avisados apenas verbalmente acerca do adiamento dos atos processuais, ensejando, claramente, no afrouxamento das informações, o que acarreta na ausência do assistido no ato processual redesignado.

Diante da ausência do assistido à nova audiência, os magistrados aplicam o artigo 367 do Código de Processo Penal, seguindo o processo sem a presença do acusado, o que acarreta num grande prejuízo à defesa do assistido pela Defensoria Pública, com a violação de diversos princípios constitucionais.

Discorrer sobre este tema é tarefa das mais árduas, porque a questão ora discutida não foi objeto de análise pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesta vereda, este artigo pretende, no seu desenrolar, trazer à baila das discussões a maneira mais correta de se aplicar os princípios constitucionais para a resolução deste litígio estratégico enfrentado na labuta diária do Defensor Público com atuação na área criminal.

O tema em questão é de extrema importância para o processo penal, pois a possível resposta a que se pretende chegar acarretará vantagens tanto para o Estado - Administração, que poderá realizar as audiências criminais sem a ausência involuntária do denunciado, o que facilitará o esclarecimento dos fatos descritos na peça acusatória; quanto para o acusado, o qual não terá violado os seus direitos constitucionais.

A temática ora desenvolvida, como se verifica, é de elementar importância jurídica e social, porquanto os seus reflexos atingem o cerne de uma questão que, sucessivamente e cada vez mais, ocorre na prática forense criminal e que vem prejudicando muitos assistidos da Defensoria Pública.

Por entender de suma importância o controle das arbitrariedades por vezes cometidas pelos magistrados, em razão da ausência da prestação da informação devida aos assistidos da Defensoria Pública, com notória violação ao princípio da ampla defesa, ao princípio do contraditório, bem assim por considerar de fundamental relevância trazer à baila alternativas concretas e pouco custosas ao Poder de Judiciário para a resolução da problemática enfrentada, é forçoso reconhecer a necessidade de se debruçar sobre algumas questões em relação a essa matéria.

Na busca pelo êxito do desiderato em vertente, indispensável mostra-se, primeiramente, a incursão pelo estudo do ato de comunicação processual da intimação e seus fundamentos, bem como se deve analisar se a aplicação do art. 367 do CPP viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. Imprescindível também é o estudo da relação entre a ausência de intimação por escrito das remarcações de audiências e os obstáculos ao acesso à Justiça.

Diante de tudo o quanto até aqui afirmado, apresenta-se para maior estudo e análise a seguinte questão: deve o magistrado comunicar, por escrito, aos assistidos da Defensoria Pública, a redesignação da audiência?

Outras reflexões em derredor da problemática suscitada poderiam ser registradas neste trabalho. Tal postura, entretantes, deixa de ser adotada em virtude do corte epistemológico ora adotado.

Espera-se com este trabalho científico que, mesmo não se exaurindo a matéria, desperte entre os leitores o desejo de conhecer e desvendar este importante litígio estratégico enfrentado pelo Defensor Público na sua labuta diária na seara criminal.

2 A INTIMAÇÃO E SEUS FUNDAMENTOS

Sabe-se que a intimação é um ato de comunicação processual, o qual visa transmitir uma informação com sucesso, isto é, tem por objetivo deixar registrado e cientificado nos autos que tal mensagem foi transmitida ao destinatário indicado pela lei (AZEVEDO, 2007, p. 157).

Os principais fundamentos da intimação, que interessam ao estudo em curso, são os seguintes: princípio da ampla defesa, princípio do devido processo legal, princípio do contraditório e o princípio da publicidade (AZEVEDO, 2007, p. 158).

Quanto ao princípio da publicidade, este deve ser entendido como expressão de legitimidade do processo, servindo como fundamento e finalidade do ato de comunicação, porquanto maximiza a legitimidade deste e, conseqüentemente, do próprio processo (AZEVEDO, 2007, pp. 158-159).

O princípio do contraditório, o qual é compreendido como corolário do princípio da isonomia das partes e, conseqüentemente, como garantia de paridade de armas, também é considerado como outro fundamento dos atos de comunicação, uma vez que tais atos devem ser compreendidos como expressão efetiva da igualdade de oportunidades durante o trâmite do processo, oportunizando que as partes participem da construção da decisão (AZEVEDO, 2007, p. 158).

No que diz respeito ao princípio do devido processo legal, deve-se destacar que a doutrina aponta a sua divisão em duas dimensões ou aspectos, quais sejam, o aspecto formal ou processual e o aspecto substancial ou substantivo ou material.

Em sua acepção formal ou processual, o *due process of law* garante a qualquer pessoa o direito de exigir que o julgamento ocorra em conformidade com as

regras processuais previamente estabelecidas (NOVELINO, 2010, p. 445). Isto é, entende-se o devido processo legal como o direito que todo cidadão tem de ter o prévio conhecimento do procedimento ao qual será submetido quando vier a ser processado (AZEVEDO, 2007, p. 159).

Por outro lado, na dimensão substancial ou material, compreende-se o devido processo legal como o direito a um processo justo. Assim, não basta a sua regularidade formal, é necessário que a decisão extraída do feito seja substancialmente razoável e correta (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 32), devendo ser garantida a participação equânime, justa e leal dos sujeitos processuais (CANOTILHO, 2000, p. 482).

Depreende-se da análise do devido processo legal, como fundamento da intimação, que o ato de comunicação deve ter seu procedimento de realização previamente delimitado em lei, bem como deve ser utilizado como instrumento potencializador de uma decisão justa, maximizando o caráter equitativo de uma decisão prudente (AZEVEDO, 2012, p. 8).

Destarte, deve ser entendido como exercício da maneira justa o esforço que deve ser empreendido para garantir que o ato de comunicação seja real, evitando-se, ao máximo, a sua realização pela via fictícia (AZEVEDO, 2012, p. 8).

No tocante ao princípio da ampla defesa, este se presta a fundamento da intimação, tendo em vista que garante ao réu uma comunicação clara, determinada e objetiva da imputação que lhe é feita, proporcionando-lhe a efetiva garantia de defesa. Deve-se destacar que a falta ou a precariedade da comunicação, se não inviabiliza a defesa, conspira para que esta não seja ampla. Em outros termos, o ato de comunicação potencializa a defesa, à medida que a comunicação confere concretude ao caráter dialético do processo (AZEVEDO, 2012, p. 8).

3. O ART. 367 DO CPP E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O artigo 367 do Código de Processo Penal prevê que o processo seguirá sem a presença do acusado que, intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

O referido dispositivo legal é bastante razoável, tendo em vista que o não comparecimento do denunciado demonstra o seu desinteresse de acompanhar

a instrução, não havendo motivo para o magistrado continuar insistindo para que compareça. Ademais, o acusado possui o direito de ir à audiência e não obrigação de estar presente (NUCCI, 2012, p. 715).

Todavia, a aplicação do art. 367 do Estatuto Processual Penal não pode ser dissociada dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Deve-se destacar que este último princípio deve ser visto como o direito de estar informado de todos os desenvolvidos no iter procedimental e que a efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na Administração da Justiça. Não se pode olvidar que para participar é imprescindível ter a informação (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 223).

Todavia, depreende-se da prática forense processual penal que nas realizações de audiências criminais não é rara, por diversos motivos, a ocorrência de remarcações, sendo que os interessados no processo são avisados apenas verbalmente das redesignações dos novos atos ensejando, claramente, no afrouxamento das informações, assim como no esquecimento, muitas vezes, das partes para comparecerem à nova audiência o que ocasiona consequentemente, em um claro prejuízo aos envolvidos no feito.

A ausência da informação expressa e escrita da realização do ato que foi remarcado enseja uma grave violação ao princípio da informação, o qual decorre do contraditório.

O magistrado possui o dever de informar e de garantir que a informação seja dada às partes de forma real, tendo em vista que para a verdadeira concretização do princípio contraditório é essencial a eficácia da comunicação processual (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 756).

A falha na comunicação processual viola o contraditório, pois este princípio cria condições de possibilidade para a defesa se efetivar. E ambos dependem de eficácia da comunicação dos atos processuais, havendo uma íntima relação entre eles (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 756).

Insta destacar que, apesar de não existir um comando legal no sentido de que o magistrado informe por escrito as partes das remarcações de audiências, a deficiência na comunicação pode acarretar na ausência do acusado no ato processual designado, violando o seu direito de presença, o qual deriva do princípio da ampla defesa.

A efetiva e real intimação dos acusados tem por escopo prestigiar o princípio constitucional da ampla defesa. Isto porque, por meio do direito de presença, assegura-se ao denunciado a oportunidade de, ao lado de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa (LIMA, 2014, p. 64).

Nesta linha de intelecção é o entendimento de Antonio Scarance Fernandes, a saber:

A presença do acusado no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa. Estando na audiência, pode ele auxiliar o advogado nas reperguntas a serem dirigidas à testemunha ouvida. Por isso, em caso de acusado preso, este deve ser requisitado, ainda que a prova testemunhal seja colhida em precatória (FERNANDES, 2005, p. 81).

Deve-se salientar que o direito de presença do acusado nas audiências está previsto, expressamente, no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), o qual é um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, no art. 14, 3, d, segundo o qual toda pessoa acusada de um delito terá direito a estar presente no julgamento. Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu art. 8º, 2, d e f, estabeleceu o direito de o réu defender-se pessoalmente e o direito de a defesa de inquirir as testemunhas presentes, o que compreende o direito de presença.

Daí a importância da eficácia da intimação do acusado para todos os atos processuais. Afinal, durante a instrução processual, podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o denunciado consiga detectar. Nessa hipótese, o réu tem a oportunidade de relatar de imediato tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-la, durante a colheita da prova (LIMA, 2014, pp. 64-65).

Destarte, deve ser assegurada aos assistidos, pela Defensoria Pública, a formalização por escrito quando da ocorrência das remarcações de audiências ocorridas, uma vez que a falta deste procedimento pode acarretar numa falha de comunicação da intimação e ocasionar a ausência do acusado no ato processual redesignado. Neste caso, o não comparecimento do denunciado, de forma não proposital, implicará na aplicação indevida do art. 367 do Código de Processo Penal, violando o direito de presença, o qual é consectário lógico da autodefesa e da ampla defesa.

4. A AUSÊNCIA DA INTIMAÇÃO POR ESCRITO E OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

Sabe-se que a garantia de efetivo acesso à Justiça constitui-se num Direito Humano, sendo considerado um elemento essencial ao exercício integral da cidadania, tendo em vista que ele não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário. (CESAR, 2002, p. 46).

Nesta senda, é a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12):

Ocorre que existem alguns obstáculos econômicos, socioculturais e psicológicos que restringem o exercício pleno da cidadania das pessoas menos favorecidas, dificultando a efetividade do direito fundamental de acesso à Justiça.

O obstáculo econômico é um dos mais evidentes, tendo em vista que a pobreza constitui uma causa de exclusão social, o que influi no plano cultural e implica em um sério óbice para o acesso à Justiça, já que o Poder Judiciário ainda mantém, em diversas situações, um formalismo totalmente incompatível com os anseios e compreensão da sociedade em geral (SOUZA, 2011, p.130).

Nesta linha de intelecção é a lição de José Eduardo Faria:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da Justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar cidadãos de menos recursos, tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica (FARIA, 1994, p. 48).

Da análise das pessoas que procuram a Defensoria Pública, percebe-se que a maior parte dos assistidos são cidadãos mais humildes, analfabetos e que vivem

realidades muito distantes, não conseguindo compreender os seus direitos e as formas de exercício da cidadania, bem como não conseguem entender a linguagem rebuscada das normas jurídicas e das técnicas processuais utilizadas pelo Poder Judiciário, o que dificulta a inserção dessas pessoas no sistema de proteção jurisdicional (SOUZA, 2011, p.131).

Partindo da premissa que o Poder Público tem o objetivo de proporcionar a todos a prestação jurisdicional, o Estado deve abolir o distanciamento cultural de grande parte da população, passando a demonstrar algum interesse em dar efetividade ao pleno acesso à Justiça. Para obter-se a efetivação do acesso aos direitos impõe-se que o Estado possibilite meios para que todo cidadão tenha como entender seus direitos, o que não ocorre quando os magistrados recusam-se a entregar uma cópia do termo de audiência aos assistidos da Defensoria Pública (SOUZA, 2011, p. 133).

Por outro lado, deve-se destacar que o aspecto psicológico é também um óbice relevante ao acesso à Justiça, porquanto a sociedade de forma geral, não compreende a exata função do Poder Judiciário, e esse fator é gerado pela própria forma de desempenho do Estado diante das necessidades da sociedade. Acerca dos obstáculos psicológicos ao acesso à Justiça imprescindível é a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a saber:

Procedimentos complicados, formalismos, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 24).

Pode-se concluir que os óbices ao acesso à Justiça atingem, de maneira injusta, as classes sociais mais carentes, o que se torna uma barreira ainda mais intransponível quando ocorre a sonegação de informações e esclarecimentos por escrito, dificultando o uso da Justiça pelos hipossuficientes, os quais dificilmente pleitearão a correção de eventuais transgressões, embora sejam de cunho meramente procedimental.

Apesar da existência dos obstáculos acima descritos, verifica-se que o Poder Judiciário não faz a sua parte para diminuir as dificuldades enfrentadas pelos assistidos da Defensoria Pública, pois nas realizações de audiências, não é rara, por diversos motivos, a ocorrência de remarcações, sendo que os interessados no processo são avisados apenas verbalmente acerca do adiamento dos atos processuais, o que enseja o afrouxamento das informações, acarretando na ausência do assistido no ato processual redesignado.

Assim, é necessário que os assistidos da Defensoria Pública recebam a formalização por escrito quando da ocorrência das remarcações de audiências, uma vez que a prestação de uma informação clara e materializada num pedaço de papel facilita o esclarecimento das pessoas mais humildes.

Diante disso, verifica-se que o Poder Judiciário não assegura aos hipossuficientes um pleno e efetivo acesso à Justiça e aos seus direitos, incluindo nesse diapasão um acesso clarificado e compreensível, o que afronta a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Destarte, diante dos óbices enfrentados ao acesso à Justiça, isto é, diante das dificuldades enfrentadas pelos assistidos da Defensoria Pública, que estão respondendo a processos criminais e que têm a suas audiências redesignadas (sendo considerados intimados em razão da sua presença no momento em que ocorreria o ato processual), deve o magistrado sempre entregar aos acusados a intimação por escrito da realização do novo ato processual.

5 CONCLUSÃO

Tecidas essas considerações acerca de algumas das particularidades que permeiam o acesso à Justiça e a necessidade de informação por escrito aos assistidos da Defensoria Pública no processo penal, é chegado o momento de estabelecer os contornos ao presente artigo, buscando sistematizar os principais aspectos enfrentados.

Malgrado as conclusões do presente estudo já terem sido aferidas no seu próprio corpo, no processo de enfrentamento de cada uma das temáticas aventadas, certo é que, para responder, de forma definitiva, ao problema de pesquisa e às questões orientadoras deste trabalho, mister se faz rememorar, de forma concisa e objetiva, algumas das ilações anteriormente abordadas.

Demonstrou-se que nas realizações de audiências, não é rara, por diversos motivos, a ocorrência de remarcações, sendo que os interessados no processo são avisados apenas verbalmente acerca do adiamento dos atos processuais, ensejando, claramente, no afrouxamento das informações, o que acarreta na ausência do assistido no ato processual redesignado.

Verificou-se, ainda, que em razão da ausência do assistido à nova audiência, os magistrados aplicam o artigo 367 do Código de Processo Penal, seguindo o processo sem a presença do acusado, o que acarreta num grande prejuízo à defesa do assistido pela Defensoria Pública.

Destacou-se que o princípio da ampla defesa garante ao réu uma comunicação processual clara, real e efetiva, proporcionando-lhe a verdadeira garantia de defesa, ressaltando-se que a falta ou a precariedade da comunicação se não inviabiliza a defesa, conspira para que esta não seja ampla.

Concluiu-se que deve ser assegurada aos assistidos pela Defensoria Pública a formalização por escrito quando da ocorrência das remarcações de audiências ocorridas, uma vez que a falta deste procedimento pode acarretar numa falha de comunicação da intimação e ocasionar a ausência do acusado no ato processual redesignado. Neste caso, o não comparecimento do denunciado, de forma não proposital, implicará na aplicação indevida do art. 367 do Código de Processo Penal, violando o direito de presença, o qual é consectário lógico da autodefesa e da ampla defesa.

O presente estudo demonstrou que os obstáculos econômicos, socioculturais e psicológicos restringem o exercício pleno da cidadania das pessoas menos favorecidas, dificultando a efetividade do direito fundamental de acesso à Justiça, e que o Poder Judiciário não assegura aos hipossuficientes um pleno e efetivo acesso à Justiça e aos seus direitos, incluindo nesse diapasão um acesso clarificado e compreensível, o que afronta a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Diante da relevância do tema e da repercussão prática que engendra, verifica-se que para a resolução favorável deste litígio estratégico impõe-se que o Defensor Público provoque a Corregedoria do Tribunal estadual ou federal, ou até mesmo o Conselho Nacional de Justiça, para que edite um ato normativo com a finalidade de implementar no dia a dia dos magistrados a ‘cultura’ de entregar aos assistidos da Defensoria Pública as intimações das audiências redesignadas por escrito.

Ademais, depreende-se da pesquisa que outra forma de superar, pelo menos imediatamente, o litígio estratégico em comento, pode ocorrer no processo criminal que o assistido figura como acusado, devendo o Defensor Público requerer que conste do termo de audiência que a intimação do acusado não foi efetiva e

real, pois não foi entregue uma cópia do termo. Assim, deve arguir a nulidade do ato processual de comunicação e, caso o assistido seja condenado, tal discussão pode figurar como preliminar de nulidade no recurso de apelação.

Feita a pesquisa que se impunha em desafio da consciência tranquila do dever cumprido, vencido o receio de alongar-se em demasia, o objetivo deste artigo restou plenamente alcançado, haja vista a constatação de que deve ser assegurada aos assistidos da Defensoria Pública a formalização, por escrito, da comunicação de designação de audiência, materializando, deste modo, a efetivação, sobremaneira, dos direitos à ampla defesa, ao contraditório, à informação e à cidadania.

Enfim, é chegado o final do presente artigo, cujo substrato, em sua grande parte, foi retirado das referências abaixo discriminadas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro à luz da teoria da ação comunicativa habermasiana. **Boletim Científico ESMP**. Brasília, ano 6, nºs 24/25, pp. 153-172, jul./dez. 2007.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Ensaio sobre uma teoria geral dos atos de comunicação no processo penal brasileiro e uma breve análise da teoria da ação comunicativa habermasiana. **Revista Eletrônica do CEAF**. Porto Alegre: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. v. 1, nº 2, fev./maio 2012, Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art8.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988,

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: Editora Universitária, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de processo civil**. v. 1, 11ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Ática. 1994.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, 4ª ed. SP: RT, 2005

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, 2ª ed. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA, Letícia Silva. O Hipossuficiente e os obstáculos ao acesso à justiça no Brasil. **Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM**. v. 4, jan./dez 2011.

A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE ÀS ILEGALIDADES DAS BANCAS ORGANIZADORAS NAS PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS

THE NEED OF THE JUDICIARY INTERVENTION AGAINST THE ILLEGALITIES OF THE COMPANIES IN CHARGE OF PUBLIC CONTEST SELECTIONS

Itanna Assis de Souza Pelegrini e Nádson W. Muniz Chavez Pelegrini ¹

SUMÁRIO: 1 BREVE HISTÓRICO. 2 PRINCIPAIS ILEGALIDADES COMETIDAS PELAS BANCAS ORGANIZADORAS QUANDO DA CORREÇÃO DAS PROVAS. 2.1 PROVAS OBJETIVAS. 2.2 PROVAS DISCURSIVAS. 2.3 PROVAS ORAIS. 3 PROVA OBJETIVA E O CABIMENTO DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE GABARITO POR ERRO GROSSEIRO - O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL. 3.1 IDENTIFICAÇÃO DO ERRO GROSSEIRO. 4 PROVA DISCURSIVA E A FALTA DE CRITÉRIO NA CORREÇÃO - DA RECEITA DE MACARRÃO INSTANTÂNEO A HINO DE FUTEBOL. 5 PROVA ORAL E A FALTA DE IMPESSOALIDADE. 5.1 AS ENTREVISTAS SECRETAS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar as recorrentes ilegalidades existentes nas provas de concursos públicos e a necessidade de o Poder Judiciário intervir para eliminar os vícios encontrados. Será demonstrado que, em se tratando de ilegalidade, a intervenção do Poder Judiciário é de controle de legalidade e não de mérito administrativo e será feita a diferenciação entre esses tipos de controle. O artigo também informará que todas as fases do concurso público são passíveis

¹ Defensora Pública do Estado da Bahia. E-mail: itanna.assis@defensoria.ba.gov.br / Advogado.

de ilegalidade, porém serão discutidos apenas os vícios relativos às fases objetiva, discursiva e oral, sendo citadas as manifestações da doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Controle de Legalidade. Mérito Administrativo. Erro Material. Poder Judiciário. Administração Pública. Banca Organizadora. Comissão de Concurso.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the applicants existing illegalities in tendering evidence and the need for the judiciary to intervene to eliminate the defects found. It will be shown that in the case of illegal intervention of the judiciary's control law and not administrative merit and will be used to distinguish between these types of control. The article also inform all phases of the tender are liable to illegality, however, will be discussed only addictions related to phases objective, discursive and oral, are cited manifestations of doctrine and jurisprudence on the matter.*

KEYWORDS: *Tender. Legality Control. Administrative. Merit Material. Error Judiciary. Public Administration. Banking Organizing. "Civil service exam commission".*

1 BREVE HISTÓRICO

Os concursos públicos mais do que nunca se tornaram o objetivo de vida de inúmeros brasileiros. Muitos buscam os salários atrativos, tantos outros a realização pessoal, mas o certo é que, em tempos de recessão e instabilidade econômica, ter a garantia de que ao final do mês seu salário estará garantido talvez seja a maior das motivações para ser aprovado em um certame público.

A tarefa é hercúlea e inúmeros brasileiros - em alguns casos durante anos - abdicam do convívio com suas famílias, das suas horas de lazer, usam seu tempo, dinheiro e abrem mão de tantas outras atividades em prol de uma aprovação.

Todavia, nem sempre basta que o candidato domine todo o conteúdo programático e, na linguagem dos "concurseiros", esgote todo o edital. Por vezes é preciso que, além do conhecimento técnico necessário, o candidato conte também com a sorte de a Banca Organizadora errar pouco em seu concurso. Sim, errar pouco, pois é raro o concurso em que a Banca age, em todas as fases, em total conformidade com os padrões aceitáveis.

Tornou-se comum, por parte das bancas organizadoras, apresentar gabaritos viciados, incompatíveis, ou mesmo realizar uma correção deficitária nas provas de

concursos públicos e, por mais que exista a garantia de interposição de recurso administrativo (alguns concursos não oferecem nem essa possibilidade²), tais recursos em sua imensa maioria são improvidos, muitas das vezes sem ao menos justificar o porquê da improcedência³.

Como até o presente momento não há uma legislação específica que trate diretamente acerca dos Concursos Públicos, as Bancas Organizadoras estão atuando praticamente sem fiscalização, e a discricionariedade por vezes passa a dar lugar para a arbitrariedade.

Para aqueles que foram prejudicados por gabaritos viciados, correções esdrúxulas e absurdas; para aqueles que foram lesados por correções que de tão injustas foram criticadas publicamente até pela comunidade jurídica⁴, não resta outra alternativa senão buscar alento no Poder Judiciário.

A partir daí o candidato vive um calvário, pois é travada uma batalha entre ele, agora sub judge; e do lado oposto as bancas organizadoras e o órgão para o qual foi prestado o concurso.

Nessa peleja, até o mais leigo, mesmo num primeiro olhar, percebe qual o lado mais fraco. É uma luta árdua, tortuosa, demorada, onde o Sistema reluta em reconhecer os seus erros e usa de todos os artifícios para, como um rolo compressor, passar por cima do candidato, independentemente que a esse último assista razão.

Cumprе esclarecer que o presente artigo traçará um panorama geral e sem maior aprofundamento em relação à correção de provas, pois se fôssemos tratar de todas as mazelas que ocorrem em concursos públicos, inúmeros outros tópicos teriam que ser criados e em relação a todas as fases, desde a contratação da Banca, passando pela legalidade do edital, percorrendo todas as outras etapas, até chegar à nomeação.

2 Prova oral do Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso na Carreira de Delegado de Polícia (DP-1/2011) não permite a interposição de recurso administrativo.

3 Concurso Público para Ingresso nas Carreiras de Delegado de Polícia, de Investigador de Polícia e de Escrivão de Polícia da Polícia Civil do Estado da Bahia (PC/BA), Edital SAEB/01/2013.

4 Emerson Castelo Branco. Disponível em: <<https://www.facebook.com/emerson.castelobranco.5/posts/10200488730120509>>.

2 PRINCIPAIS ILEGALIDADES COMETIDAS PELAS BANCAS ORGANIZADORAS QUANDO DA CORREÇÃO DAS PROVAS

Não queremos neste ponto esgotar o sem número de atos viciados perpetrados pelas Bancas Organizadoras pelo Brasil afora, mas tão somente evidenciar as principais ilegalidades cometidas nas provas de caráter técnico.

Assim, faremos um rol contendo os mais pertinentes vícios encontrados nas avaliações objetivas, subjetivas e orais, sem mencionar os atos viciados em outras fases, onde é também comum a intervenção do Judiciário, como TAP - Teste de Aptidão Psicológica, TAF - Teste de Aptidão Física, Investigação social, Prova de títulos etc.

2.1 PROVAS OBJETIVAS

Nas provas objetivas, é comum serem encontradas as seguintes ilegalidades:

- Gabarito com mais de uma alternativa correta;
- Gabarito com nenhuma alternativa correta;
- Vazamento de gabarito;
- Matéria que extrapola o conteúdo informado no edital;
- Gabarito contrário ao encontrado em outras provas realizadas pela mesma Banca (divergência simultânea de gabaritos em concursos distintos);
- Cerceamento de defesa.

2.2 PROVAS DISCURSIVAS

Nas provas de caráter discursivo, por sua vez, são mais comuns os seguintes vícios:

- Falta de objetividade na correção;
- Falta de motivação nos descontos dos acertos;
- Falta de isonomia nas correções;
- Correções sem critério;
- Matéria que extrapola o conteúdo informado no edital;
- Desrespeito ao contido no espelho fornecido pela própria Banca;
- Cerceamento de defesa.

2.3 PROVAS ORAIS

Nas avaliações orais, os candidatos sofrem com a:

- Subjetividade na correção visando prejudicar determinado candidato;
- Subjetividade na correção visando beneficiar determinado candidato;
- Entrevistas prévias subjetivas onde não é cobrado nenhum conhecimento técnico do candidato;
- Falta de impessoalidade;
- Matéria que extrapola o conteúdo informado no edital;
- Cerceamento de defesa.

Como visto, o certame pode vir prejudicado das mais diversas formas, e, em todas elas, quando houver prejuízo ao direito do candidato, o mesmo pode se amparar na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, que assegura que não se “*excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

3 PROVA OBJETIVA E O CABIMENTO DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE GABARITO POR ERRO GROSSEIRO - O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

O entendimento mais recente da jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que o controle judicial restringe-se aos aspectos de legalidade do certame, em que é possível a anulação de questões de prova desde que o Poder Judiciário não se imiscua no mérito administrativo, que se traduz nos critérios de conveniência e oportunidade do administrador.

Em casos de erros grosseiros, aqueles que saltam aos olhos, tem sido permitida a anulação da questão de prova, já que tais erros evidenciam a falta de legalidade e em nada dizem respeito ao mérito da Administração. Como exemplo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CONTROLE JURISDICCIONAL - ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA - POSSIBILIDADE - LIMITE - VÍCIO EVIDENTE - PRECEDENTES - PREVISÃO DA MATÉRIA NO EDITAL DO CERTAME.

1. É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente primo *ictu oculi*. Precedentes. 2. Recurso ordinário não provido. (RMS 28.204/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 18/02/2009) .

Nesse mesmo sentido: RMS 19.062/RS, REsp 174291/DF, RMS 14.202/RS, RMS 28.854/AC, etc.

Notemos que, como falado, a atuação do Poder Judiciário visa corrigir a ilegalidade e não importa em substituição da Banca Examinadora pelo magistrado, mas apenas a retirada de erros perceptíveis de plano que viciam a questão de prova.

A arbitrariedade não pode vir revestida de discricionariedade, e para corrigir isso o Poder Judiciário deve intervir quando acionado. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO estabelece que:

A 'discricionariedade' não pode ser empregada como um escudo que protege a administração pública do controle jurisdicional. Não é porque se diz que determinado ato - ou determinados modelos de ato - é discricionário que, imediatamente, afasta-se a possibilidade de seu controle judicial. Há sempre e inexoravelmente necessidade de o magistrado verificar se aquele ato é mesmo discricionário, e mesmo sendo discricionário se todos os limites, todos os princípios que norteiam toda e qualquer atuação administrativa foram atingidos, foram perseguidos, isto é, se aquele ato encontra-se mesmo, verdadeiramente, no interior da moldura, como uma opção definitivamente válida a cargo do administrador público. Somente quando o magistrado verificar que o ato administrativo amolda-se às opções predispostas pela norma jurídica é que não poderá exercitar qualquer espécie de controle com relação ao ato administrativo porque falece ao magistrado e ao Poder Judiciário como um todo, competência (BUENO, 2003, p. 242).

Tal entendimento já está sedimentado na doutrina, e, enquanto não é criada legislação específica para regular tais questões, a jurisprudência vai caminhando nesse mesmo sentido, coibindo as arbitrariedades perpetradas pelas Bancas Organizadoras.

Vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO DE PROVA OBJETIVA PELO PODER JUDICIÁRIO. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, na hipótese de erro material, considerado aquele perceptível *primo ictu oculi*, de plano, sem maiores indagações, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público. Precedentes. 2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 722.586/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 03.10.2005, p. 325).

CONCURSO PÚBLICO (JUÍZES). BANCA EXAMINADORA (QUESTÕES/ CRITÉRIO). ERRO INVENCÍVEL (CASO). ILEGALIDADE (EXISTÊNCIA). JUDICIÁRIO (INTERVENÇÃO).

1. Efetivamente - é da jurisprudência -, não cabe ao Judiciário, quanto a critério de banca examinadora (formulação de questões), meter mãos à obra, isto é, a banca é insubstituível. 2. Isso, entretanto, não é absoluto. Se se cuida de questão mal formulada - caso de erro invencível -, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança (Constituição, art. 5º, LXIX). 3. Havendo erro na formulação, dá a ilegalidade, a Turma, para anular a questão, deu provimento ao recurso ordinário a fim de conceder a segurança. Maioria de votos. (RMS 19062/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 03/12/2007, p. 364).

O professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, com uma clareza solar, estabelece perfeitamente a diferenciação entre o controle de legalidade (aquele que pode ser feito pelo Poder Judiciário) e o controle de mérito (a cargo da Administração):

Controle de legalidade, como informa a própria expressão, é aquele em que o órgão controlador faz o confronto entre a conduta administrativa e uma norma jurídica vigente e eficaz, que pode estar na Constituição, na lei ou em ato administrativo impositivo de ação

ou de omissão. Verificada a incompatibilidade da ação ou omissão administrativa com a norma jurídica incidente sobre a espécie, deve ser revista a conduta por ser ilegítima. O controle de legalidade dos atos da administração pode ser interno ou externo, vale dizer, pode ser processado pelos órgãos da mesma Administração ou por órgãos de Poder diverso. Pode dizer-se, assim, que Legislativo, Judiciário e a própria administração podem exercer o controle de legalidade. (...).

Controle de mérito é controle que se consuma pela verificação da conveniência e da oportunidade da conduta administrativa. Nesse controle, nada se questiona sobre a legalidade da conduta, afere-se apenas se uma conduta anterior merece prosperar ou se deve ser revista (CARVALHO FILHO, 2004, p. 784).

O mesmo autor vai além e trata exatamente da possibilidade do Judiciário anular quesitos de concurso eivados de vícios materiais. Abaixo:

A jurisprudência tem se orientado no sentido de que só são passíveis de reexame no Judiciário as questões cuja impugnação se funda na ilegalidade da avaliação ou dos graus conferidos pelos examinadores. O mais comum nesses casos é a chamada prova de múltipla escolha, nas quais apenas uma alternativa é aceita pela banca. Se o interessado comprova que há mais de uma alternativa, a questão é de legalidade, e o Judiciário deve anular a questão, atribuindo ao candidato os pontos que perdeu em relação a ela (CARVALHO FILHO, 2007, p. 550).

3.1 IDENTIFICAÇÃO DO ERRO GROSSEIRO

A identificação do chamado erro grosseiro talvez seja a maior dificuldade dos magistrados e Tribunais páis afora, visto que inúmeros são os julgados conflitantes no tocante à qualificação do chamado erro material evidente. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, julgando o RMS 28.204/MG, esclarece com lapidar clareza o que seria tal erro grosseiro, *in verbis*:

O mero confronto entre as questões da prova e o edital pode ser suficiente para verificar a ocorrência de um defeito grave, considerando como tal não apenas a formulação de questões sobre matéria não contida no edital, mas também a elaboração de questões de múltipla escolha que apresentem mais de uma alternativa correta,

ou nenhuma alternativa correta, nas hipóteses em que o edital determina a escolha de uma única proposição correta. STJ, RMS 28.204/MG, Segunda Turma, Ministra Eliana Calmon, DJe 18/02.

A Ministra Eliana Calmon proferiu voto que evidencia a possibilidade do Judiciário revisar questões de certames públicos, desde que aviltados os princípios da legalidade e/ou da vinculação ao edital do concurso. Outrossim, basta ao jurisdicionando demonstrar inequívoco desrespeito ao edital do certame, bem como a elaboração de quesitos que contenham duplicidade de respostas ou nenhuma resposta correta a ser assinalada pelo candidato.

A jurisprudência acompanha o entendimento. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. QUESITO DE PROVA OBJETIVA. ADMISSIBILIDADE DE ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS EXCEPCIONAIS. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS AOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA.

Excepcionalmente, restando demonstrado que a resposta considerada correta pela banca examinadora está, objetivamente, em desacordo com o ramo de conhecimento investigado, houver erro material ou vício na formulação da questão, é admissível o Poder Judiciário anular questão de concurso. Se com a adição dos pontos referentes ao quesito anulado às outras notas obtidas pelos autores da ação fica comprovado, por certidão da instituição responsável pela realização do concurso, o preenchimento das demais condições exigidas no edital, é de se reconhecer a aprovação destes na primeira etapa do concurso público. - ausência de prejuízo para os demais candidatos aprovados. Impossibilidade de quem não foi litisconsorte ativo se beneficiar da sentença. Inexistência de litisconsórcio necessário. - preliminar de nulidade da sentença rejeitada. - apelação dos autores parcialmente provida. Apelação da união e remessa oficial improvidas. (10)TRF-5, AC 106703 PE 0027664-69.1996.4.05.0000 Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt (Substituto) J. 25/06/2002 Órgão Julgador: Terceira Turma.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. QUESTÃO OBJETIVA. DUPLICIDADE DE RESPOSTA. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A duplicidade de respostas de questão de prova objetiva de concurso público enseja a anulação judicial, no controle de legalidade dos atos administrativos, vez que foi inobservada norma do edital que regia o certame, que previa a existência de uma única resposta correta para cada questão. A anulação no caso ensejou a atribuição dos pontos correspondentes a todos os candidatos que realizaram a prova. Entendimento que se harmoniza com a jurisprudência do STJ e desta Corte. 2. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, às quais se nega provimento. AC 0013722-14.2006.4.01.3400/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Conv. Juiz Federal Rodrigo Navarro De Oliveira (conv.), Sexta Turma, e-DJF1, p. 259, de 14/06/2010.

4 PROVA DISCURSIVA E A FALTA DE CRITÉRIO NA CORREÇÃO - DA RECEITA DE MACARRÃO INSTANTÂNEO A HINO DE FUTEBOL

Nas avaliações discursivas, onde há um maior espaço para a discricionariedade das Bancas Organizadoras, é comum ocorrerem arbitrariedades. Dentre os inúmeros vícios já citados neste estudo, chama a atenção, em especial, a ausência de critérios para a correção.

Tornou-se constante, sobretudo em certames de grande porte, talvez por economia na contratação de um maior número de corretores ou mesmo na contratação de profissionais mais qualificados, ou, ainda, por conta de algum outro motivo mais obscuro, ocorrerem correções sem sentido ou sem parâmetro identificado, onde muitos candidatos que respondem suas provas com precisão cirúrgica têm atribuídos a si notas irrisórias, enquanto tantos outros que malmente soletram o bom português atingem escores expressivos.

Como exemplo dessas correções desastrosas, podemos citar os emblemáticos casos, veiculados nacionalmente nas mais diversas mídias, da “Receita de Miojo” e do “Hino do Palmeiras” na redação do ENEM - Exame Nacional do Ensino Médio. Nesses casos um candidato inseriu uma receita de macarrão instantâneo no bojo da redação e, além de aprovado, ainda recebeu com as justificativas dos corretores do exame o comentário: “Bela avaliação”. Já outro candidato inseriu o hino de um clube de futebol e também foi aprovado.

Tais fatos repercutiram negativamente por todo o Brasil e até mesmo em nações alienígenas. Veículos importantes, como o jornal O Globo⁵ e o portal de notícias G1⁶, dispensaram ampla atenção aos casos.

Em verdade, nessas correções há evidente ERRO MATERIAL, entendido este como aquele que é perceptível de plano sem maiores indagações ou incursões na resposta do Autor.

Em casos de flagrante erro material, como os ocorridos nos casos em tela, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal tem admitido a possibilidade de análise pelo Poder Judiciário. Obviamente, nos casos exemplificados a falta de critério acabou por beneficiar os candidatos. No entanto, o mais comum é ocorrer justamente o contrário, e a atuação do Poder Judiciário é de pertinência extrema. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR FEDERAL. NOVA CORREÇÃO DE PROVA DISSERTATIVA. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL DETECTÁVEL. APELAÇÃO E REMESSA NÃO PROVIDAS.

1. A apelada foi classificada para a segunda fase do certame e obteve as seguintes pontuações nas provas discursivas (denominadas P2 e P3 no Edital). Divulgados os resultados provisórios alcançou 6,93 e 4,54, respectivamente. Para aprovação para a próxima fase o somatório das notas P2 e P3 deveria alcançar 12,00 e, ainda que em nenhuma das provas a candidata poderia obter nota inferior a 5,0. Houve apresentação de recurso eletrônico e o mesmo foi parcialmente deferido elevando a nota P3 de 4,54 para 4,94. Porém, alegou a apelada que se verificou um erro material evidente - o espelho da avaliação da prova discursiva onde no seu item 2.3 constava a pontuação entre 0,0 a 0,50 se houvesse referência ao princípio da eventualidade ou de expressão equivalente -, mas a fundamentação do recurso estabeleceu que: "Verifica-se que o candidato não fez qualquer menção no decorrer da peça ao princípio da eventualidade ou concentração ou termo semelhante que denotasse a passagem das preliminares para as alegações de mérito tampouco utilizou

5 Disponível em: <http://oglobo.globo.com/educacao/enem-2012-estudante-escreve-receita-de-miojo-na-redacao-recebe-nota-560-7877681>. Acesso em: 12 set. 2013.

6 Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2013/03/candidato-inclui-hino-do-palmeiras-na-redacao-do-enem-e-tira-nota-500.html>>. Acesso em: 12 set. 2013.

desta técnica entre as duas argumentações de mérito”. 2. A Autoridade acimada coatora ao prestar informações esclareceu que a resposta elaborada pela banca dizia respeito ao fato de que a resposta da candidata estava incompleta, ou seja, ela atendeu apenas parcialmente ao questionamento avaliado e recebeu 0,30, que foi condizente com a sua manifestação, ou seja, quase em sua totalidade, pois o item vale 0,50 e retificou a resposta (fl. 292).

3. O PODER JUDICIÁRIO NÃO PODE SUBSTITUIR A BANCA EXAMINADORA NA APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO DE PROVA E ATRIBUIÇÃO DAS RESPECTIVAS NOTAS, NEM SUBSTITUIR PARA MODIFICAR CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO E DE CLASSIFICAÇÃO EXPRESSAMENTE PREVISTOS NO EDITAL DO CERTAME, EXCETO EM CASOS DE ERRO MATERIAL FLAGRANTE OU MÁ-FÉ DA BANCA EXAMINADORA. A HIPÓTESE DEMONSTRA ERRO FLAGRANTE, CONSIDERADO AQUELE PERCEPTÍVEL DE PLANO, SEM MAIORES INDAGAÇÕES.

Tanto assim o foi que na apresentação das informações a própria Autoridade coatora apresentou um parágrafo de oito linhas retificando o voto da banca examinadora. Não se trata aqui de examinar o direito líquido e certo da apelada analisando pormenorizadamente a resposta dada à prova subjetiva, o que não se insere, como referido acima, no âmbito de atuação do Poder Judiciário. Cumpre ainda salientar, que a sentença foi cumprida pela apelante com a apresentação da nova avaliação pela Banca Examinadora da questão objeto da causa.

4. Apelação e remessa não providas. Processo AC 2007.34.00.038773-0/DF; APELAÇÃO CÍVEL DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA JUIZ FEDERAL AVIO MOZAR JOSE FERRAZ DE NOVAES QUINTA TURMA e-DJF1, p. 565, de 13/02/2009.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. PODER JUDICIÁRIO. EXAME DE LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. EQUÍVOCO DA BANCA EXAMINADORA NA CORREÇÃO DA PROVA DISCURSIVA DO APELADO. AVALIAÇÃO REVISTA PARCIALMENTE. APELO PROVIDO EM PARTE.

1. Trata-se de Apelação Cível em Ação Ordinária, interposta contra a sentença a quo, que julgou procedente em parte o pedido,

confirmando a tutela antecipada antes deferida, para, após reconhecer a nulidade do ato administrativo que atribuiu nota zero ao conteúdo da questão nº 1, da prova discursiva II, conferir ao autor o direito à obtenção dos 7 (sete) pontos previstos na letra “a” do subitem 8.5.7, do Edital ESAF nº 35/2007, passando, pois, a computar 9,40 pontos a título de nota final da primeira questão da prova discursiva II, declarando, por seu turno, a aprovação do candidato-autor no concurso público para provimento de vagas no cargo de Procurador da Fazenda Nacional, 2ª Categoria, assegurando-lhe, ato contínuo, o direito à nomeação, à posse e à entrada em exercício, uma vez observada a ordem de classificação, além de todas as vantagens e direitos delas decorrentes.5(...)

6. Quanto ao mérito, é indiscutível que, a princípio, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no exame dos critérios da correção de provas de concursos públicos, atribuindo, por meio de suposto controle jurisdicional da legalidade, a candidatos notas distintas daquelas fixadas pela Comissão do certame, sob pena de quebra do princípio da igualdade entre os concorrentes, conforme entendimento pacífico da jurisprudência e doutrina.

7. CONTUDO, TAMBÉM É REMANSOSO QUE ERROS MATERIAIS OU OBJETIVOS PODEM E DEVEM SER OBJETO DE CONTROLE DA LEGALIDADE PELA JUSTIÇA, DE MODO A GARANTIR A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COMO MEIO DE EVITAR OFENSA A DIREITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

8. ESSE TEM SIDO, INCLUSIVE, O LIMITE DE CONTROLE JURISDICIAL DA LEGALIDADE DOS ATOS REFERENTES À CORREÇÃO DE PROVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS, SUFRAGADO TANTO POR ESTE TRIBUNAL COMO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

9. Ao se examinar as provas coligidas aos autos, é possível verificar - de plano - que há equívoco material na correção da Comissão de Concurso ao subtrair pontos do Autor de sua prova discursiva. 10 /16(...)

17. O Judiciário deve utilizar o poder que deixou de ser usado pela Comissão e atribuir nota compatível com a resposta dada na questão,

pois com nota zero é que o candidato não poderia ficar, quer porque respondeu alguns pontos da questão, quer porque esses pontos correspondem exatamente a alguns dos pontos que se referiu a Comissão nas razões do Recurso.

18. NÃO SE VENHA AQUI, ARGUMENTAR QUE O JUDICIÁRIO ESTÁ SE SUBSTITUINDO À COMISSÃO. NÃO. O JUDICIÁRIO AQUI ESTÁ EXERCENDO UM PAPEL QUE É COMUM HOJE NO ATO ADMINISTRATIVO, AO SE VERIFICAR UM VÍCIO DO ATO POR FORÇA DO DESCOMPASSO EXISTENTE ENTRE A REALIDADE DAS COISAS E O QUE FOI AFIRMADO NAS RAZÕES DO ADMINISTRADOR, FICANDO AÍ O JUDICIÁRIO COM A INCUMBÊNCIA DE CORRIGIR O DESCOMPASSO E TRADUZIR O ATO ADMINISTRATIVO DA FORMA COMO OS MOTIVOS QUE DETERMINARAM A PRÁTICA DO ATO FORAM AFIRMADOS.19/27(..)

28. ASSIM, O CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGALIDADE, QUE SE IMPÕE NO PRESENTE CASO, ESTÁ BALIZADO EM LIMITES PERMITIDOS, DENTRO DAS EXCEÇÕES DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO ADOTADOS POR BANCA EXAMINADORA DE CONCURSOS PÚBLICOS.

29. Apelo conhecido e provido em parte, de sorte a se atribuir ao Autor, em relação à primeira questão da prova discursiva II, 2,40 pontos quanto ao uso do idioma e 2,10 pontos atinentes ao conteúdo, resultando, daí, uma nota final à razão de 4,50 pontos.

(PROCESSO: 200884000046130, AC469731/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 22/06/2010, PUBLICAÇÃO: DJE 01/07/2010 - Página 231)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. IMPUGNAÇÃO A GABARITO DEFINITIVO DE PROVA OBJETIVA PARA O PROVIMENTO DE CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO. RECONHECIMENTO DE ERRO NA SOLUÇÃO DE QUESTÃO. ADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. 1. (...) 2.(...). 3. A ALTERAÇÃO DE GABARITOS DE RESPOSTA ESTÁ SUBORDINADA À EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ERRO MATERIAL, HIPÓTESE EM QUE O ATO DA BANCA EXAMINADORA CONSISTENTE EM ALTERAR O ENTENDIMENTO EQUIVOCADO É ATO VINCULADO, SUBMETIDO, PORTANTO, AO CONTROLE JUDICIAL.

4. A IMPUGNAÇÃO POR MEIO DE AÇÃO JUDICIAL A TEXTOS DE QUESTÕES, GABARITOS E CORREÇÕES DE PROVAS OBJETIVAS OU DISCURSIVAS DE CONCURSOS PÚBLICOS VEM SENDO ADMITIDA EM RELAÇÃO A ERROS MATERIAIS QUE NÃO SUSCITEM DÚVIDA OU EM CASOS DE FLAGRANTE OMISSÃO POR PARTE DA BANCA EXAMINADORA, POIS CONSTATADA A FALHA, É OBRIGAÇÃO DA COMISSÃO PROMOVER AS CORREÇÕES DEVIDAS, POIS A OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TORNA O ATO VINCULADO, NÃO ESTANDO NA ESFERA DE ESCOLHA DA BANCA EXAMINADORA A OPÇÃO ENTRE MANTER O EQUÍVOCO OU PROMOVER A CORREÇÃO DAS QUESTÕES EM QUE SEJA CONSTATADA FALHA NA FORMULAÇÃO OU NA RESPOSTA INDICADA COMO CORRETA.

5. Incorreu também a banca examinadora em errante equívoco ao entender que só as pessoas físicas beneficiárias de sentença em ação civil pública têm legitimidade para promover a execução, fazendo letra morta do art. 82 do DCD e art. 15 da Lei 7.347/85. 6.(..) 7.(..) A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação. Processo AC 2007.34.00.043518-3/DF; Apelação Cível; Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida; Quinta Turma; Publicação eDJF1, p. 335, de 30/03/2012

EMENTA: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. OAB. EXAME DE ORDEM. PROVA SUBJETIVA. ERRO MATERIAL NA PONTUAÇÃO. ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. Cabe ao Poder Judiciário apenas a aferição da ocorrência de vícios de legalidade, e não julgar procedimentos de avaliação e correção das questões das provas subjetivas.

2. DEVE SER CORRIGIDO ERRO MATERIAL CONSTANTE NA PONTUAÇÃO DA PROVA PRÁTICO-PROFISSIONAL SE, EMBORA ATENDIDOS OS QUESITOS EXPRESSAMENTE EXIGIDOS, NÃO FORAM CONFERIDOS OS PONTOS CABÍVEIS.

3. OS CRITÉRIOS DE ARREDONDAMENTO DA NOTA FINAL DEVEM SER APLICADOS CONFORME ESTABELECIDO NO EDITAL DE ABERTURA DO EXAME DA ORDEM 2009.2.

4. Apelação a que se dá provimento. AMS 0002286-35.2010.4.01.4300/TO; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO. Órgão Julgador: OITAVA TURMA Publicação: e-DJF1, p. 526, de 08/04/2011.

Data da Decisão: 11/03/2011. Decisão: A Turma, por maioria, em questão de ordem, manteve a competência da Quarta Seção e, por unanimidade, deu provimento à apelação.

Desta forma, conforme se depreende do entendimento jurisprudencial acima apresentado, a existência de manifestos erros nas correções de provas demonstra que a intervenção do Judiciário não se revela indevida, no âmbito da discricionariedade da Banca Examinadora, mas, sim, com o intuito de proteger a esfera jurídica dos candidatos, uma vez que cabe ao Poder Judiciário exercer o controle da legalidade dos atos administrativos, com fulcro no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Por reiteradas vezes a Banca Examinadora corrige a prova do candidato de forma contrária ao que ela, a própria Banca, estabeleceu como ser a resposta correta. Ocorre que o espelho da avaliação da prova discursiva/resposta a recurso administrativo, eleito pela própria Banca Examinadora, é um referencial inafastável para fins de avaliação e pontuação das respostas oferecidas na prova dissertativa pelos candidatos, garantindo um parâmetro de correção homogêneo, capaz de estabelecer a isonomia entre os concursandos, de tal forma que desbordando dos limites por ela mesma traçados, a Banca Examinadora comete ilegalidade passível de ser corrigida pelo Poder Judiciário.

Como outrora mencionado, anteriormente, tinha-se o entendimento de que era vedada ao Poder Judiciário a reavaliação da questão de prova de concurso, pois se estaria invadindo a esfera de discricionariedade típica do Poder Executivo, ofendendo assim a tripartição de poderes inserida no art. 2º da Constituição da República.

Entretanto, repise-se, modernamente tem sido sedimentado o entendimento de que quando se tratar de erro na pontuação atribuída à questão, o reconhecimento desse erro, quer seja pelos conhecimentos do próprio julgador, quer seja embasado em perícia técnica, é puramente análise de legalidade, o que é perfeitamente possível de ser tratada pelo órgão julgante.

Se é certo, de um lado, que a liberdade outorgada às bancas examinadoras em sede de provas discursivas é imprescindível para resguardar a sua autonomia administrativa, também é verdade, de outra banda, que tal poder discricionário da comissão não se pode converter em manto de impunidade dos examinadores, em ordem a acobertar toda sorte de vícios de legalidade no ato de aplicação e

correção das provas dissertativas, como o abuso de poder, o desvio de finalidade e outras condutas inequivocadamente lesivas à seara dos direitos subjetivos dos candidatos.

Portanto, o Poder Judiciário pode e deve pronunciar-se também sobre os elementos técnicos do ato administrativo, ainda que, para isso, seja necessário recorrer a perícias. Sendo extremamente aviltante permitir que o poder discricionário da Comissão da Banca Examinadora se converta em manto de imunidade dos examinadores, em ordem a acobertar toda sorte de vícios de legalidade no ato da aplicação e correção das provas discursivas.

É dentro de tais perspectivas e mediante tais condições que se baseia a tese aqui explanada. Segue:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DISCURSIVA. ERROS NA CORREÇÃO CONSTATADOS POR PROVA PERICIAL. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DE EVENTUAL APROVAÇÃO.

1. Constatada, por intermédio de prova pericial, a existência de erros na correção da prova discursiva de candidata participante de concurso para provimento de cargo público, bem assim a constatação de tratamento anti-isonômico entre os concorrentes, ainda que faltem indícios da alegada perseguição, não é dado ao juiz desconsiderar o laudo pericial, sem que haja elementos probatórios que, objetivamente, demonstrem o contrário.

2. A existência de manifestos erros na correção da prova discursiva da candidata demonstra não se cuidar, no caso, de o Judiciário imiscuir-se, indevidamente, no âmbito da discricionariedade da banca examinadora, mas, sim, de proteger a esfera jurídica da candidata, uma vez que cabe ao Poder Judiciário exercer o controle da legalidade dos atos administrativos, com apoio no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

3. Como consequência do pronunciamento judicial, incumbe à comissão do concurso aferir se o somatório das demais notas alcançadas pela candidata nas provas objetiva e prática, acrescidas da nota indicada como a correta, pelo perito, na prova discursiva, é suficiente para que a candidata seja considerada aprovada classificada no certame.

4. Verificada essa aprovação, os seus efeitos retroagem, de modo

a assegurar à candidata todas as consequências patrimoniais da nomeação, como se esta tivesse ocorrido na estrita ordem de classificação por ela alcançada, deduzidos, entretanto, os valores que desde então houver recebido dos cofres públicos, pelo exercício de outro cargo público. 5. Apelação parcialmente provida. (TRF/1ª Região, AC 340.000. 1 17/DF, Rel. Fagundes de Deus, DJU, 25-1 1-2003, p. 42).

Deve-se observar que a discricionariedade sobrevém tão-somente na elaboração das provas, jamais na formulação do gabarito, correção ou pontuação, onde existe vinculação. Não se pode cogitar que a discricionariedade que assiste à Administração para elaborar as provas seja ilimitada, concedendo-lhe permissão para impor gabaritos ou pontuações que não condigam com a realidade da disciplina avaliada.

Neste contexto arrematam os renomados Autores MÁRCIO BARBOSA MAIA e RONALDO PINHEIRO QUEIROZ: “... nas situações que evidenciam, de forma cristalina e irrefutável, condutas abusivas da banca examinadora no contexto da aplicação e correção das provas discursivas, é possível e imperativo o seu controle jurisdicional, no afã de salvaguardar os princípios do concurso público e o primado de sua legalidade.” (O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 204.).

Por fim, vale a pena reproduzir as palavras do Min. NILSON NAVES, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, quando atuou como relator do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança-RMS 19062:

Mas, se há erro, erro invencível, justificar-se-ia, então, a intervenção do Judiciário? Ou não se justificaria? O que a mim pessoalmente se me afigura - a não-intervenção - estranho comportamento. Quero, por isso, entender comigo mesmo que, em certas situações e determinados assuntos, é lícita a intervenção judicial (é lícito ao juiz conhecer da provocação). Aliás, o próprio Relator originário isso percebeu quando, em seu voto, referiu-se a “dissídio eloquente” e a “causar perplexidade”; seriam e são situações aptas a provocar prejuízo, daí se justificar o mandado de segurança. Sempre que se fizer necessária uma ressalva e esta não aparecer, de tal sorte que o candidato fique em situação de perplexidade diante do questionamento, este não pode ser considerado válido, (...) e se assim se evidencia, manifesta é a ilegalidade do questionamento e,

di-lo respeitosamente, não examinar o 'mandamus', a esta ótica, é negar a jurisdição. (...) Para justificar a questão, houve necessidade de sustentá-la sobre uma noção equivocada.

Desse modo, na esteira dos precedentes e da doutrina supracitados, cabe ao Poder Judiciário avaliar questão de prova de concurso quando do exame da questão impugnada pelo candidato se apresente correção ilegal ou teratológica que de forma evidente atribua um valor desarrazoado à resposta do concursando.

Por mais que a Banca Examinadora possua uma autonomia para avaliar as provas, o fato é que a mesma não é absoluta, sendo limitada pelos princípios orientadores da Administração Pública, já que o concurso público por si só é um procedimento administrativo que objetiva a seleção de pessoal para trabalhar em caráter permanente junto ao Poder Público.

5 PROVA ORAL E A FALTA DE IMPESSOALIDADE

As avaliações orais são, de fato, as mais temidas pelos candidatos. Não apenas por conta de sua dificuldade, até porque os que ali chegaram já demonstraram alto nível de conhecimento, mas, principalmente, por conta de critérios obscuros que podem ser usados para favorecer ou prejudicar determinados candidatos. É dizer, caso a Banca Organizadora seja leviana, poderá aprovar ou reprovar quem melhor lhe aprouver.

Como tal avaliação não segue um padrão único e específico de perguntas e respostas, nem é divulgado um perfil claro e objetivo do que deve ser respondido, ou seja, o avaliador é quem decide de acordo com seu julgamento pessoal, pode ocorrer de alguns candidatos serem mais ou menos exigidos que os outros, ou, ainda, terem suas respostas subestimadas ou superestimadas.

5.1 AS ENTREVISTAS SECRETAS

Alguns concursos submetem seus candidatos, previamente ou posteriormente, ao exame oral, a entrevistas pessoais secretas, onde são feitas perguntas de caráter pessoal e subjetivo sobre a vida do candidato e que além de não medir o conhecimento do candidato (o que seria, em tese, o objetivo do concurso público), nada têm a ver com os critérios de aprovação exigidos pelo edital.

Dessa forma, alguns examinadores utilizam tais interrogatórios para escolherem quem serão seus pares, não pelo conhecimento técnico, mas por uma maior afinidade pessoal.

Como exemplo dessas entrevistas secretas, podemos citar dois concursos estaduais do Estado de São Paulo: o Concurso Público de Provas e Títulos para Ingresso na Carreira de Delegado de Polícia (DP-1/2011) e o 183º concurso de ingresso na magistratura do Estado de São Paulo.

Sobre esse último, o CNJ chegou a apreciar a legalidade das tais entrevistas secretas e declarou serem ilegais, ordenando uma nova aplicação da prova oral para todos os candidatos reprovados. Para ilustrar o que estamos falando, vale a pena ler o que foi publicado pelo sítio da internet Conjur:

O Conselho Nacional de Justiça julgou ilegais, nesta terça-feira (18/9), as entrevistas secretas, com perguntas subjetivas e pessoais, feitas por desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo aos candidatos no último concurso para juiz.

A maior parte dos conselheiros considerou que as entrevistas, apesar de serem tradicionais nos concursos da corte, afrontam, no mínimo, o princípio constitucional da impessoalidade.

O presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal, ministro Ayres Britto, resumiu, ao final da sessão, o sentimento da maioria dos conselheiros: “Concursos públicos devem primar pela imparcialidade dos julgadores e pela objetividade dos critérios. Quanto maior a objetividade, maior a imparcialidade. Quanto mais se aproxima da subjetividade, mais se afasta do desejo constitucional da imparcialidade”. Essa tal entrevista reservada seguiu o caminho inverso, colocou-se em rota frontal de colisão com a Constituição.

Candidatos reprovados no 183º concurso de ingresso para a magistratura paulista relataram que, após a prova oral, quarta etapa do concurso, foram feitas entrevistas com cada um dos candidatos, com perguntas bastante subjetivas, que, por fim, pesaram na avaliação.

Entre as perguntas feitas por desembargadores estavam, por exemplo, as seguintes:

- Mas a senhora está grávida. Não acha que já começaria a carreira como um estorvo para o Poder Judiciário?

- *Gente de Brasília não costuma se adaptar a São Paulo. O senhor está convicto de seus propósitos?*
 - *Qual sua religião?*

- *Sua esposa trabalha? Qual a profissão dela? Tem certeza de que se adaptaria?*

Os conselheiros, por maioria de oito votos, decidiram que os 146 candidatos reprovados na prova oral, representados pelo advogado Luís Roberto Barroso, terão o direito de refazer o exame e os 70 candidatos aprovados tomarão posse imediatamente, mas sem que o concurso seja homologado pelo tribunal. Apenas após a classificação que surgirá dos novos exames é que o certame poderá ser homologado.⁷

Ainda no Conjur, um comentário a respeito da notícia acima ilustra o temor que há em relação à lisura dos procedimentos adotados nas fases orais de alguns concursos:

Excepcional herança hereditária de vasto saber jurídico

Conheço algumas pessoas que não conseguem aprovação na magistratura (do TJ/SP), mas logram Procuradorias, MP, magistratura do trabalho, etc., etc... Por outro lado, são várias as famílias compostas por juristas do TJ/SP (pai Desembargador, filhos (2, 3) juizes com aprovação em primeiro concurso)...

Como explicar? Lógico, há alguns méritos, mas o alto índice de aprovações em razão do vasto conhecimento transmitido por herança genética é peculiar...

Se buscar a coincidência de sobrenomes... Algo excepcional... Evidentemente, não se pode generalizar, mas o índice é curiosamente elevado. 19/09/2012. 13:04. Eduardo O. (Advogado Autônomo - Administrativa).

⁷ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/cnj-julga-ilegais-entrevistas-secretas-concurso-juiz-tj-sp>>. Acesso em: 12 set. 2013.

O outro concurso mencionado, para a carreira de Delegado de Polícia do Estado de São Paulo, foi além e, não satisfeito com a entrevista secreta, não efetuou a gravação das provas orais e não permitiu que fossem gravadas, e também estabeleceu não ser cabível qualquer recurso quanto à nota obtida na avaliação oral, conforme se depreende do item V3, h, do edital: “h) Inexistirá, na prova oral, em face da sua natureza, a possibilidade de pedido de reconsideração”. Some-se a isso o fato da Comissão Organizadora desse mesmo concurso não divulgar as notas daqueles que foram reprovados, mas apenas dos considerados aprovados, ou seja, houve o cerceamento de defesa ao não permitir recursos contra o resultado da avaliação oral e também ao nem mesmo divulgar a nota obtida.

Esse tipo de atuação por parte de algumas Bancas e Comissões de concurso por todo o Brasil, acaba fazendo com que as avaliações orais sejam vistas com desconfiança pelo grande público.

Assim como as demais etapas do concurso, também na prova oral, em havendo ilegalidade, nada mais justo e oportuno que haja a atuação do Poder Judiciário para eliminar os atos podres.

6 CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, resta cristalino que a nota atribuída pela Banca Examinadora ao candidato em certames, seja na prova objetiva, discursiva ou oral, da mesma forma que os demais atos administrativos, pode ser objeto de aferição pelo Poder Judiciário que, seja pelo vasto conhecimento do magistrado, seja por meio de auxílio de prova pericial, apresenta condições para verificar a plausibilidade da pontuação conferida ao candidato.

Repise-se que o julgamento de provas deve ser objetivo, sob pena de abertura de uma zona completamente desprotegida e imune ao controle jurisdicional, abrindo amplas possibilidades para que o administrador pratique atos ilegais, direcione o concurso para quem interessar, enfim: decida, em um processo, que deveria ser seletivo, isonômico e impessoal, quem será aprovado.

De nada adiantaria toda a possibilidade de controle do concurso, da etapa interna, dos atos procedimentais da etapa externa, se, quando do julgamento das questões o Poder Judiciário simplesmente se escusasse ao necessário amparo judicial sob a equivocada argumentação de que se trata de mérito do ato, quando, em verdade, se trata de controle de legalidade.

Fica evidente, não só a possibilidade, mas o dever que tem o Judiciário de anular os atos administrativos viciados, bem como rever a pontuação atribuída aos candidatos prejudicados.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. Inafastabilidade do Controle Judicial da Administração. *In* **Direito Processual Público**. A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, Lumen Juris, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

HAIDAR, Rodrigo. **Entrevistas secretas de concurso para juiz são ilegais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/cnj-julga-ilegais-entrevistas-secretas-concurso-juiz-tj-sp>>. Acesso em: 12 set. 2013.

LAURO, NETO; VIEIRA, Leonardo. **ENEM 2012: estudante escreve receita de Miojo na redação e recebe nota 560**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/educacao/enem-2012-estudante-escreve-receita-de-miojo-na-redacao-recebe-nota-560-7877681>>. Acesso em: 12 set. 2013.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORENO, Ana Carolina. **Candidato inclui hino do Palmeiras na redação do Enem e tira nota 500**. <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2013/03/candidato-inclui-hino-do-palmeiras-na-redacao-do-enem-e-tira-nota-500.html>>. Acesso em: 12 set. 2013.

A LIBERDADE RELIGIOSA E SUA TUTELA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXOS DEMOCRÁTICOS DA AUTONOMIZAÇÃO DO SUJEITO

THE RELIGIOUS FREEDOM AND TUTELAGE IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER: DEMOCRATIC REFLEXES OF AUTONOMIZATION OF THE INDIVIDUALS

Noédson Conceição Santos¹

“Enquanto a sociedade feliz não chega, que haja pelo menos fragmentos de futuro em que a alegria é servida como sacramento, para que as crianças aprendam que o mundo pode ser diferente”.
Rubem Alves

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PERCURSO GENEALÓGICO: CONCEITUAÇÃO NECESSÁRIA. 3 LIBERDADE RELIGIOSA E A MODERNIDADE: REFLEXOS DEMOCRÁTICOS DA AUTONOMIZAÇÃO DO SUJEITO. 4 A LIBERDADE RELIGIOSA FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Pretende-se, por meio deste artigo, analisar o processo de constitucionalização do princípio da liberdade religiosa, tendo como suporte o Estado Democrático brasileiro, abordando suas características e relevos históricos, através de uma lógica comparativa entre os textos normativos que já compuseram o cenário jurídico do nosso país, apoiando-nos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, para compreender o atual panorama legislativo. A mudança da perspectiva de Estado Democrático de Direito é moldada

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia em Regime de Dupla Titulação pela Universidade de Coimbra (Portugal).
E-mail: noedson.cs@gmail.com.

pelos sopros da modernidade, que marca e dá forma à conjuntura mundial, na qual a autonomia, os direitos humanos, a secularização e a democracia lhe são caracteres proeminentes. Deste modo, desenha-se o sustentáculo da liberdade religiosa, que se harmoniza com os postulados de uma sociedade democrática e plural.

Palavras-chave: Liberdade Religiosa. Direitos Humanos Fundamentais. Estado Democrático de Direito. Pluralismo. Religião.

ABSTRACT: It is intended by this article, analyze the process of constitutionalization of the principle of religious freedom, supported by the Brazilian Democratic State by addressing their characteristics and historical reliefs, through a comparative logic between normative texts that have formed the legal scenario our country, relying on the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 – CRFB/88 to understand the current legislative landscape. The change from the perspective of a democratic state is shaped by the blows of modernity that marks and shapes the world situation, in which autonomy, human rights, secularism and democracy are characters prominent. Thus, takes shape the mainstay of religious freedom, which harmonizes with the tenets of a democratic and pluralistic society.

Keywords: Religious Freedom. Fundamental Human Rights. Rule of Law. Pluralism; Religion.

1 INTRODUÇÃO

Basta-nos um breve, porém atento, olhar ao passado para enxergarmos as raízes constitutivas da atual conjuntura social, econômica, política e jurídica das sociedades contemporâneas. Como afirma a sabedoria dos antigos, historia *magistra vitae*. E ela o pode ser em razão da potência pedagógica do “passado na lembrança” como suporte do aprendizado humano. “A história é *mestra da vida* por nos libertar da cegueira do esquecimento e por nos oferecer renovados encontros e diálogos” (BARTHOLO, 2007).

Cuidemos sempre para que não se cumpra a profecia do poeta juvenil, e não assistamos a “um futuro repetir o passado”, pois em meio a tempos democráticos não caberia obumbrar novamente direitos humanos por conta da intolerância e inabilidade de conviver com o novo, o “diferente”, o não hegemônico, pois, certamente, este seria o maior dos retrocessos ao qual poderíamos assistir. Assim, como sugere Kant, a história é um *progresso* sem fim, e neste esteio deve o direito caminhar de mãos dadas com a progressão humana com vistas a efetivar e salvaguardar as conquistas das lutas por um futuro mais límpido e harmônico.

Alguns elementos estão de tal modo imbricados na estrutura da humanidade que não é possível desatrelá-los de sua composição, um deles é a cultura² (do latim *colere*, que significa cultivar), que é a semente gestora do enraizamento e ligação entre os entes de uma comunidade, dando “capacidade ao sujeito de seguir se desenvolvendo, através da absorção dos elementos do ambiente em que vive” (EAGLETON, 2005).

A cultura pode também estar relacionada aos comportamentos do indivíduo expressos pelas linguagens, pelos gestos, hábitos e costumes, ou à produção intelectual, como a literatura, o folclore, a arte, a música e os artefatos. Pode, ainda, ligar-se às ideias, **às crenças** e aos valores (KATAN, 2004, grifo nosso).

É nesta complexa trama que o homem, como um ser cultural, simbólico, psíquico, social, histórico e **espiritual**, atua na vida a partir de representações e assume seu caráter relacional, fazendo-o constituir-se a parte de diversas raízes. Visualiza-se aqui o papel que a religião assume enquanto mediadora entre os itens constitutivos do ser humano. Falar sobre ela é “dialogar com nossas raízes, não como testemunho de uma autópsia. E sim como a indicação do lugar do alimento” (BARTHOLO, 2007).

“Ao domingo de Páscoa pela manhã, determinou o Capitão ir ouvir missa e sermão naquele ilhéu. [...] Ali estava com o Capitão à bandeira de Cristo, com que saíra de Belém, a qual esteve sempre bem alta, da parte do Evangelho” (CAMINHA, pp. 4-5). Este trecho da Carta de Pero Vaz de Caminha, ao então Rei de Portugal D. Manuel I, nos sugere a grande presença religiosa na formação do Brasil, e demonstra a tendência de se considerar às terras “recém-descobertas” como míticas.

As ciências que se propõem ao estudo dos comportamentos humanos e sua trajetória secular, como, por exemplo, antropologia e a arqueologia, comprovam a existência de vestígios e influências religiosas desde os tempos mais remotos. O homem utilizou-se das explicações míticas na tentativa de compreender o mundo no qual estava inserido. Este sistema mítico-filosófico, segundo Schaden, é a base da vida das comunidades pré-modernas e “define também o lugar do homem no espaço e tempo, em face do ambiente geográfico e de outros povos, de sua própria cultura e das incógnitas do Além” (SCHADEN, 1976, p. 306).

2 Segundo Hilton Japiassu e Danilo Marcondes, dentre as muitas acepções, pode significar: “1. Conceito que serve para designar tanto a formação do espírito humano quanto de toda a personalidade do homem: gosto, sensibilidade, inteligência. 2. Tesouro coletivo de saberes possuído pela humanidade ou por certas civilizações: a cultura helênica, a cultura ocidental etc.”.

Porém, a conquista da *liberdade religiosa* é um ganho recente da humanidade, podendo ser compreendida como um dos primeiros princípios fundamentais garantidos aos homens. Dentro da divisão das gerações dos direitos fundamentais é vista como direito de primeira geração. Norberto Bobbio, em grande lição a despeito da mudança da lógica orgânica tradicional que outrora se estabelecera na humanidade, pontifica que:

A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se afirma o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa) (BOBBIO, 1992, p. 7).

Nessa tônica, podemos afirmar, inicialmente, que a liberdade religiosa está ancorada na modernidade, meio este que se preocupa com a autonomia do sujeito, como também a efetividade dos direitos humanos. Tal liberdade representa a ampliação de possibilidades para o homem na busca pela felicidade, pois a religião, para muitos, é efetivamente o caminho de felicidade. No envoltório moderno há que se sintonizar numa mesma sociedade democrática, o respeito e a pluralidade, sob uma mesma harmonia dinâmica. Sendo a liberdade religiosa um postulado de garantia das minorias religiosas, ateus e agnósticos, os quais mais precisam fazer valer seus direitos utilizando a legislação vigente.

No Brasil a liberdade religiosa, em primeira fase da vida jurídico-constitucional, não foi incorporada, na medida em que a primeira Constituição nacional (1824) previa uma religião oficial do Estado: a Católica Apostólica Romana, porém, após a Proclamação da República (1889) houve o rompimento entre Estado e Religião (laicização). Essa disjunção se mantém viva durante todo o percurso constitucional brasileiro, até se chegar à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a qual será analisada por intermédio da presente pesquisa.

Por compreendermos a amplitude, complexidade e os diversos ângulos e matizes concernentes às discussões sobre a liberdade religiosa, não é nosso intuito esgotar o debate, nem tão pouco nos propor a pretensiosa empresa. Neste sentido, buscase, por intermédio do presente estudo, discorrer sobre o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático brasileiro e sua importância para a

consolidação da democracia, através de uma análise dos dispositivos constitucionais relativos ao princípio da liberdade religiosa presentes no texto constitucional de 1988, como também da problemática entre modernidade e liberdade religiosa.

2 PERCURSO GENEALÓGICO: CONCEITUAÇÃO NECESSÁRIA

Os seres humanos de certa maneira são guiados por sentimentos de pertença e orientados sob um enraizamento, que se desdobra e constrói a complexa teia de relações e vínculos que guiam as condutas e forjam o *modus faciendi* de um povo. Neste ponto, cumpre-nos invocar a arguta compreensão de Simone Weil.

O enraizamento é talvez a necessidade mais importante e mais desconhecida da alma humana. É uma das mais difíceis de definir. Um ser humano tem raiz por sua participação real, ativa e natural na existência de uma coletividade que conserva vivos certos tesouros do passado e certos procedimentos do futuro (...). Cada ser humano precisa ter múltiplas raízes. Precisa receber a quase totalidade de sua vida moral, intelectual, **espiritual**, por intermédio dos meios dos quais faz parte naturalmente (WEIL, 2001, p. 43, grifo nosso).

Então, para que haja o exercício pleno de todas as potencialidades humanas, é imprescindível a existência e o uso da *liberdade* como aporte principal para o florescimento de novas experiências, propiciando, assim, a integração das múltiplas dimensões do homem. Calmon de Passos em magistral observação nos revela que:

O homem não é uma criatura que pode querer, ele é, antes de tudo, uma criatura que precisa querer. Ser livre é estar vivo como homem, pois sem a liberdade a criatura humana apenas pode sobreviver como animal, mutilado em sua humanidade e desprovido da força e da segurança do animal, que se apoiam na sabedoria inconsciente dos instintos (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 12).

Os escolásticos, tomando-se aqui a figura de São Tomás de Aquino, que, ao se debruçar sobre o entendimento da liberdade, discorre que o homem goza do livre arbítrio ou liberdade de escolha, envolvendo deste modo a vontade, a qual é livre de coação. Mas o estar livre de coação é uma condição e não é toda a vontade. No entanto, é necessário que algo mova a vontade: é o entendimento que apreende o *bem* como objeto da vontade. Nestes termos parece que há uma limitação da vontade, porém é preciso compreender também que ela não se reduz ao livre

arbítrio. A liberdade propriamente dita é também aquilo a que se chamou depois uma espontaneidade que consiste em seguir o movimento natural próprio de um ser.

Para Hannah Arendt, liberdade não equivale a livre-arbítrio, mas está identificada à esfera da ação equivalendo à soberania; os homens e mulheres tornam-se livres, ao exercitarem a ação e decidirem, em conjunto, seu futuro comum.

Quando a liberdade se tornou livre-arbítrio. Desde então, a liberdade tem sido um problema filosófico de primeiro plano, e, como tal, foi aplicada ao âmbito político, tornando-se assim, também, um problema político. Devido ao desvio filosófico da ação para a força de vontade, da liberdade como um estado de ser manifesto na ação para o *liberum arbitrium*, o ideal de liberdade deixou de ser o virtuosismo, no sentido que mencionamos anteriormente, tornando-se a soberania, o ideal de um livre-arbítrio (ARENDR, 1992, p. 199).

Em busca de uma conceituação do termo “liberdade” o filósofo catalão José Ferrater Mora, examinando seu viés político e social, pontifica que:

Primeiramente concebe-se esta liberdade como autonomia ou independência que, numa determinada comunidade humana, consiste na possibilidade de reger os próprios destinos sem interferência de outras comunidades. Nos indivíduos dentro da comunidade, essa autonomia consiste primeiramente não em fugir à lei, mas em agir de acordo com as próprias leis (MORA, 1978, p. 165).

Nicola Abbagnano, renomado filósofo italiano, colocando o termo em apreciação, pondera a existência de:

[...] três significados fundamentais, correspondentes a três concepções que se sobrepuseram ao longo de sua história e que podem ser caracterizadas da seguinte maneira: 1 Liberdade como autodeterminação ou autocausalidade, segundo a qual a liberdade é ausência de condições e de limites; 2 Liberdade como necessidade, que se baseia no mesmo conceito da precedente, a autodeterminação, mas atribuindo-a à totalidade a que o homem pertence (Mundo, Substância, Estado); 3 Liberdade como possibilidade ou escolha, segundo a qual a liberdade é limitada e condicionada, isto é, finita (ABBAGNANO, 1998, pp. 605-606).

Explicitando que para a primeira concepção, sem limitações, nem graus, é livre aquilo que é causa de si mesmo. Apresentando a segunda concepção um parentesco com a primeira, porém, a liberdade não é atribuída ao indivíduo, mas sim ao todo circundante. Desnucando a terceira concepção das demais, liberdade não seria um todo ou um nada, porém um problema aberto. Livre seria, então, aquele que possui determinado grau ou medida, determinadas possibilidades.

Trazendo à baila o vocábulo “liberdade”, num percurso filosófico, salientam Hilton Japiassu e Danilo Marcondes, a possível afinidade ou sinonímia com os termos: autodeterminação, independência e autonomia. Em seu sentido político: “A liberdade civil ou individual é o exercício, por um indivíduo, de sua cidadania dentro dos limites da lei e respeitando os direitos dos outros”, sendo desse modo a contingência de o ente social exercer os chamados direitos individuais clássicos, como direito de voto, liberdade de opinião e *de culto* etc. Liberdade, “em um sentido ético, trata-se do direito de escolha pelo indivíduo de seu modo de agir, independentemente de qualquer determinação externa”. Observam que a liberdade de pensamento em sentido estrito:

É inalienável. Se não creio em Deus, nenhuma força física pode impor-me essa crença, só podendo impedir-me de expor meu ateísmo ou forçar-me a declarar o contrário do que penso. Em tal situação, não há liberdade de pensamento. Reivindicar a liberdade de pensar significa lutar pela liberdade de exprimir meu pensamento. Voltaire ilustra bem essa liberdade: “Não estou de acordo com o que você diz, mas lutarei até o fim para que você tenha o direito de dizê-lo” (JAPIASSU; MARCONDES, 1996, p. 119).

Seja na antiguidade ou num período moderno, a tentativa de compreender e vivenciar a liberdade impulsionou o homem a se reinventar e redesenhar os caminhos de sua trajetória sobre a terra. E por ser um caractere extremamente particular e específico que toma contornos diferentes e varia de acordo com o repertório de cada indivíduo, a liberdade está intimamente ligada a razões subjetivas. Não obstante, “relevante para o direito é a liberdade objetivamente manifestada, a liberdade de fazer, a liberdade externa” (SILVA NETO, 2013, p. 708).

É se amparando nesta lógica que a palavra liberdade torna-se um dos dísticos da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade), momento em que se buscou validar e garantir direitos humanos. A grande glória deste episódio moderno, certamente, é a de ter consolidado certos direitos naturais e inextrincáveis à existência humana, que a posteriori serviram de base para a fruição de outros

direitos cidadãos. Pode-se afirmar, de modo categórico, que a liberdade garantida pelo Direito é a ideia filosófica essencial que dá origem ao Estado Moderno (pós-Revolução Francesa).

A liberdade, palavra-chave da Revolução Francesa, apresenta duas perspectivas diferentes: (1) *ex-parte principii* e (2) *ex-parte populli*. A primeira limita a liberdade de ação do Estado, e a segunda garante a liberdade do cidadão. As duas são interdependentes, uma complementando a outra (BITTAR e ALMEIDA, 2002, p. 448).

Assim, guiados por um sentido subversivo e dispostos a romper os dogmas impostos pelos moldes do Antigo Regime, os revolucionários acendem na população um sentimento de libertação e desvinculação aos padrões catequéticos impostos pela aliança entre o Estado Absolutista Monárquico e o Clero figurado pela Igreja Católica, que estabelecera suas concepções e práxis a todos os segmentos sociais da época, exercendo um domínio que se pautava numa lógica homogeneizadora e uniaxial.

Delineia-se sob esse contexto o surgimento do direito à liberdade religiosa, que se ancora no âmbito da modernidade e é firmado pelo Estado de Direito. Tal processo foi complexo e recheado de nuances, inclusive “ao problema da ruptura da unidade religiosa, resposta que, num primeiro momento, se chama tolerância e, num segundo momento, liberdade religiosa: a liberdade religiosa é o berço da liberdade moderna” (BOBBIO; MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 707).

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres (MIRANDA, 2000, p. 409).

Há que se compreender que a liberdade religiosa como direito fundamental é gênero que engloba diferentes aspectos, como a liberdade de crença, de culto e a liberdade de organização. Deste modo, Alexandre de Moraes, pondera com acuidade que:

Sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-lo a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual (MORAES, 1998, p. 126).

Deste modo, é indispensável a existência de leis que garantam e resguardem os indivíduos de uma sociedade. O Estado laico em seu ideário deve e precisa fazer valer os direitos humanos, fundamentais à harmonização das sociedades, conjugando e associando tais propósitos aos discursos jurídico-constitucionais.

3 LIBERDADE RELIGIOSA E A MODERNIDADE: REFLEXOS DEMOCRÁTICOS DA AUTONOMIZAÇÃO DO SUJEITO

A busca incessante de compreender o verdadeiro significado de “modernidade”, ao invés de assentar uma conceituação unívoca, pelo contrário, provocou um grande esvaziamento do termo, tornando-o controverso e plurissignificativo.

Max Weber caracterizou a modernidade cultural, mostrando que a razão substancial expressa em imagens de mundo religiosas e metafísicas se divide em três momentos, os quais apenas formalmente ainda podem ser mantidos juntos. Uma vez que as imagens de mundo se desagregam e os problemas legados se cindem entre os pontos de vista específicos da verdade, da justiça normativa, da autenticidade ou do belo, podendo ser tratados, respectivamente como questão de conhecimento, como questão de justiça e como questão de gosto, ocorre nos tempos modernos uma diferenciação de esferas de valor: ciência, moral e arte (HABERMAS, 1992, pp. 109-110).

Anthony Giddens aponta que a modernidade “refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII, e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (GIDDENS, 1991, p. 11).

Assim, podemos visualizar o impacto que alguns marcos históricos exerceram sobre as comunidades contemporâneas, permitindo que ocorresse a ruptura de dogmatismos e desvinculação de alguns paradigmas da época, garantindo espaço

para o surgimento de alguns elementos que passaram a “integrar a modernidade”. Podemos apontar a autonomia, a democracia, a secularização e os direitos humanos como alguns dos principais.

A autonomia³ figura como seu elemento fundamental, pois foi a partir do seu exercício pleno que se pôde consolidar, verdadeiramente, alguns direitos defendidos e proclamados pela Revolução Francesa de 1789. Vincula-se aqui a ideia de autonomia com a de liberdade, defendida durante a Revolução, momento no qual houve luta contra os arbítrios da Igreja, formando-se um cenário propenso para o surgimento da liberdade religiosa.

Outro componente caracterizador da modernidade é a democracia, que é o viés político que melhor se coaduna com os ideais do mundo moderno. A participação do maior número de entes sociais envolvidos nas decisões é o reflexo da expressão individual e livre dos cidadãos. Assim sendo, “sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos” (BOBBIO, 2004, p. 6). Desta maneira, pode-se perceber que a concepção de democracia apresenta uma harmonia com os moldes do pluralismo, alinhando-se também à liberdade religiosa, na medida em que boas partes das sociedades democráticas modernas instauraram a separação entre a religião e o Estado (havendo variações conforme cada país e contexto histórico).

O advento da modernidade ampliou de modo gradual o número de países que adotaram regimes democráticos. Conseqüentemente, esse processo fez surgir o fenômeno da secularização⁴, reverberando diretamente na relação que durante muito tempo se estabelecera entre sociedade e religião, entretanto, faz-se necessário salientar que a secularização não pressupõe um mundo, ou cultura sem Deus. A secularização cederá margens para o respeito às opções religiosas, laicização dos Estados modernos e, de certo modo, balizou o exercício de direitos individuais.

Um dos aportes da modernidade são os direitos humanos, que com o passar do tempo assumiram papel de protagonismo nas democracias modernas, que se

3 “Em Kant, a autonomia é o caráter da vontade pura que só se determina em virtude de sua própria lei, que é a de conformar-se ao dever ditado pela razão prática e não por um interesse externo: ‘A autonomia da vontade é essa propriedade que tem a vontade de ser por si mesma sua lei (independentemente de toda propriedade dos objetos do querer)’” (JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo, 2006, p. 21).

4 “Na literatura sociológica, o termo ‘secularização’ é usado normalmente para caracterizar o processo de transição das sociedades patriarcais, rurais e ‘fechadas’, para a sociedade industrializada, urbana e profana, onde assistimos a uma redução constante do peso social da religião organizada, que está perdendo, cada vez mais, a função de controle social” (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1998, p. 673).

arvoram sob a égide dos Estados de Direito, nos quais a proteção e o respeito aos dos direitos humanos são fatos de extrema relevância. Neste sentido, no que tange ao Estado Constitucional brasileiro, a proteção dos direitos humanos está calcada no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual possui fulcro no inciso III do artigo 1º da CRFB/88. Considerando a dignidade da pessoa humana como basilar/nuclear, dos mandamentos de todo sistema, José Afonso da Silva (2011), pontifica que:

Concebido como referência unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa constitucional humana obriga a 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 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, 2011, p. 13).

Debruçando-se sobre a temática dos direitos fundamentais, Manoel Jorge e Silva Neto (2013) em arguta preleção, discorre que:

A expressão ‘direitos’ fundamentais configura o direito material reputado fundamental pelo criador do Estado de 1988, como são, por exemplo, os direitos à vida, à propriedade, à intimidade, à privacidade, à imagem, à liberdade religiosa, à inviolabilidade do domicílio, entre tantos outros previstos no Texto Constitucional (SILVA NETO, 2013, p. 670, grifo nosso).

Neste ponto, evidencia-se a grande interferência dos movimentos histórico-políticos no decurso da humanidade, pois foi através deles que se intensificou o processo de autonomização dos sujeitos, que, por sua vez, foi uma forte determinante na conquista e aquisição de direitos e garantias, tanto individuais quanto coletivas, alterando-se sobremaneira a relação Estado-cidadão. Trata-se do direito à ação negativa do Estado (omissão estatal), limitando a sua ação e assegurando a liberdade dos indivíduos.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais representam a base da legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação

estatal, impondo-se-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, buscando realizar, em última instância, a felicidade humana (CUNHA JÚNIOR, 2014, pp. 444-445).

Com a modernidade “o homem se torna o centro, a medida do conhecimento em que tudo está estritamente ligado à razão. Daí a importância da compreensão da modernidade para, então, se compreender como foi descoberta a ideia de sujeito, de agente dominador” (CRUZ, 2011, p. 34). Observando esse aspecto, corporificando-se o ideário moderno, aliado ao modelo democrático, urge a necessidade de cada vez mais estabelecer meios que propiciem a consolidação de uma sociedade onde haja liberdade entre os sujeitos, expandido à efetividade da liberdade religiosa.

4 A LIBERDADE RELIGIOSA FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na antiguidade, havia a prevalência do monismo, que pode ser entendido como uma identificação entre poder político e religião. Essa corrente tem como seus aportes o pavor pelo desconhecido e o temor das consequências dos eventos da natureza. Hodiernamente, os textos constitucionais trazem em seu bojo, principalmente os dos Estados democráticos, a garantia da liberdade religiosa como um direito fundamental.

O marco histórico da positivação do princípio da liberdade religiosa foi a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, que enuncia em sua primeira emenda o seguinte:

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos (EUA, 2014).

Posteriormente, no ano de 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, é novamente garantido o direito à liberdade religiosa, que previa em seu décimo artigo que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei” (FRANÇA, 2014). Marcando indelevelmente o futuro e garantindo direitos memoráveis à humanidade.

No que concerne à relação entre Estado-religião no contexto brasileiro, observam-se duas fases: a fase confessional e a fase laica. Durante o período imperial (1822-1889) viveu o exercício confessional, no qual existia a fusão entre Igreja e Estado. O artigo 5º da Constituição de 1824 dá noção precisa dessa realidade: “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras serão permitidas com o seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo” (BRASIL, 2014a). No Período Imperial não havia liberdade de culto. Somente a Igreja oficial podia desfrutar de plena liberdade de culto; os demais deveriam ter apenas o culto doméstico. Um dos caracteres que deram força à relação entre Estado e Igreja foi a prática do padroado, que seria uma troca de favores e benesses.

Num momento posterior, com a ruptura político-institucional ocorrida a partir da Proclamação da República (15 de novembro de 1889), a Constituição de 1891 alterou bruscamente a compreensão sobre a matéria da liberdade religiosa, tendo com suporte o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, redigido por Ruy Barbosa, que proibiu a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagrando a plena liberdade de cultos e também colocando fim ao padroado. Segundo preceitua José Afonso da Silva:

A Constituição de 1891 consolidou essa separação e os princípios básicos da liberdade religiosa (arts. 11, §2º; 72, §§ 3º a 7º e 29). Assim, o Estado brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas. O Decreto nº 119-A/1890 reconheceu a personalidade jurídica a todas as igrejas e confissões religiosas (SILVA *apud* SORIANO, 2002. p. 73).

Dessa maneira a Constituição Republicana, que nada mais é do que uma expressão legislada do liberalismo, demonstra uma evidente separação, de modo que a Igreja Católica perde a sua hegemonia. Explicitando-se através do artigo 72, parágrafo 7º: “Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados” (BRASIL, 2014b).

A Constituição de 1934 segue a linha separatista iniciada pelo Texto republicano, cuja vedação para relacionamento entre Igreja e Estado se encontra firmado no art. 17, II e III, ao passo que restou consagrada a liberdade religiosa como direito individual, no art. 113, itens 4, 5, 6 e 7, quadro inalterado pela Constituição de 1937 (SILVA NETO, 2013, p. 716).

O Texto Constitucional de 1946, inserido num contexto democrático, proporcionou alguns avanços pertinentes à temática da liberdade religiosa como o direito a prestação religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva, tais como hospitais de custódia, presídios e sanatórios.

Já as Constituições de 1967 e 1969 trazem apenas uma inovação – mais especificamente relacionada à última –, que se refere à inclusão do credo religioso como gênero, barrando-se com isso possíveis desequilibrados calcadas na opção religiosa.

A Constituição Federal de 1988, que ainda permanece em vigor e serve de sustentáculo para o ordenamento jurídico brasileiro, é fruto de um contexto democrático que se harmoniza com os ideais de proteção aos direitos humanos, tornando-os base para a criação de normas fundamentais. Este anseio democrático irá se consolidar no inciso III do artigo 1º da CRFB/88, o qual traz que a dignidade da pessoa humana bem como o pluralismo político são plasmados como fundamentos do Estado brasileiro.

Desde suas considerações preambulares o Texto Constitucional de 1988 se compromete a garantir os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

Fácil é concluir acerca da associação existente entre dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa, certo que aquele postulado inspira o sistema do direito positivo de maneira geral a adotar soluções que aclamem o direito à vida, à incolumidade física (banindo a tortura), à intimidade, à vida privada, à imagem e, por fim, à liberdade, compreendida em sua multifária acepção, notadamente a de textura religiosa (SILVA NETO, 2013, p. 717).

O inciso VI do artigo 5º estipula ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias, nos seguintes termos: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias” (BRASIL, 2011c).

Segundo Manoel Jorge e Silva Neto (2008), a concepção geral aceita que “em termos de direito individual a liberdade religiosa está presa à prerrogativa conferida à pessoa de acreditar na existência de uma divindade e professar a fé respectiva”

(SILVA NETO, 2008, p. 28). Todavia, continua o mesmo autor, o direito individual à liberdade religiosa é tripartite, compreendendo a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

Por sua vez, o inciso VII do mesmo artigo 5º salienta que: “É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva” (BRASIL, 2011c). Ainda o mesmo artigo 5º traz, em seu inciso VIII, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 2011c).

No que tange à laicidade estatal, a mesma evidencia-se no texto do inciso I do artigo 19, que veda aos Estados, aos Municípios, à União e ao Distrito Federal o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. Faz-se necessário pontificar que: a laicidade não pressupõe separação total da religião nos assuntos estatais, o Estado pode efetivar alianças ou manter relações com cultos religiosos ou igrejas, desde que tais alianças ou relações possuam interesse público, beneficiando a coletividade estatal.

5 CONCLUSÃO

Deste modo, é possível observar que a liberdade religiosa sempre desempenhou um papel relevante na história dos direitos fundamentais, influenciando a vida das pessoas e por consequência a vida em sociedade. Na verdade, a luta pela liberdade religiosa foi um ponto decisivo na história da limitação do poder e na criação de um rol de direitos oponíveis ao Estado.

A modernidade, suporte de uma sociedade emancipadora do homem, possui como norte os direitos humanos, a secularização, a democracia e a autonomia do homem. Por autonomia, entende-se a ideia de um homem como mestre do seu destino e de suas escolhas. Projeta-se também, talvez até por consequência, a imagem de um homem secularizado. Já a ideia de secularização pressupõe o princípio da liberdade religiosa, fator determinante da entrada da modernidade. Ressaltando-se sempre que secularização não se confunde com ateísmo, pelo contrário, secularização pressupõe respeito a todos os credos religiosos, inclusive o fato de não possuir, o indivíduo, nenhum credo.

Estruturalmente, pode-se dizer que a liberdade religiosa é um corolário da liberdade de consciência, espaço jurídico-social que respeita qualquer opção que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo sua rejeição, o que se harmoniza com a dignidade humana do sujeito.

Conclui-se, assim, que o princípio da liberdade religiosa é um importante pilar do Estado Democrático de Direito, que no âmbito brasileiro se prontificou a tutelar a consciência religiosa, o desejo de ter ou não ter uma crença, salvaguardando aqueles indivíduos que praticam uma religião minoritária, bem como aqueles que são fiéis aos mandamentos de credos religiosos majoritários e inclusive aqueles que não possuem uma religião, sejam ateus ou agnósticos.

Focalizando a questão no âmbito da sociedade brasileira, pôde-se perceber uma enorme importância atribuída à temática, justamente, por ser o Brasil um país com forte religiosidade popular que, porém, foi obrigado a conviver durante vários anos com a centralização de uma religião por parte do Estado. Nestes termos, o Estado brasileiro, seja por intermédio do Poder Executivo, como também dos poderes Legislativo e Judiciário, tem tratado a questão com a importância que merece, não obstante não ser a interseção dos campos da religião e do Direito um assunto de fácil discussão e tratamento. Apreciar as relações e a problemática existente entre religião e Direito requer diálogo ponderado, maduro e democrático, buscando os intérpretes constitucionais estarem sempre alinhados às demandas da sociedade, para que os direitos fundamentais sejam efetivados e provoquem eficácia social.

A democracia é o governo da maioria, mas deve deferência às minorias, para evitar que se transforme numa ditadura da massa. Faz-se imperioso que haja a prevalência do respeito entre as religiões, entre as pessoas e por parte do Estado laico, que fica como satélite do sistema. E, havendo violações ou desrespeito, caberá ao Judiciário, em particular ao Supremo Tribunal Federal, a cátedra de guarda, ou seja, proteger os direitos e garantias que estão no cerne imodificável da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALVES, Rubem. **Estórias para quem gosta de ensinar: o fim dos vestibulares**. São Paulo: Ars Poética, 1995.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARTHOLO, Roberto. “Bebendo na Raiz”. Prefácio. In: OLIVEIRA, Marília Flores Seixas de; OLIVEIRA, Orlando José Ribeiro de. **Na trilha do caboclo: cultura, saúde e natureza**. 1ª ed. Vitória da Conquista: Edições – UESB, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto Bobbio. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014a.

BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 5 fev. 2014b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Constituição Federal]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/>. Acesso em: 26 fev. 2014c.

BRASIL. **Decreto nº 119-A**, de 7 de janeiro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em 20 dez. 2013d.

CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMINHA, Pero Vaz. **A Carta**. Dominus: São Paulo, 1963. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000292.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

CRUZ, Daniel Nery da. A discussão filosófica da Modernidade e da Pós-modernidade. **Revista Metávoia**. São João Del-Rei-MG. Nº 13, 2011, Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal2repositorio/File/revistalable/3_DANIEL_NERY_DA_CRUZ.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2014.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. São Paulo: UNESP, 2005.

FRANÇA. Declaração (1789) **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

- HABERMAS, J. Modernidade: um projeto inacabado. In: ARANTES, O; ARANTES, P. **Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas**. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2006.
- KATAN, David. **Translating cultures**. An Introduction for Translators, Interpreters and Mediators. Manchester: St. Jerome Publishing, 2004.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução: Antônio José Massano e Manuel Palmeirim. Lisboa: Dom Quizote, 1978.
- SCHADEN, Egon. **A origem e a posse do fogo na mitologia Guarani**. In: Leituras de etnologia brasileira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.
- SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista do IAB**, São Paulo, ano 34, nº 93, 3º trimestre de 2000. Disponível em: <http://mx.geocities.com/profpito/estado.html>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**: atualizado até a EC nº 67, de 22 de dezembro de 2010 e súmula vinculante nº 31, de 17/02/2010. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- WEIL, Simone. **O enraizamento**. Tradução de Maria Leonor Loureiro. Bauru: EdUSC, 2001.

DEFICIÊNCIAS NO DEBATE ACERCA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: CONTRIBUINDO PARA UMA DISCUSSÃO VOLTADA AOS FINS DA REALIZAÇÃO SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO

DEFICIENCIES IN THE DEBATE ABOUT THE EFFICACY OF CONSTITUTIONAL NORMS: TO A DISCUSSION AIMED AT ACHIEVING THE SOCIAL PURPOSES OF THE CONSTITUTION

*Pedro de Souza Fialho*¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO: O TEMA, A PROPOSTA E O PLANO DE TRABALHO. 2 CRITÉRIOS VALORATIVOS DAS NORMAS JURÍDICAS: TRAÇANDO DISTINÇÕES E FIRMANDO CONCEITOS. 3 EFICÁCIA: DIMENSÕES JURÍDICA, SOCIAL, VALORATIVA E SUCESSO NORMATIVO. 3.1 TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA. 4 CRÍTICA ÀS CONCEPÇÕES EXPOSTAS: INADEQUAÇÕES E (AB)USOS NAS CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS. 4.1 A GRADAÇÃO EFICACIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: FAZ SENTIDO FALAR EM NORMAS CONSTITUCIONAIS MAIS/MENOS APLICÁVEIS QUE OUTRAS? 4.2 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO DAS DIMENSÕES DA EFICÁCIA: DE COMO O ENGANO CONCEITUAL BLOQUEIA O DESENVOLVIMENTO DA CONSTITUIÇÃO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O artigo enfoca o tema da classificação das normas constitucionais segundo a eficácia, propondo mudança no viés da discussão, há tempos restrita ao campo aplicabilidade/eficácia técnica. Atenta à necessidade de pensar a normatividade constitucional sob o enfoque de transformação da realidade e

¹ Defensor Público do Estado da Bahia.

necessidade de superar o paradigma de escalonamento das normas constitucionais para ampliar a discussão na ótica da efetividade/eficácia social da norma. Busca chamar atenção à necessidade de discutir o tema da eficácia das normas constitucionais sob o prisma da realização do direito e não apenas da possibilidade técnica de aplicação da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Normas constitucionais. Eficácia. Efetividade. Aplicabilidade. Realização social da Constituição.

ABSTRACT: *The article focuses on the issue of classification of constitutional norms according to effectiveness, proposing change in bias of discussion long restricted to applicability / technical effectiveness field. Aware of the need to think constitutional normativity under the approach of transforming reality and the need to overcome scheduling paradigm of constitutional rules to broaden the discussion from the viewpoint of the effectiveness / social efficiency of the norm. Search draw attention to the need to discuss the issue of the effectiveness of constitutional norms in the light of the realization of the right and not just the technical possibility of applying the rule.*

KEY WORDS: *Constitutional norms. Efficacy. Effectiveness. Applicability. Social realization of constitution.*

1 INTRODUÇÃO: O TEMA, A PROPOSTA E O PLANO DE TRABALHO

Na transição do Estado Liberal burguês, de caráter marcadamente absenteísta, onde as conquistas da cidadania ante o Estado assentavam-se numa postura passiva deste, para o Estado de viés Social os textos constitucionais assumem caráter de acentuada programaticidade, impondo deveres e ações à estrutura estatal, a qual passa a caber não mais a manutenção das estruturas sociais conformadoras do *status quo*, mas sua transformação. Nesse contexto dissolvem-se a juridicidade e a normatividade constitucional conquistadas pelos teóricos do Estado Liberal e da doutrina do positivismo jurídico².

As novas tarefas indicadas pelo Poder Constituinte estreitam relações entre instituições do Estado e realidade, obrigando-o a uma conformação do tecido social pautada em parâmetros prospectivos, trazendo à pauta da ação estatal a necessidade de atuação no alcance do equilíbrio das relações humanas de dominação e exercício do poder.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 232.

Passado o momento de esvaziamento da juridicidade constitucional ante as novas tarefas do Estado, a evolução do constitucionalismo ocidental finca base na ideia de que toda e qualquer norma presente na Constituição, mesmo as que possuam caráter prospectivo ou programático, é norma jurídica dotada de força imperativa, não se prestando a assumir o papel de mero aconselhamento ou plano optativo de ação. O direito constitucional se assenta na noção de força normativa de que fala Konrad Hesse³.

Dessa forma, não há (não deve haver) discricionariedade quanto a seguir e, por fim, aplicar a norma constitucional. Atualmente, o “pensar a Constituição” parte da premissa de que o direito se faz para realizar, para se ver efetivo na sociedade em que surge, a qual lhe cabe regular e servir. Isso é tanto mais importante quanto se fale em direito constitucional, onde se discutirá o máximo e o mínimo das possibilidades de atuação dos poderes instituídos e da sociedade como um todo, visando o alcance das premissas básicas da vivência digna dentro do Estado.

Nesse plano teórico, a noção de juridicidade do constitucionalismo liberal burguês, assentada em premissas de mera abstenção do Estado quanto a atos de ingerência na vida do povo, é repensada e reformulada no sentido de discutir os limites e possibilidades do ente estatal enquanto órgão ativo, ao qual se indicam pautas de ação na busca por assegurar e garantir determinados valores constitucionalmente eleitos.

Como decorrência dessa mudança no paradigma das constituições e da teoria constitucional surge a temática-base desse trabalho: a discussão acerca da eficácia da norma constitucional. O presente estudo visa lançar uma nova visão sobre o (velho) tema, ampla, e mesmo excessivamente, debatido na doutrina brasileira do Direito Constitucional⁴.

3 Hesse trabalha a ideia de força normativa como capacidade da Constituição para operar mudanças na realidade, em rechaço à visão sociológica que a analisava como mero reflexo da estruturação dos fatores reais do poder de determinado contexto histórico. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Canotilho bem coloca a questão ao afirmar que com a força normativa da Constituição afasta-se a tese generalizadamente aceita (sic) nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribua à constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direcção (sic) política”, um caráter programático despido de força judicial atual caracterizadora das verdadeiras leis. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1150.

4 A advertência é de Bercovici, para quem a Teoria da constituição no Brasil ainda está presa a visões tradicionais e insuficientes [...], talvez excessivamente preocupada com as questões da efetividade das normas pela interpretação constitucional e pelo controle de constitucionalidade, não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional [...] BERCOVICI, Gilberto. Teoria do estado e teoria da constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas. In NUNES, Antônio José Avelãs & COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 264.

Não se pretende traçar um delineamento aprofundado e expositivo sobre a classificação dessas normas quanto à eficácia, acerca do que não são poucas as obras, mesmo específicas, na literatura jurídica nacional. Também não há pretensão de investigar as temáticas das normas programáticas, dos direitos fundamentais sociais ou dos instrumentos judiciais manejáveis para sua realização em específico. A proposta é de analisar os conceitos afins à eficácia, observando se sua discussão ignora a distinção básica entre as dimensões técnica/jurídica e social da eficácia, potencializando um discurso que bloqueia as capacidades da Constituição.

Como plano de trabalho inicia-se distinguindo e conceituando os critérios valorativos sob os quais as normas jurídicas podem ser observadas: existência, validade, eficácia e vigência; após, analisa-se em específico a eficácia, investigando suas dimensões social e jurídica, trabalhando ainda com as ideias de sucesso e dimensão valorativa. Sem qualquer pretensão de extenso aprofundamento, o que escaparia aos propósitos e mesmo contraditaria a visão crítica aqui desenhada, delinea-se a mais utilizada classificação das normas constitucionais quanto à eficácia (no plano jurídico), observando se este entendimento doutrinário contribui para as distorções analisadas. Delineados os parâmetros do estudo, passa-se à crítica às deficiências conceituais em que se fundamenta uma forma ilegítima e improdutiva de pensar as normas constitucionais.

Dessa forma, pretende-se alcançar o objetivo de lançar uma visão renovada, contribuindo para a compreensão de que há novas considerações as quais há necessidade de trabalhar o (velho) tema, tudo na busca pela efetiva e real realização da Constituição.

2 CRITÉRIOS VALORATIVOS DAS NORMAS JURÍDICAS: TRAÇANDO DISTINÇÕES E FIRMANDO CONCEITOS

Antes de proceder à análise específica da eficácia é valioso discutir alguns dos critérios valorativos das normas jurídicas, com vistas a estabelecer diferenciações e firmar conceitos, buscando-se evitar equívocos e sobreposições na abordagem proposta. Em sua Teoria da Norma Jurídica, Bobbio entende esta discussão como fundamental para estabelecer uma teoria da norma em bases sólidas; opta por analisar três critérios: justiça, validade e eficácia⁵.

Primeiro dos critérios a que se deve fazer menção é o da existência, por dois motivos: um, é o parâmetro mais comumente sobreposto ou confundido a outros,

5 BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Ediuoro, 2003, p. 45.

não raro se o observa como sinônimo ou gênero do qual validade e vigência seriam espécies; dois, trata-se de verdadeira condição de possibilidade para a observação da norma, afinal só há norma (in)válida, (não) vigente ou (in)eficaz caso seja existente.

Existência, portanto, se caracteriza quando há suporte fático mínimo, sem o qual não se pode cogitar da incidência da norma sobre determinada situação fática, ou atuação sua de qualquer espécie no plano jurídico⁶. O caminho pelo qual determinado ato ingressa no mundo jurídico foi percorrido em aparente regularidade, havendo elementos mínimos para sua consideração por parte do direito. Bandeira de Melo é enfático ao afirmar que *a existência de uma norma, sua pertinência a um sistema jurídico, nada predica quanto à sua validade ou invalidade*⁷.

Validade é critério relacional entre normas⁸, em que se observa correção no aspecto formal - norma produzida em conformidade com as disposições de competência e procedimento legislativo -, e material - norma que não afronta o conteúdo material de outras disposições legais hierarquicamente superiores. Denota a juridicidade da norma jurídica, com análise da adequação à forma, competência, licitude e possibilidade do objeto.

A atual sistemática do controle de constitucionalidade no Brasil bem se presta a confirmar que existência e validade são critérios distintos. É que, com base no art. 27 da Lei nº 9.868⁹, o Supremo Tribunal Federal, quando da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pode, mediante determinado *quorum* e requisitos especiais, fixar o momento em que sua decisão passará a gerar efeitos, técnica a que a doutrina tem emprestado o nome de *modulação temporal de efeitos*. Dessa forma, é possível que determinado ato declarado inconstitucional,

6 MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 96-97.

7 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Leis originalmente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abr./maio/jun., 2006, Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 maio 2006. Não parece acertada a concepção sustentada por Bobbio, de que o problema da validade é um problema da existência da regra enquanto tal [...] isto é trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não. BOBBIO, op. cit., p. 46.

8 No que respeita as normas constitucionais - dispositivos inscritos no corpo duma Constituição escrita -, uma ressalva há de ser feita: elas não se enquadram bem no plano da validade, pois são o marco inicial do ordenamento jurídico, figurando no ápice da estrutura normativa do Estado, não há outras normas acima delas com as quais possam estabelecer uma relação de correção (formal ou material). Assim, é de se falar em legitimidade e não validade, a Constituição não se valida em outra norma, ela se legitima na expressão inicial do poder popular, através do poder constituinte.

9 Diz o dispositivo: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado. Para uma análise crítica do tema, ver, STANZIOLA VIEIRA, Renato. Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 174-187.

inválido, pois em descompasso com a Constituição, exista no ordenamento, inclusive vigorando¹⁰ até determinado marco temporal, a partir do qual será expulso da ordem jurídica, deixando de existir.

O ato normativo declarado inconstitucional é inválido a qualquer momento. Os motivos determinantes de sua invalidade não necessariamente mudam com o correr do tempo, porém, por motivos excepcionais, decide-se por sua existência e manutenção da força imperativa, até determinada data, quando então deixará de existir no ordenamento. O ato é existente e o deixará de ser por decorrência lógica do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, o que, contudo, não autoriza a sobreposição das noções. Inexistente fosse não se trataria de expulsá-lo do ordenamento, fosse por via de controle de constitucionalidade ou por análise de sua ilegalidade. Considerar-se-ia que tal norma integrou o ordenamento jurídico de maneira absolutamente anômala e, no mínimo, haveria de se negar a possibilidade de que fosse dotado de qualquer parcela de vigor.

Tércio Sampaio trabalha validade como uma relação de imunização entre normas. Indica dois modos de atuação: condicional (validade condicional), pautado em técnica retrospectiva, e finalístico (validade finalística), com técnica prospectiva. No modo condicional, a imunização neutraliza diretamente a norma, numa observação de conformidade que dispensa análise quanto ao alcance das finalidades pretendidas pela mesma. A seu turno, o modo finalístico assume a necessidade de uma observação empírica da norma, analisando o alcance de certas finalidades suas¹¹.

A descrição da validade finalística de Tércio Sampaio é valiosa e pouco lembrada na discussão das normas jurídicas e de sua eficácia. Ao que parece, dando caráter prospectivo à análise da validade, assumindo como necessária para seu reconhecimento a confirmação de certas finalidades e resultados empíricos do comando legal, há aproximação das noções de validade e eficácia no plano social (efetividade, de que se tratará adiante), do direito posto com a sua atuação na realidade circundante. Reforçam-se noções e tendências atuais no modo de pensar o direito como uma disciplina que se presta a operar concretos efeitos na realidade, levando, inclusive, a se considerar que objetivos e critérios prospectivos veiculados

10 Tércio Sampaio trabalha com a noção de vigor como força imperativa de que é dotada a norma, a qual é autônoma, pois pode subsistir mesmo quando inválida ou não vigente. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001, p. 198.

11 Idem, *ibid.*, pp. 181 e 182.

em determinada norma, como de regra ocorre com as assim chamadas normas programáticas, são critérios a serem observados para definir a própria noção de juridicidade.

Ainda, não se confundem validade e vigência. Vigência tão somente demarca o marco inicial da norma, momento em que esta passará a incidir sobre os fatos que se dispõe a regular. É vigente a norma tida como válida, admitindo-se como exigíveis os comportamentos por ela prescritos¹². Afirmar dada norma como vigente nada afirma ou infirma acerca de sua validade. Os critérios são distintos, somente é possível presumir sua validade, pois há expectativa de que os órgãos legiferantes atuaram em conformidade aos limites e parâmetros indicados pelo ordenamento, tanto que é reconhecido no Brasil o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos normativos em geral.

Para Streck, a confusão entre esses conceitos é fruto de uma visão inautêntica do direito, calcada no chamado “senso comum teórico dos juristas”, que encerra os operadores/intérpretes do direito em *habitus* de sentido, onde há reprodução de práticas e resultados inadequados aos fins duma realização racional e justa do direito. Parte-se da concepção de direito posto e de pronto juridicamente escoreito¹³. Ao confundir o termo inicial da norma dentro do ordenamento, quando então ela passa a poder operar seus efeitos, com a correlação norma-norma superior, seja no plano da análise condicional ou finalística, material ou formal, o manejo da disciplina legal é feito de modo acrítico e assistemático, ofendendo a unidade do ordenamento e o papel superior da Constituição.

Por fim, validade e vigência não se confundem com eficácia, porém, em função dos objetivos específicos do estudo, a eficácia será analisada em tópico próprio, no qual essa distinção restará melhor esclarecida.

3 EFICÁCIA: DIMENSÕES JURÍDICA, SOCIAL, VALORATIVA E SUCESSO NORMATIVO

Segundo o dicionário Houaiss¹⁴, eficácia se liga à ideia de *real produção de efeitos* ou, ainda, *virtude ou poder de (uma causa) produzir efeitos*. Assim, observar a eficácia das normas é coisa mesma que analisar o caminho percorrido por ela para produção de resultados quando de sua incidência no mundo fenomênico e de sua inscrição em determinado ordenamento jurídico.

12 Idem, *ibid.*, p. 194.

13 STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 218-220 e 230-234.

14 Disponível em: www.uol.com.br/educacao

Eficácia, portanto, é qualidade da norma referente à possibilidade de produção concreta de efeitos, por identificáveis condições fáticas exigíveis para sua observância, seja ela espontânea ou imposta, quando então se caracteriza a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque presentes condições técnico-normativas necessárias para sua aplicação (aplicabilidade ou eficácia técnica)¹⁵. Dessa forma, a eficácia pode ser observada sob duas dimensões, a social e a jurídica (ou técnica), havendo quem trabalhe com uma terceira dimensão, a valorativa.

A dimensão jurídica ou técnica da eficácia pode ser analisada em dois enfoques, um positivo e um negativo. O negativo ou de vinculação caracteriza-se pelo papel que a norma assume no ordenamento jurídico como um todo, quando passa a se coordenar com as demais, agindo como critério de validade e limite de normas já vigentes, além de se tornar vinculante quanto à ação das funções de Poder no Estado, de modo que invalida a criação de normas e prática de comportamentos contrários a seu conteúdo¹⁶.

No enfoque positivo a dimensão jurídica diz respeito à possibilidade da norma ser aplicada, designa potencial, expectativa de ação, capacidade técnica para produção de resultados jurídicos, configura-se quando a norma está dotada da infraestrutura técnica necessária para regular as situações e comportamentos sobre os quais pretendeu incidir. É a eficácia jurídica ou técnica, que se remete ao que José Afonso da Silva chama de aplicabilidade, sentido da eficácia que diz respeito à exigibilidade ou executoriedade da norma, possibilidade de sua aplicação jurídica¹⁷.

Aplicabilidade é aspecto preliminar da norma, condição de possibilidade para sua aplicação. Apenas quando possuidora de plena aplicabilidade uma norma está apta para produzir resultados e alcançar de modo pleno sua(s) finalidade(s), daí que a efetiva produção de efeitos, em virtude da incidência da norma sobre os fatos que pretende regular, relaciona-se com a dimensão social da eficácia.

Dimensão social diz, com os resultados atingidos pela norma no mundo dos fatos, é a exteriorização do comando para fora de seu âmbito meramente jurídico, só observável quando caracterizada em plenitude a sua aplicabilidade. É no contexto desta dimensão que se pode falar em efetividade¹⁸, termo que designa o

15 FERRAZ JR, op., cit., p. 199.

16 MOESSA DE SOUZA, Luciane. *Normas constitucionais não regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 26-27.

17 DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

18 Para Barroso, a efetividade é uma perspectiva voltada para a eficácia social do Direito, sendo a que melhor se enquadra no espírito do Estado Social pretendido pelo constituinte. Tal perspectiva conduz a quatro pressupostos fundamentais: [1] a constituição, como

desempenho efetivo da função social do Direito, com a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, estreitando-se o dever-ser normativo com o ser da realidade social¹⁹.

Marcelo Neves prefere reservar a expressão efetividade para analisar a qualidade dos resultados atingidos pela norma, fala em efetividade como *realização da finalidade da lei*²⁰. Assim, remete ao quanto estes efeitos produzidos - resultado da real aplicação da norma na realidade -, para os quais são imprescindíveis aplicabilidade e efetividade, atingiram ou não a finalidade a que se propunham.

Esta visão qualitativa acerca dos resultados, desdobramento da efetividade de uma norma, remete à ideia de sucesso. O fato de a norma poder ser aplicada (aplicabilidade) e vir a ser aplicada (efetividade) não garante, ainda que sejam indispensáveis, o alcance de suas finalidades e conquista dos resultados pretendidos. Não lhe asseguram, portanto, o sucesso. Bem se sabe de normas criadas com o condão de, por exemplo, diminuir a criminalidade, as quais, mesmo aptas e efetivamente aplicadas, em nada alcançam o resultado a que se propunham.

Neste estudo se entende por aplicabilidade (eficácia jurídica) a capacidade técnica (aptidão) que garante à norma possibilidade de ser efetivamente aplicada; efetividade (eficácia social) remete à real aplicação da norma na realidade, com a observação dos efeitos produzidos; e sucesso, com o alcance dos objetivos pretendidos pela norma quando de sua efetiva aplicação. Como se vê, aplicabilidade e efetividade são critérios interdependentes. Esta pressupõe certa medida daquela, pois produção efetiva de resultados da norma só é possível quando de sua aptidão formal para incidir e reger situações da vida. Distinto é seu sucesso, o qual não se presume da constatação de resultados, sendo necessário que estes convirjam para as pretensões existentes quanto à atuação da norma.

Bilhalva fala em dimensão valorativa, a qual se refere também por legitimidade. Reconhecendo a dimensão social e a jurídica, entende por dimensão valorativa *a conformação do conteúdo da norma com os princípios de justiça e com aqueles que*

instrumento normativo da realidade social, deve limitar-se na razoabilidade, sem abdicar de sua vocação transformadora; [2] não há norma constitucional sem eficácia jurídica, todas são dotadas de imperatividade e seu descumprimento implica em aplicação coativa; [3] as normas constitucionais devem sistematizar-se de modo a facilitar a identificação da posição jurídica em que está o jurisdicionado; [4] estas posições devem ser resguardadas por instrumentos efetivadores. BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

19 Idem, *ibid.*, p. 85.

20 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 48-49. O autor exemplifica afirmando que será efetiva (obteve sucesso) uma norma que, pretendendo combater a inflação, alcance esse desiderato por conta de sua eficácia (nos termos por que se opta no estudo, efetividade); porém, se há a regular concretização da norma no meio social sem que haja a diminuição dos índices inflacionários a norma é eficaz sem possuir efetividade (nos termos do estudo, é efetiva sem obter sucesso).

*orientam a sua aplicação no sistema normativo em que se insere*²¹. Assim, entende ser cabível mensurar da eficácia das normas no que respeita a seu (des)encontro com valores ligados a ideais de justiça e legitimidade de dado tempo, local e ordenamento jurídico.

As dimensões jurídica e social dizem respeito aos momentos anterior e posterior dos efeitos gerados pela norma. Anteriormente, cogita-se de sua aptidão (aplicabilidade), para posteriormente cogitar-se dos resultados (efetividade). As ideias de justiça/legitimidade e sucesso estabelecem relação entre os resultados obtidos com a efetividade da norma, suas pretensões e os valores indicativos da noção do justo. Não afetos à norma em si mesma, são uma (des)qualificação de seus efeitos.

As considerações valorativas e referentes ao sucesso são externas à eficácia, sendo aferições acerca da (in)congruência entre o resultado da efetividade normativa e os valores do contexto em que a norma incidiu. Mensurar de eficácia valorativa ou sucesso é adjetivar os resultados alcançados. Uma norma não é necessariamente (in)justa ou bem/malsucedida na medida em que é eficaz, ou vice-versa, as noções são distintas. Analisar a (in)justeza/(in)sucesso dos resultados observados quando da aplicação das normas jurídicas é tarefa para um plano analítico autônomo²². Parece mais adequado que se pense a eficácia apenas nas dimensões social e jurídica, garantindo-se autonomia à análise da justiça/legitimidade e do sucesso.

Delineados os parâmetros de análise das normas, necessário discutir especificamente a eficácia no âmbito das normas constitucionais, indicando a classificação destas quanto ao grau de eficácia que possuem.

3.1 TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA

Escapa aos propósitos do estudo aprofundar a análise das diversas tipologias existentes no tema, às vistas de que se fará breve exposição da classificação proposta por José Afonso da Silva, a qual recebe majoritária²³ acolhida na doutrina.

21 BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 20-21.

22 Tanto assim que para Bobbio a justiça/legitimidade é critério valorativo, ao lado da eficácia e validade. BOBBIO, op. cit., em especial capítulo II, pp. 45-68.

23 Dentre os que a entendem como a mais útil das classificações existentes: CUNHA JR. Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 99-100; PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71; BILHALVA, op. cit., p. 67. Sarlet prefere a classificação bipartite de Meirelles Teixeira. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 264. Para uma visão geral sobre o tema, com análise das propostas classificatórias tanto da doutrina estrangeira quanto da nacional, ver, dentre outros, CUNHA JR., op. cit. pp. 79-100 e MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2008, pp. 249-302.

O autor propõe classificação tripartite, tomando por base distintos graus de sua aplicabilidade para determinar gradações em sua eficácia. Assim, fala em três tipos de norma: [1] eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; [2] eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata e não integral; e [3] eficácia limitada ou reduzida de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Sendo que esta última categoria subdivide-se ainda em: [3.1] normas constitucionais de princípio institutivo e [3.2] normas constitucionais de princípio programático.

Normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral. Em nada dependem ou restringem-se por produção legislativa futura. São *dotadas de todos os meios e elementos necessários a sua executoriedade*²⁴, pois já estão totalmente caracterizadas no que diz respeito a sua aplicabilidade, lhes é possível alcançar a efetividade sem maiores problemas de ordem técnico-jurídica. São, portanto, autoaplicáveis.

As de eficácia limitada não possuem total aptidão técnico-jurídica para a configuração de seus efeitos. Sua plena aplicabilidade está condicionada a esforço legislativo posterior. São normas às quais não se haveria concedido normatividade suficiente, restando dependentes de uma atuação futura por parte do Poder Constituído.

José Afonso da Silva subdivide esta categoria em duas outras, tomando por base a natureza da regulação pretendida. Fala em normas de princípio institutivo, nas quais se preveem *esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos e entidades*, nomeando-as de *normas de princípio orgânico ou organizativo*²⁵. Menciona uma segunda categoria, as de princípio programático, nas quais o constituinte indica diretrizes a serem cumpridas pelos distintos órgãos estatais, confeccionando programas de atividades que visam à realização dos fins do Estado em lugar de pretender regulação direta e imediata de interesses²⁶.

Fala ainda nas de eficácia contida, dotadas de aplicabilidade direta, mediata e não integral, sendo as que já possuem aptidão para regular situações em concreto, dispensando atuação legislativa ulterior para que possam alcançar certo grau de efetividade, porém podem ter seu campo de incidência e resultados mitigados em razão do exercício da competência discricionária do Poder Público, seja nos termos

24 DA SILVA, op. cit., p. 102.

25 Idem, *ibid.*, p. 123.

26 Idem, *ibid.*, p. 138.

estabelecidos por lei futura ou em função de conceitos gerais nela enunciados. Se de um lado sua aplicabilidade não se condiciona a normação posterior, pode por esta ser limitada²⁷.

Normas de eficácia contida guardam semelhança com as de eficácia plena, pois são de logo aplicáveis, se diferenciando, pois em momento posterior podem ser limitadas ou restringidas, o que não ocorre nas de eficácia plena, que de logo já possuem totalmente caracterizado seu âmbito de aplicabilidade. Tais quais normas de eficácia limitada, normas de eficácia contida admitem intervenção legislativa posterior incrementando seu âmbito de eficácia, porém apenas para restringir, ao passo que nas primeiras a atuação legislativa visa dar condições de aplicabilidade.

4 CRÍTICA ÀS CONCEPÇÕES EXPOSTAS: INADEQUAÇÕES E (AB)USOS NAS CONSTRUÇÕES DOCTRINÁRIAS

Traçados os delineamentos conceituais da eficácia, com a exposição de suas dimensões técnica/jurídica e social, além da explicitação quanto à mais reconhecida tipologia de normas constitucionais com base na gradação eficazial, importa analisar as possíveis deficiências nas considerações quanto ao tema, as quais importariam na construção de um discurso de bloqueio à realização da Constituição.

4.1 A GRADAÇÃO EFICACIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: FAZ SENTIDO FALAR EM NORMAS CONSTITUCIONAIS MAIS/MENOS APLICÁVEIS QUE OUTRAS?

Sérgio Moro entende que a tipologia proposta por José Afonso da Silva assenta-se no caráter semântico, posto que fundada exclusivamente no texto das normas constitucionais. Para o autor, esta abordagem oculta o verdadeiro problema da discussão: a relação entre as funções legislativa e judiciária do poder e os limites do controle a ser exercido pela última²⁸.

Parece inadequada a postura de que tão somente ao Legislativo caberia dar contornos necessários à plena aplicabilidade da norma, o que levaria o Judiciário a abdicar de sua responsabilidade no controle da (falta de) atividade legislativa, postura que legitima sua inatividade em questões onde poderia (deveria) intervir

27 Idem, *ibid.*, p. 116.

28 MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. In: *Revista CEJ*, nº 10, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2006.

para assegurar plena vigência à Constituição. Uma análise da tripartição (das funções) do Poder pautada mais na ideia de separação do que de harmonia é democraticamente deficitária e parte já de um engano conceitual.

Esta concepção ignora a unidade do Poder, manifestação indivisível da soberania popular que conforma a Constituição material de que fala Jorge Miranda, advinda de um poder originário, expressão da soberania do Estado. Correlato a ela haveria um poder constituinte formal, capaz de atribuir certas formas e tal força jurídica a determinadas normas, formando um sistema normativo com certa autonomia e uma ordem jurídica estruturada e hierarquizada. Quando toda esta conformação de forças é institucionalizada em um documento escrito onde se depositam suas normas seria cabível falar em Constituição instrumental²⁹.

Dá então duas observações podem ser feitas: primeira, não há tripartição do Poder, este não é decomposto em três Poderes distintos e autônomos. Há sim repartição de competências para o exercício de um mesmo poder, logo, mais adequado à referência a funções do Poder. Segunda, esse Poder, uno e indivisível, manifestação material a se formalizar em normas jurídicas que venham a ser institucionalizadas em um texto, dá espaço à identificação de uma Constituição escrita, a qual, a toda prova, se presta a regular toda a vida dentro do Estado.

Mais claramente, a Constituição não se apresenta como manifestação de alguns, nem se divide a ser observada por poucos. Ela é representação unitária de uma força única, vinculante a toda e qualquer pessoa ou agente público dentro do Estado por ela delineado³⁰. Logo, as previsões constitucionais não se prestam a serem observadas e obedecidas por uma ou outra função do Poder. Todas têm igual responsabilidade e importância no desenvolvimento tanto melhor quanto mais eficaz das pretensões constitucionalizadas.

A separação absoluta entre os Poderes é impossível frente à unidade do Poder político e indesejada para o melhor desenvolvimento dos poderes instituídos. Mais correto que haja coordenação entre funções, atuantes de modo harmônico

29 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, tomo II, constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 11 e 12.

30 Nesse sentido é a lição de Canotilho: [a] *Constituição é a norma das normas, a lei fundamental do Estado, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Daí resulta uma pretensão de validade e de observância como norma superior directamente (sic) vinculante em relação a todos os poderes públicos*. CANOTILHO, *Direito constitucional...* op. cit., p. 888. Em sentido similar leciona Jorge Miranda, ao tratar do poder constituinte, o qual: *é logicamente anterior e superior aos poderes ditos constituídos [...] [os quais] não podem ser exercidos senão no âmbito da Constituição e as decisões e as normas que resultam desse exercício não podem contrariar o sentido normativo da Constituição*. MIRANDA, op. cit., p. 107.

e com colaboração recíproca, objetivando a manutenção do equilíbrio político, a limitação do próprio Poder, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum³¹.

Dessa forma, quando omissa uma das funções do poder no desempenho de suas atribuições específicas para a realização da Constituição, a atuação de outra não é ofensa à tripartição, que há de ser necessariamente harmônica. Antes, é a própria reafirmação deste princípio diretivo do Estado moderno. Há mesmo quem afirme que o Estado do futuro pode aferir sua qualidade pelo grau de cooperação entre os órgãos estatais³².

A assunção da classificação aqui discutida como uma verdade absoluta é credora de um modo de pensar o direito que ignora as especificidades da realidade circundante, operando compreensões desajustadas aos propósitos e possibilidades transformadoras da Constituição, além de ser voltada à mera revelação dos sentidos linguísticos presentes no texto constitucional³³.

Ademais, insistir em classificar normas quanto à eficácia termina por formular normas mais ou menos eficazes, com a construção de categorias hierárquicas dentro da própria Constituição, onde coexistiriam, ao preterir dos princípios constitucionais da unidade e da máxima eficácia, normas completas e aptas e normas a serem completadas³⁴. Condicionar a aplicação de determinado dispositivo constitucional à atuação do legislador infraconstitucional é pôr de ponta-cabeça o ordenamento, solapando o aspecto soberano da Constituição, que passa a ser interpretada em função das inovações legais das quais é a base, e não o contrário.

Essas teses classificatórias, sob pena de se tornarem instrumentos ideológicos de restrição aos direitos constitucionalmente tutelados e manutenção do *status quo*, devem ser observadas com extremo cuidado e atenção. Parece mais correto tê-las como indicativo para a descrição da natureza destas normas e configuração das omissões do Poder Público no que respeita a sua obrigação de inovar a ordem jurídica e não como um entrave à atividade integradora que confirmem os propósitos de efetividade da Constituição.

31 CUNHA JR, op. cit., p. 327.

32 PEÑA DE MORAES, Guilherme. *Readequação constitucional do estado moderno: transformações do conceito de estado no direito constitucional no limiar do século XXI*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 79. Discutindo o tema, Peixinho indica que historicamente a origem da tripartição dos poderes não se assenta num modelo binário pelo qual cada Poder tem um escopo fechado e incomunicável. PEIXINHO, Manoel Messias. *O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política, os direitos fundamentais*. Disponível em <<http://d.scrib.com/docs/2ce5jmj0kvs8f09umco.pdf>>. Acesso em 4 set. 2008.

33 STRECK, op. cit., p. 230-231.

34 TORRENS, Haradja Leite. *Da hermenêutica clássica para a hermenêutica constitucional: o papel de uma hermenêutica principiológica*. Disponível em <www.ihj.org.br>. Acesso em: 29 abr. 2006.

4.2 A NECESSÁRIA DISTINÇÃO DAS DIMENSÕES DA EFICÁCIA: DE COMO O ENGANO CONCEITUAL BLOQUEIA O DESENVOLVIMENTO DA CONSTITUIÇÃO

Ter que as normas constitucionais, a despeito dos dispositivos em que estão estruturadas, da posição que ocupem no corpo da Constituição e do objeto pretendido em sua regulação, possuam aptidão técnica de aplicação é coisa distinta de se afirmar que os efeitos por si pretendidos serão produzidos. Capacidade de aplicação da norma e efetivo alcance de seus efeitos são dimensões distintas da eficácia, não havendo de se confundir aplicabilidade e efetividade.

Não se sobrepõem ou se confundem o ato de criar direitos, a regulamentação de suas formas de exercício, e menos ainda os meios necessários para torná-lo efetivo. Possibilidade técnico-jurídica de se buscar determinada prestação ou tutela advinda de direito consagrado em norma constitucional não se confunde com impossibilidade social, econômica, financeira ou política de se efetivá-lo. Hesse já afirmava que *a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo*³⁵.

O desenvolvimento científico do tema no Brasil, por mais que trate larga e aprofundadamente dos conceitos afins às dimensões da eficácia, nem sempre compreende corretamente a distinção entre estas³⁶. No mais das vezes o que ocorre é o confinamento da discussão no plano técnico, estimulando um discurso de bloqueio, que embaraça o enfrentamento de questões relevantes para os melhores fins da efetividade, falseando problemas e soluções em torno da discussão da aplicabilidade, esvaziando o conteúdo político da Constituição e impedindo o desenvolvimento de uma teoria da Constituição adequada às demandas da sociedade brasileira. Essa deficiência reforça o entendimento exclusivamente jurídico da Constituição, que ignora as necessárias preocupações com a realidade política que a circunda. O alerta é de Bercovici, para quem o atual *constitucionalismo se encontra incapacitado de sair do discurso do “dever-ser”*.³⁷

A discussão acerca da dimensão técnica (aplicabilidade) da eficácia das normas constitucionais comumente enfeixa um falso problema. Suas considerações

35 HESSE. op. cit., pp. 14-15.

36 Jorge Hage adverte que os estudiosos do tema, mencionando em específico Barroso, tratam predominantemente dos problemas acerca da eficácia jurídica/aplicabilidade e dos instrumentos para seu alcance. HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, pp. 24-25.

37 BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. In: *Direito, estado e democracia: entre e (in)efetividade e o imaginário social*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), Porto Alegre, nº 5, 2007, pp. 165-166.

são utilizadas como métodos paralisantes do desenvolvimento da Constituição, sobretudo quando se está em discussão de tema politicamente melindroso ou que cause incômodos a determinados interesses insustentáveis às vistas da normatividade constitucional. A Constituição não possui por si só a capacidade de modular as condicionantes naturais ao sabor das hipóteses contidas em suas normas. Sua força normativa e suas possibilidades de aplicação são apenas e tão somente algumas das muitas forças de cuja atuação resulta a realidade, porém, há de se lhe reconhecer um papel relevante na conformação da realidade³⁸.

Insistir em sobrepor dimensão jurídica (aplicabilidade) à social (efetividade) da eficácia bloqueia o desenvolvimento da Constituição, pois não oportuniza o debate quanto aos meios, limites e possibilidades dessa frente às condicionantes do contexto social de que faz parte, estimulando o déficit de sua realização.

5 CONCLUSÃO

Superado o paradigma da ausência de juridicidade das normas constitucionais, sintoma dos enfrentamentos teóricos afins à mudança no papel do Estado, que se modifica de instância estabilizadora do (des)equilíbrio das relações de Poder para elemento transformador dessas relações em busca da igualdade e do bem comum, entra em pauta para o direito constitucional a discussão acerca da eficácia de suas normas. O presente trabalho buscou estudar a eficácia em si mesma, indicando e analisando enganos no tratamento do tema que bloqueiam o desenvolvimento de construções científicas aptas a trabalhar noções para a melhor realização da Constituição de um Estado como o brasileiro.

Dentro da proposta observou-se que a eficácia é um dos critérios valorativos das normas jurídicas, podendo-se mencionar ainda a validade - critério relacional que investiga a (des)conformidade entre normas de diferente hierarquia - vigência - qualidade indicativa do marco temporal em que se inicia a capacidade da norma de produzir efeitos - e existência, a qual diz com a pertinência de se considerar a norma integrante de determinado ordenamento, desimportando se há conformidade desta com outras, ou se seus efeitos já podem ou já efetivamente se manifestam. O critério da eficácia pode ser observado sob duas dimensões distintas e inconfundíveis. Fala-se então em aplicabilidade ou dimensão técnica representando a possibilidade da norma, por si só, incidir sobre os casos concretos

38 Adeodato observa que *no contexto de um país periférico como o Brasil, com graves problemas infra-estruturais imediatos, a efetivação de certas normas constitucionais é empiricamente impossível, diante dos recursos governamentais disponíveis, pois não se pode transformar o Brasil em um Estado Social e Democrático de Direito unicamente através da promulgação de textos normativos ou até da real concretização de normas jurídicas*. ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: (NEO)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), Porto Alegre, nº 2, 2004, p. 172.

que pretende regular; de outro lado, menciona-se efetividade ou dimensão social, observação de que a norma concretamente produziu efeitos na realidade, confirmando sua pretensão de regulação.

Especificamente na discussão da aplicabilidade, a doutrina trabalha tipologias para as normas constitucionais, escalonando-as em acordo com o maior ou menor grau de eficácia técnica que possuam, ou seja, indicando normas constitucionais exequíveis por si mesmas e outras dependentes de intervenção legislativa posterior para alcançarem produção de efeitos.

Observou-se que insistir na classificação de normas constitucionais com base na eficácia provoca o escalonamento interno da Constituição, o que violaria sua unidade. Ainda, a concepção de que determinadas normas constitucionais somente estão aptas a realizar suas finalidades caso haja intervenção legislativa posterior subverte a lógica do ordenamento e da legitimidade democrática insculpida no texto constitucional, ignorando sua supremacia.

A inadequação na compreensão da bitola aplicabilidade/efetividade, que ignora a diferença entre essas dimensões da eficácia, prejudica a discussão quanto às possibilidades da Constituição, enfeixando-a num prisma meramente técnico, circulando em torno de uma (pseudo)problematização e impedindo o enfrentamento das questões relevantes à efetividade constitucional.

A insistência nesses enganos faz da Constituição mero símbolo, no sentido das considerações de Marcelo Neves. Ao impedir discussões no prisma da efetividade com considerações exclusivas quanto à (falta de) legislação integradora que confira plena aplicabilidade, admite-se o manejo da Constituição como álibi e fórmula de compromisso dilatório, em processo que descarrega o sistema político das pressões sociais concretas - as quais ganha(ria)m maior relevo nas discussões acerca da efetividade - além de passar a ideia de confiabilidade das instâncias públicas, pois o Judiciário afirma não poder atuar frente à inércia do Legislativo e Executivo para não invadir a esfera de competência destes, não havendo, ainda, em razão da insuficiente discussão da efetividade, a construção de bases teóricas com que conformar sua atuação. Dessa forma, estimula-se uma conciliação entre os Poderes instituídos, o que adia conflitos políticos e o enfrentamento dos problemas sociais subjacentes, implicando na manutenção do *status quo*³⁹.

39 NEVES, op. cit., p. 54. O autor vai além afirmando: [o] "Constitucionalismo aparente" implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional. Idem. Ibid., p. 98.

A manutenção desse discurso é ainda mais perigosa que a concepção de que as normas constitucionais não são dotadas de juridicidade, posto que formulado e estabilizado na surdina, dando a falsa impressão de que as soluções possíveis são adotadas, legitimando a inércia dos Poderes instituídos e subvertendo as pretensões da soberania popular expressas nas pretensões constitucionais. Nesse contexto, se impossibilita o desenvolvimento de uma dogmática jurídico-constitucional apta à definição eficiente das condições do juridicamente possível e satisfatoriamente atuante na prática decisória constitucional, de modo que o texto constitucional não funciona como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado⁴⁰.

É de especial importância o alerta de Canotilho de que *não é pelo facto de existir um documento designado constituição que temos constituição*. Para isso, regras jurídicas não de ser *materialmente consideradas como “boas”, “valiosas” ou “intrinsecamente legítimas”*⁴¹. A reprodução dos enganos apontados e discutidos esvazia a bondade, o quão valiosa possa ser, e a própria legitimidade das normas constitucionais, contrariando os melhores propósitos de atuação eficaz da Constituição. Afinal, de nada adianta ter as normas corretas se o modo de pensá-las é inadequado.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: (NEO) Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições, **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)**, Porto Alegre, nº 2, 2004.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Leis originalmente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abr./mai./jun. 2006. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 maio 2006.

BARROSO, Luís Roberto **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. In: Direito, estado e democracia: entre (in)efetividade e o imaginário social. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)**, Porto Alegre, nº 5, 2007.

_____. Teoria do estado e teoria da constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

40 Idem. *Ibid.*, p. 185.

41 CANOTILHO, op. cit., p. 1.131. Não é outro o entendimento de Jorge Miranda, para quem *[u]ma coisa é a forma jurídica, outra a realidade constitucional; uma coisa é a legitimidade, outra a autenticidade do exercício do poder constituinte*. MIRANDA, op. cit., p. 98.



BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Ediuoro, 2003.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: constituição. Coimbra: Coimbra Editora, tomo II, 2004.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista CEJ**, nº 10, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política, os direitos fundamentais**. Disponível em <<http://d.scrib.com/docs/2ce5jmj0kvs8f09umco.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2008.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Readequação constitucional do estado moderno**: transformações do conceito de estado no direito constitucional no limiar do século XXI. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STANZIOLA VIEIRA, Renato. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRENS, Haradja Leite. **Da hermenêutica clássica para a hermenêutica constitucional:** o papel de uma hermenêutica principiológica. Disponível em <www.ihj.org.br>. Acesso em: 29 abr. 2006.

PRÉ-COMPREENSÕES PARA UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA NO BRASIL: ELEMENTOS PARA O ALCANCE DE RESPOSTAS CORRETAS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

*PRE-UNDERSTANDINGS TO A CONSTITUTIONALLY
PROPER HERMENEUTICS IN BRAZIL: ELEMENTS
FOR ACHIEVING CORRECT ANSWERS IN
THE INTERPRETATION OF RIGHT*

Pedro de Souza Fialho¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO: JUSTIFICATIVA DO TEMA E ESTRUTURA DO TRABALHO. 2 INTERPRETAÇÃO: APONTANDO NOÇÕES ADEQUADAS. 3 PRÉ-COMPREENSÕES: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL. 4 AS PRÉ-COMPREENSÕES PROPOSTAS: O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO DE 1988 QUANTO A COMO INTERPRETAR O DIREITO NO BRASIL. 4.1 FORÇA NORMATIVA: JURIDICIDADE E CONDICIONAMENTO RECÍPROCO. 4.2 DIRIGISMO CONSTITUCIONAL: VINCULAÇÃO A UMA PRETENSÃO DE FUTURO. 4.3 EFICÁCIA INTERPRETATIVA: PARA ALÉM DAS NORMAS DE EXAME. 5 CONCLUSÃO: A IDEIA DO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO COMO CAMINHO PARA RESPOSTAS CORRETAS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O artigo enfoca o tema das pré-compreensões para uma hermenêutica jurídica convergente com as diretrizes da Constituição Federal, analisando critérios interpretativos na busca por respostas corretas quando do exercício interpretativo do direito. Na atual conformação do ordenamento, o alcance de respostas corretas

¹ Defensor Público do Estado da Bahia. Pós-graduando em Direito Público da FAINOR (Faculdade Independente do Nordeste).

no processo interpretativo se realiza com a observância de critérios aferidos da Constituição, combatendo assim um modo de pensar o direito carente de racionalidade e pautado em decisões personalistas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Pré-compreensões. Interpretação. Hermenêutica. Respostas corretas. Decisões personalistas.

ABSTRACT: *The article focuses on the issue of pre-understandings for a legal interpretation converges with the guidelines of the Federal Constitution, analyzing interpretive criteria in finding the correct answers when the interpretive exercise of the right. In current conformation of the right get correct answers would done following the directions from constitutional norms, even as a protection to a way of thinking the right in lacks of rationality and with personalist decisions.*

KEY WORDS: *Federal Constitution. Pre-understandings. Interpretation. Hermeneutics. Correct answers. Personalist decisions.*

1 INTRODUÇÃO: JUSTIFICATIVA DO TEMA E ESTRUTURA DO TRABALHO

O presente artigo busca apontar noções para uma interpretação adequada do direito no Brasil, identificando e descrevendo pré-compreensões com base em parâmetros extraídos do ponto central do ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988. Assim, a tentativa é de assentar a interpretação do direito em balizas hermenêuticas delineadas pelo documento jurídico que dá fundamento de validade ao ordenamento e indica as premissas fundamentais da vida dentro do atual Estado brasileiro.

Tão certo quanto o fato de que já não mais se nega um lugar – de inegável destaque – à hermenêutica jurídica, é que a produção científica do tema ainda carece de melhor organização e desenvolvimento. Desse modo, o estudo se justifica como contribuição para uma melhor sistematização do assunto, sobretudo no tocante ao elemento da pré-compreensão, largamente difundido nos ensinamentos da hermenêutica filosófica, mas pouco desenvolvido sob o ângulo da interpretação do Direito.

Ainda, toda proposta de indicação e estudo de elementos e critérios para a interpretação, sobretudo quando voltada para contornos extraídos da Constituição, visa alcançar adequação constitucional da compreensão do direito tanto na solução da controvérsia em concreto quanto na regulação da atividade dos responsáveis pela tarefa de aplicá-lo. Trabalhar elementos e discutir parâmetros de uma interpretação dita “constitucionalmente adequada” se presta também a rechaçar

o posicionamento, por vezes recorrente, de que a interpretação é mero exercício de justificação do relativismo², como se a busca pela justiça *estivesse reduzida a uma formalidade virtualmente desprovida de significado e conteúdo, e o direito* [fosse], *resultado de uma incontrolável arbitrariedade da interpretação, intrinsecamente injusto*³.

Desse modo, se oportuniza dotar a atividade interpretativa de objetividade e racionalidade, sem as quais está em um arbítrio pautado no exercício ilegítimo do poder, afastado das diretrizes democraticamente indicadas pelo povo e assentadas no texto constitucional, até porque a hermenêutica assentada em premissas constitucionais é antirrelativista, possibilitando interpretações constitucionais (corretas) e inconstitucionais (incorretas)⁴. Parece imperioso que o desenvolvimento da hermenêutica jurídica trabalhe a busca por posições adequadas e respostas corretas, escapando da falácia de total relativismo na atividade do intérprete, credora de um modo irresponsável de pensar o direito, justificante de posturas afastadas de uma compreensão ampla do ordenamento e da realidade.

O trabalho se desenvolve discutindo o conceito de interpretação, passando então a analisar as pré-compreensões, definindo-as, para após apontar as capazes de fomentar um direito adequado à Constituição. Conclui-se com a indicação dos pontos levantados e desenvolvimento da premissa de que há possibilidade de se interpretar o Direito encontrando soluções corretas/adequadas, rechaçando o relativismo com que se deslegitima a atividade interpretativa e bloqueiam-se as possibilidades emancipatórias do direito.

Dessa forma, pretende-se contribuir para uma compreensão mais adequada da interpretação, definindo alguns de seus conceitos e apontando parâmetros para um fazer hermenêutico adequado à Constituição Federal de 1988, de modo a estimular um direito democrático, aproximando-o da noção de legitimidade ínsita à ideia de Constituição.

2 Luís Roberto Barroso indica que *boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções*. BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro (post scriptum)*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: por uma dogmática constitucional renovadora*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 348.

3 ATAHUALPA, Fernandez. Limites da interpretação jurídica: vinculação ou autonomia na práxis jurídica. *Revista Juristas*, João Pessoa, nº 92, ano 3, set 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revista.asp?ic=1480>. Acesso em: 11 nov. 2006.

4 STRECK, Lênio Luis. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica, teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 302.

2 INTERPRETAÇÃO: APONTANDO NOÇÕES ADEQUADAS

Interpretar é mais que somente descrever os sentidos linguísticos das expressões textuais do Direito - trata-se de exercício de compreensão, não somente do texto - os quais, quando pensados de modo isolado convertem-se em instrumentos obsoletos de mera justificação das estruturas de poder de um dado momento, conduzindo a situações de claro anacronismo e desacerto com a realidade⁵. Há um exercício de compreensão e construção de sentido tanto da lei quanto da própria matéria, por esta regulada, sendo incabível pensar um afastamento absoluto entre lei e contexto, conceitos que só serão bem compreendidos se analisados conjuntamente.

Nessa linha, rompe-se com a concepção tradicional da interpretação jurídica que observava a norma como possuidora de um significado prévio e acabado, rejeitam-se noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica - afins ao positivismo jurídico -, para a incorporação das ideias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do Direito⁶.

Assim, todo exercício interpretativo, sobretudo no que concerne a normas jurídicas, possui uma parcela razoável, mas não ilimitada, de criação. A (necessária) fidelidade do intérprete com o texto, o objeto interpretado, não é absoluta, ele está forçado a ser livre uma vez que não há texto, seja legislativo, musical ou poético, que não contenha variações e nuances para a criatividade interpretativa⁷. Esta liberdade, contudo, não é total. A interpretação do Direito, em que pese não se adstringir aos termos da lei, não permite ao intérprete atuação exageradamente subjetiva e alheia aos parâmetros do ordenamento. A parcela de criatividade da interpretação é juridicamente motivada pela percepção, tanto melhor quanto mais ampla, das relações existentes entre as distintas disposições normativas, o ordenamento jurídico como um todo e a realidade subjacente.

Agir assim se torna necessário em função do caráter da norma jurídica de atuar no mundo dos fatos e no futuro, como prescrições de conduta a regular o porvir,

5 Discutindo alguns "casos paradigmáticos na hermenêutica constitucional brasileira", Adeodato investiga questões analisadas pelo STF, demonstrando como a adstrição do intérprete aos "termos da lei" ou permissividade a uma acentuada liberdade daquele podem conduzir a situações anacrônicas, de desajuste entre a decisão judicial, os fatos decididos e a disciplina jurídica que os rege. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 228 e ss.

6 FREIRE, Ricardo Maurício. A interpretação constitucional: uma abordagem filosófica. In: NOVELINO, Marcelo (org.) *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 111.

7 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 22.

fundadas na experiência e determinadas pelas condições peculiares do presente com vistas ao futuro, seja para manter aquele nas mesmas condições ou modificá-lo em parâmetros desejáveis.

O propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, mas também determinar-lhe força e alcance, trazendo o texto normativo à presença dos dados atuais de um problema⁸. Assim, negar à interpretação o caráter de criação é dar azo à manutenção do descompasso entre o Direito posto e a realidade⁹.

Já se tem por ultrapassada a noção que pautava a interpretação no dualismo clássico do objetivismo ou subjetivismo, como se o intérprete fosse um “revelador” do sentido da norma em si mesma (*mens legis*¹⁰) ou do sentido que o legislador pretendeu dar à norma (*mens legislatoris*). Parece acertado o entendimento de Aflen da Silva, de que esta dicotomia elabora uma interpretação que ignora o funcionamento efetivo dos textos de normas no contexto de uma ordem jurídica, como se esta fosse estática e possível de ser pré-realizada, como se fossem admissíveis decisões antecipadas à existência das situações concretas¹¹.

Uma noção adequada de interpretação reconhece um diferencial entre texto e norma, noções que não se sobrepõem ou se eliminam, mas que mantêm conexão íntima onde há distinção e curto espaço de distanciamento. Norma é resultado da interpretação dos textos, sentido em que Ávila afirma não serem elas [as normas] *nem os textos nem o conjunto deles, mas os sentidos* construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos¹². O texto legal (ou dispositivo) é um suporte físico sobre o qual se dá a atividade interpretativa, é a matéria prima do intérprete, o objeto ao qual se atribuirá um determinado sentido e alcance, quando então se pode ter por caracterizada a norma jurídica.

É de se observar, contudo, que a abertura dada ao intérprete na formação da norma jurídica, frente ao cotejo entre o texto legal e o fato analisado, não lhe concede

8 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52.

9 BEZERRA, Paulo César Santos. *A Produção do Direito no Brasil: A Dissociação entre Direito e realidade Social e o Direito de Acesso à Justiça*. Ilhéus: Editus, 2003, p. 150.

10 Muller chega mesmo a afirmar que o paradigma da “mens legis” opera com *pressupostos toscos: a possibilidade de uma única interpretação correta em cada caso, de um centro de sentido de conteúdo claro, de uma unidade objetiva do sentido dos textos jurídicos*. MULLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 147.

11 AFLÉN DA SILVA, Kelly Susane. Hermenêutica constitucional na fundamentação contemporânea. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 23, abr. 2008. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/ediçãop021/Kelly_Silva.html>. Acesso em: 20 jun. 2008.

12 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

autorização para trilhar quaisquer caminhos e atribuir quaisquer sentidos à coisa interpretada, o texto fixa pontos de partida e indica limites para a criação concreta da norma, bloqueando um ilegítimo decisionismo irresponsável¹³.

O texto legal, o dispositivo, o Direito posto é incapaz de responder totalmente a racionalidade socialmente aceita, tanto porque não lhe é possível abarcar toda a peculiaridade de situações sociais no genérico de suas previsões, quanto porque é ilusória a pretensão de que o Direito legislado possa manter uma relação de constante atualização com as modificações da atual realidade fragmentária dos dias atuais.

3 PRÉ-COMPREENSÕES: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

O exercício interpretativo exige o estabelecimento de parâmetros prévios, aptos a indicar e justificar certas posturas adotadas dentre as possibilidades observadas no procedimento hermenêutico. Não se pratica hermenêutica jurídica de modo desvinculado e isolado, o labor do intérprete tem pontos iniciais a encerrar certos critérios acerca dos objetos que serão observados e trabalhados na interpretação.

A compreensão só se realiza com uma projeção de sentido do todo, realizada quando se apresentam os primeiros sentidos do que será interpretado¹⁴. Fala-se então em “pré-compreensões”, parâmetros assumidos pelo intérprete como pontos de partida do caminho para a compreensão, critérios prévios que se referem à coisa de que trata o texto e à linguagem utilizada, afinal, sem qualquer compreensão torna-se extremamente dificultoso, e mesmo impossível, criar uma expectativa de sentido para o texto a ser interpretado¹⁵. Não se interpreta um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem sobre aquilo que vai interpretar¹⁶.

Entende-se o conteúdo da norma a partir de pré-compreensões, permitindo ao intérprete, num primeiro momento, olhar o texto com certas esperanças, projetando um sentido do todo e formulando um anteprojeto, que em penetração mais profunda carecerá de ser corrigido, revisado e confirmado até que se determine uma unidade de sentido¹⁷.

13 ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: *(NEO)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições*, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), Porto Alegre, nº 2, 2004, p. 176.

14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método i*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 356.

15 SHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985, p. 110.

16 STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 212.

17 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, pp. 61-62.

Muller alerta que as pré-compreensões surgem dentro do desenvolvimento da hermenêutica, em razão da impossibilidade de se excluir da ciência valorações de origem subjetiva e critérios de valor subjetivamente mediados¹⁸. Assim, pré-compreensões podem remeter a toda uma carga de subjetividade caso apontadas como quaisquer critérios prévios que o intérprete tenha em relação àquilo que interpreta. Dessa forma, trabalhar este elemento da hermenêutica dentro do âmbito da compreensão do direito, sem vinculá-lo à análise das características da matéria interpretável, é mesmo que tomar assento no subjetivismo interpretativo desprovido de qualquer racionalidade.

Desse modo, acerta Muller ao afirmar a necessidade de se introduzir os elementos da pré-compreensão *de forma racionalizada e controlável no nexo da fundamentação jurídica, sob pena de permanecerem fontes de erros sem responsabilização, posto que irracionais* [...] ¹⁹. A pré-compreensão especificamente jurídica teria como pontos referenciais principais as normas vigentes²⁰. Não hão de ser pensadas como imutáveis, inconscientes ou destituídas de fundamentação, devem estar embasadas na ordem constitucional, na qual se confirmam, corrigindo-se a prática do caso concreto²¹.

Ao que parece, é esse o entendimento mais correto para interpretar o Direito de modo adequado à Constituição. Impõe-se um dever de (re)conhecer o norte axiológico do ordenamento jurídico, seu critério maior de validade, extraindo de sua normatividade os critérios primeiros com que vai se pensar e entender a disciplina jurídica dentro do Estado.

Interpretação adequada do Direito é a que (re)afirme a normatividade constitucional, afinal, o texto jurídico – seja ele qual for – somente se valida enquanto norma, se em conformidade com a ordem constitucional regente da vida no Estado, daí o interesse na identificação de pré-compreensões capazes de projetar para a atividade interpretativa um resultado coerente com as premissas da Constituição.

18 MULLER, op. cit., p. 79.

19 Idem, ibid. p. 81. Para Grau, por mais que o julgador esteja condicionado por sua posição no mundo – a qual se expressa em suas pré-compreensões – não é possível concluir como admissível qualquer interpretação para qualquer norma (seja ela constitucional ou não). GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

20 MULLER, op. cit., p. 223.

21 HESSE, *Elementos do Direito...*, op. cit., p. 62.

4 AS PRÉ-COMPREENSÕES PROPOSTAS: O QUE DIZ A CONSTITUIÇÃO DE 1988 QUANTO A COMO INTERPRETAR O DIREITO NO BRASIL

Se a pré-compreensão é um sentido inicial que direciona as opções a serem adotadas pelo intérprete, possibilitando o ato interpretativo, e se a interpretação não é um relativismo absoluto ou um subjetivismo arbitrário, qualquer compreensão dos textos legais somente é válida, produtivamente racional e objetiva quando fundada em premissas advindas da Constituição, afinal, é ela o marco da ideia de Estado²² pretendida pelos titulares do poder em um dado momento histórico.

Logo, interpretações adequadas do Direito de um determinado Estado são as que tomem por ponto inicial sua Constituição, vindo a reafirmá-la quando da efetiva aplicação do Direito ao caso concreto. Interpretação adequada do Direito no Brasil é a que desenvolva sentidos aferíveis da Constituição Federal de 1988, suas características marcantes são as pré-compreensões a contaminarem a atividade do intérprete.

Parece cabível sustentar três características fundamentais do texto constitucional brasileiro como pré-compreensões: sua força normativa, seu caráter dirigente e compromissário e sua eficácia interpretativa.

4.1 FORÇA NORMATIVA: JURIDICIDADE E CONDICIONAMENTO RECÍPROCO

A estrutura normativa da Constituição é dotada de juridicidade, sendo insustentável o entendimento de que há dispositivos constitucionais teoricamente irrealizáveis²³ ou desprovidos de qualquer eficácia. Toda norma constitucional possui juridicidade,

22 Não se pretende também aprofundar o debate em torno do conceito de Estado, ou especificamente do Estado brasileiro, ainda que a discussão quanto a aspectos e características da Constituição remeta, necessariamente, a falar de aspectos e características do próprio Estado. É de valia, contudo, indicar breve conceituação quanto ao Estado Constitucional, sendo o que *incorpora uma tradição jurídico-política, que formata o poder político sob a lógica de um poder limitado e controlado e, além disso, reconhece os direitos humanos como conteúdos fundamentais que direcionam o poder, voltado à sua consecução como finalidade da ação estatal; e, como tal, é produto da história, por isso, dinâmico* [...]. BOLZAN DE MORAIS, José Luís; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição Brasileira de 1988. In: *20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), Porto Alegre, nº 6, 2008, p. 214.

23 O que não autoriza, contudo, a ingênua postura que vê na Constituição a cura para todos os males ou solução para todos os problemas. Nesse sentido, assiste razão a Bercovici para quem a *Constituição, por si só, não resolve problemas sociais. Entretanto, ela permite a criação de uma política constitucional consciente e com o objetivo de realização de seus conteúdos*. BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. In: *(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições*, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), Porto Alegre, nº 2, 2004. Konrad Hesse já alertava que *nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais*. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 24.

pois não se presta a ser um mero relato descritivo das condições políticas e sociais de dado momento histórico, não se a tem como mero corolário da segurança jurídica e política da vida no Estado.

Constituição, enquanto instrumento jurídico que é, deve ser força ativa determinante da conjectura político-institucional do Estado. Não se pode tê-la distante das influências sociais, adstrita a uma fortaleza puramente jurídica, limitada exclusivamente a um enfoque normativo indiferente e apático à realidade política e social, dissociada dos fatores da realidade histórico-concreta de seu tempo, tampouco é correto pensá-la exclusiva e unicamente condicionada por estes fatores de determinado contexto histórico.

Em nada acrescenta, seja à compreensão da realidade ou da Constituição, de suas possibilidades e limites, uma visão unilateral e hermética, sob pena de se fazer da Constituição jurídica uma grande mentira, seja se pensada em total dissociação ao contexto de que faz parte ou se observada como documento de valor meramente retórico, nada lhe cabendo influir no contexto em que insere. Ela mantém uma relação íntima, dinâmica e dialética com a realidade social, a qual cabe conformar e regular, mas também modificar e transformar no sentido de sua melhoria. A Constituição atua em um condicionamento recíproco com a realidade em que está posta. Há de se caminhar no meio termo entre o *abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro*²⁴.

A Constituição jurídica há de ser mais que representação dos fatores reais de poder da sociedade, sendo ela mesma um fator real de poder a agir no contexto de que surge. Caberá à Constituição dar contornos, realização e limites a sua matéria social fundante. Ao mesmo tempo em que seus contornos, limites e sua realização por aquela se condicionam, não lhe caberá apenas mostrar o “como as coisas são”, mas influenciar o “como elas virão a ser”.

Dentro dessa premissa, se fala em força normativa da Constituição, essa sua capacidade de conformar a realidade, alterando-a por meio da incidência eficaz de suas normas, já que a constituição é lei e como lei deve ser aplicada, afastando-se a tese que lhe atribuía valor meramente declaratório ou de simples diretriz política, com caráter programático despido da força jurídica das verdadeiras leis²⁵.

24 HESSE, *A força normativa...*, op. cit., p. 14. A noção de força normativa da Constituição é trabalhada por Konrad Hesse em contraponto às ideias de Ferdinand Lassale da “Constituição mera folha de papel”, conceituando-a como mera reprodução dos fatores reais de poder da sociedade. LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Rio de Janeiro: Minelli, 2003, passim.

25 CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 1.150.

O que é definido na Constituição vincula a todos no Estado, em quaisquer das esferas institucionais²⁶ e mesmo nas relações privadas²⁷. A Constituição não plana sobre a sociedade e o Estado, devendo ser vista como *um mecanismo prático que provoca mudanças na sociedade, um algo-que-constitui-a-sociedade* (sic), já que *a constituição do país depende de sua Constituição*²⁸.

4.2 DIRIGISMO CONSTITUCIONAL: VINCULAÇÃO A UMA PRETENSÃO DE FUTURO

A doutrina do dirigismo constitucional propugna o reconhecimento e qualificação de um papel modificante a ser desempenhado pelas normas constitucionais, nas quais se expressariam propostas, anseios e diretivas capazes de atender a certas necessidades relevantes da sociedade. É postura de comprometimento da Constituição com o futuro, com a efetivação de um determinado programa de Estado definido em nível constitucional, com uma atuação voltada à compreensão do presente com vistas à construção qualitativa do futuro.

A visão de dirigismo constitucional reafirma o condicionamento recíproco marcante na discussão quanto a sua força normativa, já que a Constituição percebe e compreende a realidade, no sentido da observação de suas necessidades, para então assumir um papel na sua modificação, com a positivação de diretivas, programas e instrumentos que visam ao atendimento das demandas percebidas. Seria, portanto, um aspecto qualitativo desta reciprocidade, designando o sentido em que a Constituição interage na realidade de que faz parte.

Necessário advertir que a Constituição, como instrumento maior do direcionamento do poder dentro do Estado, não é afeta tão somente à função judiciária do poder. Seu papel dirigente há de se fazer presente não somente na vinculação da instância legislativa, mas na ação de todos os atores partícipes das funções do Poder Estatal e mesmo entre particulares. É neste sentido que Canotilho questiona, ao iniciar a

26 Não se partilha, nesse particular, da alegação de Fernando Henrique Cardoso de que *Constituição é coisa de advogado*, como se estivesse o chefe do Executivo nacional, que, a toda prova, representa uma convergência episódica e majoritária das forças sociais, acima da própria soberania nacional espelhada na Constituição; também remetendo ao que chama de "era FHC", Bolzan de Moraes indica que particularmente nesse período o *direito constitucional passou a ser refém de uma lógica mercadológica da política, transformando as constituições em prolongamento subserviente dos programas de governo e rompendo com seu caráter estabilizante e sua pretensão de certa perenidade [...] bem como destroçando conquistas sociais consolidadas*. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais*. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000, p. 22.

27 Nesse particular, ganha relevo a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Sobre o tema, ver, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006.

28 STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 218.

discussão do dirigismo constitucional, se a Constituição deve ser concebida como uma *lei do Estado e só do Estado ou [...] um estatuto jurídico do político, um plano global normativo do Estado e da Sociedade?*²⁹

A Constituição dirigente, portanto, alarga as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica, concebendo a política como um domínio constitucionalmente vinculado, que sofre limites e imposições de um projeto material previsto em suas normas, contudo, *a constituição programático-dirigente não substitui a política, mas torna-se premissa material da política*³⁰.

O dirigismo aponta para a percepção de um programa de construção qualitativa do futuro pretendido pelo povo e indicado na Constituição, com a afirmação de certos fins a serem alcançados pelo Estado, os quais não podem ser ignorados ou deixados de lado quando da interpretação do Direito, visto que estas diretrizes constitucionais apresentam-se como balizas para a validade das normas e adequação do modo de aplicá-las. Isso formula o direito do Estado Democrático de Direito como possuidor de um *plus* normativo em relação aos Estados Liberal e Social, pois nesta quadra não há o caráter apenas ordenador ou prestacionista, há agora um Estado tendente à transformação da realidade³¹.

Não raras têm sido as críticas³² ao dirigismo constitucional sob os argumentos de que é tese prejudicial aos melhores interesses do país, fomentando a ingovernabilidade, o déficit público e a ingovernabilidade. A esta postura Bercovici responde afirmando tratar-se de uma tese da *constituição Dirigente invertida*, onde se apresenta uma noção de vinculação da atividade do Estado aos ideais de políticas públicas neoliberais, com uma *tutela estatal da renda financeira do capital*,

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 12.

30 Idem, *ibid*, p. 487.

31 STRECK, Verdade e consenso..., p. 9.

32 O próprio Canotilho questionou sua tese. CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, pp. 7-17. O espanto da doutrina nacional com as reflexões sobre a releitura do dirigismo constitucional em Canotilho (e por Canotilho) remete à crítica de que o estudo da Constituição (e do Direito como um todo) há de ser feito em linha de ligação íntima com sua realidade, sob pena de que se chegue a conclusões deslocadas no tempo e espaço, que não se prestem a explicar os fenômenos estudados, abrindo espaços para o arbítrio oportunista do relativismo. Nesse sentido, basta lembrar que muito das preocupações e relativizações de Canotilho assentam-se no papel desempenhado pela legislação internacional, muito mais presente para uma nação como Portugal, membro integrante do maior bloco geopolítico institucionalizado do globo – a União Europeia –, que para um país como o Brasil. Ainda, relembre-se que o atual estágio de desenvolvimento do Estado Português, no que diz respeito à conquista dos valores mínimos conformadores de uma ideia de dignidade humana, em muito se distancia da atual realidade brasileira, onde se busca afastar o certo (as conquistas pretendidas pela Constituição Federal, mormente quanto a direitos fundamentais sociais) por uma aceitação do erro (não há uma ótima realização desses direitos). Para o aprofundamento desta discussão, no particular dos reflexos dos novos posicionamentos de Canotilho na doutrina brasileira, veja-se a publicação do colóquio realizado entre o autor e constitucionalistas brasileiros em COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.) *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

à *garantia da acumulação de riqueza privada*³³. Essa postura, contudo, não parece em nada adequada aos termos em que se desenvolve a Constituição Federal de 1988, que tem nítido caráter dirigente e compromissário, o qual, aliás, somente se reforça como uma necessidade à vista do atual quadro de (sub)desenvolvimento social do Brasil.

4.3 EFICÁCIA INTERPRETATIVA: PARA ALÉM DAS NORMAS DE EXAME

Eficácia é efeito advindo da incidência de determinada norma jurídica sobre determinada situação (não necessariamente fática), seja eficácia de uma norma em relação à outra norma, ou da norma quando de sua incidência frente um caso concreto – tanto como possibilidade técnica de manejo da norma para a regulação da questão factual (aplicabilidade) ou de produção concreta de efeitos da regulação normativa no plano fático (efetividade).

Eficácia interpretativa é a atinente à relação desempenhada entre normas, ou seja, a relação desenvolvida entre a norma-Constituição e outras normas do ordenamento. O raciocínio é de que toda e qualquer interpretação do Direito deva ser feita em observância à normatividade advinda do texto constitucional. As disposições da Constituição, em razão de sua superioridade hierárquica dentro do ordenamento, de sua finalidade especial de traçar as diretrizes e programas de ação do Estado, devem ser observadas e (pré-)compreendidas quando do processo interpretativo que dá ensejo à formação da norma apta à regulação de determinada situação em concreto.

Canotilho³⁴ discute a força heterodeterminante (positiva e negativa) das normas constitucionais, a qual converteria o direito ordinário em direito constitucional concretizado. Ao referir-se à heterodeterminação negativa, aproxima-se da noção de validade, observando que a norma constitucional dá limites à produção normativa infraconstitucional, ou seja, compatibilidade formal do ordenamento com a Constituição. No aspecto positivo, há compatibilidade material da norma inferior com o fundamento maior do Estado, ou seja, não apenas se está pensando na bitola validade-invalidade pautada na ideia de “não-lesão” frente à Constituição, quer-se mais, com a vinculação do direito infraconstitucional a toda a disciplina normativo-constitucional, a qual funciona como uma diretriz axiológica conformadora do modo de pensar e aplicar o direito.

33 BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a constituição dirigente? In: *20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), Porto Alegre, nº 6, 2008, p. 155.

34 CANOTILHO, *Direito constitucional...*, op. cit., p. 1149. Canotilho indica a força heterodeterminante como uma das consequências da posição hierárquica da Constituição, ao lado de outras: autoprímazia normativa, natureza supraordenamental, força normativa e condição de fonte primária da produção jurídica.

Em linha similar, Barroso³⁵ faz uso da mesma expressão (eficácia interpretativa), indicando-a como presente exclusivamente nos princípios. Sem pretender adentrar na temática da distinção de tipos normativos (regras, princípios, postulados³⁶), esta postura não parece ser a mais correta. Não haveria justificativa qualquer para isolar, como critérios manejáveis no procedimento interpretativo, uma espécie normativa em detrimento de outra. Qualquer elemento da normatividade constitucional é legítimo de ser observado a fundamentar uma postura adotada quando da interpretação do Direito, pensar de modo distinto é coisa mesma que hierarquizar a Constituição, solapando a necessária unidade com que esta deve ser compreendida e ignorando parâmetros da realidade concreta, pois apenas à vista destes se justifica considerar uma determinação constitucional em demérito a outra.

Ainda, veja-se que em nada se confundem a aqui discutida eficácia interpretativa com o princípio da interpretação conforme a Constituição, largamente trabalhado em doutrina e já aceito – nem sempre com a devida precisão – pela jurisprudência. Este princípio é manejável quando há dúvida em função da possibilidade da atribuição de mais de um sentido para um texto, optando-se dentre estes pelo que guarde conformidade com a Constituição, ou seja, impõe-se a necessidade de optar pela interpretação constitucionalmente adequada por entre interpretações possíveis, afastando-se os demais sentidos hipoteticamente atribuíveis.

A referência à eficácia interpretativa pretende ir além. Não se trata de indicar uma interpretação adequada frente a interpretações possíveis, não se fala aqui de um método apto a esclarecer uma dúvida acerca da (in)constitucionalidade de determinado sentido atribuído ao preceito legal, não há uma conexão direta e imediata com a presunção de constitucionalidade das leis. A normatividade constitucional apresenta-se como premissa primeira do procedimento interpretativo, parte-se logo da Constituição para determinar a interpretação a ser feita, não se trata de modo de suprir dúvidas quanto à norma, mas sim, de partida, compreender a norma dentro dos parâmetros constitucionais.

Esta eficácia impõe considerar, como indicado por Aflen da Silva, que normas constitucionais são não apenas normas de exame (heterodeterminação negativa de que fala Canotilho), mas também normas materiais, se prestando à definição do conteúdo das leis ordinárias formuladas durante sua vigência, e pelo rechaço – pelo fenômeno da revogação – das estruturadas sob a égide de uma ordem constitucional anterior³⁷.

35 BARROSO, A nova interpretação constitucional..., op. cit., p. 379.

36 Sobre esta temática ver, ÁVILA, op. cit.

37 AFLEN DA SILVA, op. cit.

Dessa forma, alargam-se as noções de constitucionalidade e validade, as quais não serão apenas análises de não lesão ou não contrariedade, mais que isso, será constitucional a norma que reafirme as diretrizes constitucionais quando aplicada, havendo uma aproximação da Constituição aos dados concretos do problema, pois é necessário que se a observe quando do procedimento que faz do texto legal a norma, onde avulta a análise do contexto fático a ser regulado. A Constituição deixa de ser vista apenas como parâmetro de validade que observa a conformidade dos textos legais em relação a seu conteúdo, análise que é feita sempre de modo hipotético³⁸, para ingressar como parâmetro a ser considerado em todo o processo de interpretação, tornando-se inseparável a compreensão do texto infraconstitucional, constitucional e dos fatos³⁹ em análise.

Aliás, Grau já afirmava que *a interpretação de qualquer texto de Direito impõe [...] o caminho que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição*, indo além, para entender que um texto de Direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum⁴⁰.

Em linha de síntese, a Constituição Federal de 88 pode ser caracterizada como possuidora de uma força normativa que rompe com a tradição do direito mantenedor do status quo, para assumir uma postura de intervenção e modificação na/da realidade, em relação à qual lhe cabe mais que apenas perceber e organizar; sendo dotada, ainda, de papel central no modo de compreender o Direito, uma vez que sua eficácia interpretativa condiciona toda a interpretação jurídica no contexto do atual Estado Democrático de Direito Brasileiro.

5 CONCLUSÃO: A IDEIA DO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO COMO CAMINHO PARA RESPOSTAS CORRETAS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

A concepção da Constituição enquanto norma redimensiona o caráter voluntarista da atuação legislativa, agora submetida aos preceitos constitucionais vigentes, além de ampliar a margem de apreciação judicial, à qual caberá a tarefa de, tanto quanto

38 Veja-se que a referência a “modo hipotético” não se correlaciona com a dicotomia entre controle de constitucionalidade objetivo e concreto, até porque, mesmo em sede de controle concreto, em que há uma lide concreta e é suscitado um incidente de (in) constitucionalidade de determinada norma infraconstitucional, o pleno do Tribunal (ou órgão fracionário especial) a que cabe conhecer a matéria o faz apenas quanto aos aspectos específicos da relação de (in)validade da legislação infraconstitucional ante a Constituição, mantendo-se o julgamento do quanto envolva a matéria fática ao julgador ante o qual foi suscitado o incidente, é a chamada cláusula de reserva de plenário ou *full bench*.

39 Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto já indicava como insuficientes para o alcance de resultados satisfatórios o *texto em si e a boa qualidade do intérprete*, asseverando como necessária a *atenção ao quadro social em que a norma se desenvolve*. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. Ciência e direito constitucional: o caminho do estado democrático de direito. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Nelson Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais brasil/portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 254.

40 GRAU, op. cit., p. 122.

necessário, constitucionalizar o direito legislado⁴¹. É nesse contexto que ganha valia a discussão de parâmetros interpretativos, de modo a formular uma noção dita (constitucionalmente) adequada de compreensão do Direito, escapando ao subjetivismo antidemocrático, ilegítimo e credor de posturas oportunistas de manipulação do poder.

Nesse sentido, a exposição pretendida conclui pela indicação de três pré-compreensões, características da Constituição Federal de 1988, as quais devem integrar a própria noção do intérprete quanto ao objeto interpretado, oportunizando uma antecipação de sentido que deve ser confirmada quando do resultado interpretativo. Vale dizer, essas pré-compreensões, mais que afirmadas quando do ato interpretativo, devem ser confirmadas quando de seu resultado, apresentam-se no início e devem ser encontradas no final.

A atividade interpretativa deve pré-compreender a Constituição como norma jurídica capaz de vincular, assentada em premissas de alteração qualitativa do futuro e dotada de uma eficácia interpretativa em relação a todo o Direito. Toma curso um processo no qual, em um só tempo, é potencializada a noção de legitimidade no âmbito da legislação infraconstitucional, a qual se observa imbricada com o documento jurídico advindo diretamente da soberania popular, aliás, Chueri alerta que *a ordem instituída em 1988 só pode ser pensada [e] aplicada em relação com o poder que a constituiu*⁴². Além disso, eleva-se o grau de efetividade das normas constitucionais, posto que consideradas quando da aplicação da norma infraconstitucional, que, no mais das vezes, guarda mais proximidade com a regulação de situações concretas.

Desse modo, há estímulo a um verdadeiro *comportamento constitucional*, como indica Streck, implicando no reconhecimento da Constituição como uma presença constante no cotidiano e no labor jurídico, fazendo com que o Direito seja sempre Direito Constitucional e evitando que este se torne uma mera racionalidade instrumental da qual os juristas possam livremente dispor⁴³. O texto jurídico, e todas as relações estabelecidas dentro do Estado, mesmo as firmadas entre particulares, não estão desnudas de um sentido prévio de Constituição, o qual se manifesta nas

41 FREIRE, Ricardo Maurício. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 78.

42 CHUERI, Vera Karam de. A Constituição Brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. In: *20 anos de constitucionalismo democrático, e agora?* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), Porto Alegre, vol. 6, 2008, p. 419.

43 STRECK, Verdade e consenso..., op. cit., p. 212.

pré-compreensões que se procurou desenvolver. Mais especificamente, e o apoio está novamente em Streck, *o próprio sentido de validade de um texto jurídico tem esse sentido prévio advindo da pré-compreensão que o intérprete tem da Constituição*⁴⁴.

Nessa linha, é possível observar que a hermenêutica tem capacidade de apontar para respostas corretas, sendo estas as que confirmem os sentidos aferíveis da Constituição; e que a atividade do intérprete não é relativista ou pautada em subjetivismos deletérios de uma racionalidade democraticamente desejável. A interpretação do Direito somente se legitima e valida apresentando-se como uma resposta correta, se determinada, sempre, pelas pautas propostas no texto constitucional, onde, afinal, estão as finalidades e objetivos da atual conformação social do Brasil. Escapar disso é admitir a relativização da proposta de mundo desenhada pela soberania popular, entregando a potência do poder advindo de todos aos interesses de poucos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: (NEO)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)**, Porto Alegre, nº 2, 2004.

AFLEN DA SILVA, Kelly Susane. Hermenêutica constitucional na fundamentação contemporânea. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 23, abr. 2008. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/ediçãp021/Kelly_Silva.html>. Acesso em: 20 de jun. 2008.

ATAHUALPA, Fernandez. Limites da interpretação jurídica: vinculação ou autonomia na praxis jurídica. **Revista Juristas**, João Pessoa, nº 92, ano 3, set. 2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revista.asp?ic=1480>. Acesso em: 11 nov. 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro (post scriptum). In: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: por uma dogmática constitucional renovadora. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: por uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2006.

44 Idem, *ibid.* op. cit., p. 305.



BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? In: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)**, Porto Alegre, nº 6, 2008.

_____. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. In: (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)**, Porto Alegre, nº 2, 2004.

BEZERRA, Paulo César Santos. **A Produção do direito no Brasil**: a dissociação entre direito e realidade social e o Direito de Acesso à Justiça. Ilhéus: Editus, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, nº 15.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

CHUERI, Vera Karam de. A constituição brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. In: 20 anos de constitucionalismo democrático, e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)**, Porto Alegre, vol. 6, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52.

FREIRE, Ricardo Maurício. A interpretação constitucional: uma abordagem filosófica. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. **Direito, justiça e princípios constitucionais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Rio de Janeiro: Minelli, 2003.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Constituição ou barbárie**: perspectivas constitucionais. In: A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000.

MORAIS, José Luís Bolzan de; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição Brasileira de 1988. In: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ)**, Porto Alegre, nº 6, 2008.

MULLER, Friederich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. Ciência e direito constitucional: o caminho do estado democrático de Direito. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Nelson Miranda (Org.). **Diálogos constitucionais Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.

STRECK, Lênio Luís. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica, teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ALIMENTOS

FUNDAMENTAL RIGHTS AND ALIMONY

Rodrigo Ferreira Lima¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TEORIA DO SOPESAMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS. 4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 5 DIREITO A ALIMENTOS. 6 DIREITO DE NÃO SER PRESO CIVILMENTE. 7 PRISÃO CIVIL DE IDOSOS SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 8 PRISÃO CIVIL DE MENOR EMANCIPADO. 9 ESTADO COMO 3º INTERESSADO NA SUB-ROGAÇÃO DO DÉBITO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - HIPÓTESES. 10 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O texto analisa a sistemática e a razoabilidade dos meios de cobrança da pensão alimentícia no sistema jurídico do Brasil. Em vista de legislações de outros países, é importante considerar a prisão civil do devedor de alimentos sob a ótica da eficácia de tal medida.

Palavras-chave: Prisão civil. Devedor de alimentos. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: *The text analyzes the systematic and the reasonableness of the means of collection of alimony in Brazil's legal system. In view of the laws of other countries, important to consider the civil prison of the debtor from the perspective of the effectiveness of such a measure.*

Keywords: *Civil prison. Alimony.*

¹ Defensor Público do Estado da Bahia. Mestre em Família - UCSal. Especialista em Direito Civil - UFBA. Especialista em Segurança Pública Internacional - UNEB - Universidade de Pádua - Itália.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais representam um norte no que tange à interpretação e garantia dos direitos básicos do cidadão. Desta forma, uma interpretação constitucional acerca dos direitos ao alimento por parte do menor é necessária, à medida que se observa a efetividade e extensão de tal direito.

Temas como a prisão civil do devedor de alimentos e parâmetros para a execução de tal medida, especialmente em relação a dado grupo de cidadãos como os idosos, merecem ser comentados. A razoabilidade da execução desta medida será o objeto deste texto doravante.

2 TEORIA DO SOPESAMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os mandamentos constitucionais têm prevalência sobre as demais normas, haja vista a noção estrutural do ordenamento jurídico. A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen determina estar a Constituição de um país no topo destes ordenamentos. Interessante, todavia, é observar a melhor forma de se dar máxima eficácia aos dispositivos constitucionais, mesmo que, aparentemente, possa haver colisão entre eles.

É importante citar a doutrina de Robert Alexy acerca do assunto, quando, a par de estabelecer uma teoria geral dos direitos fundamentais a partir do modelo alemão, permite estabelecer paralelos com o sistema constitucional brasileiro.

Como ponto de partida, importante estabelecer a distinção entre regras e princípios. As regras são taxativas, precisas e determinadas, cabendo ao intérprete uma exegese de adequação do caso concreto à norma. Na doutrina, tal silogismo convencionou-se o chamar juízo de concreção.

A generalidade inata ao princípio permite amoldá-lo a diferentes hipóteses e servir de norte para a interpretação e aplicação das regras. O princípio é como rotula Robert Alexy (2009), um “mandamento de otimização.”

O princípio aproxima-se do conceito de valor, dada a sua abstração inerente. Vale a lembrança da Teoria Tridimensional do Direito, da lavra do professor Miguel Reale, na qual indica ser o direito um fenômeno influenciado pelo fato, valor e norma.

O fato estaria no substrato diário da realidade, o valor seria o censo social da comunidade acerca de um dado fenômeno e a norma, a posituação posterior do fato. Logo, o princípio, em certa medida, atrai sobre si certa dose de subjetividade.

Subjetividade também presente na Teoria Ecológica do Direito, cujo autor é Carlos Cossio, na qual situa o direito no campo cultural e dá prevalência à conduta do indivíduo em detrimento da norma. Algumas legislações ou sistemas jurídicos como o *civil law* privilegiam as normas. Já o sistema *comon law* enfatiza mais a aplicação de princípios ao caso concreto.

Como exemplo do critério de generalidade, pertinente ao tema deste trabalho, cite-se o comando principiológico da liberdade. Todavia, há regra mais específica no art. 5º, inciso LXVII, da CF, proibindo a prisão civil dos cidadãos. A regra é que a explicitação do princípio é a face palpável.

Os princípios, nas palavras de Robert Alexy, são “mandamentos de otimização”. As regras a todo momento se chocam, pois é um juízo de exclusão que orienta a sua aplicação. A valoração de princípio se dá a partir da verificação da amplitude no caso concreto. Vale a transcrição do citado autor:

Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau (ALEXY, 2009, p. 91).

O modelo de solução de conflitos é observável pela doutrina através de um critério de precisão, ou seja, a estipulação de fatores como a cronologia ou a especialidade da norma em relação a outra são suficientes para determinar o direito no caso concreto.

Os manuais de hermenêutica jurídica são clássicos em doutrinarem “lei posterior derroga lei anterior ou lei especial prevalece sobre lei geral” como meio de superação de eventuais antinomias.

Tal critério taxativo não tem como prevalecer em relação a princípios constitucionais, visto que se referem a conceitos de igual importância e hierarquia.

Segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais, de Alexy, em sede de conflito de princípios, deve-se escolher um ou outro conforme “a precedência sobre determinadas situações”. O caso concreto vai discriminar, sem contudo imprimir hierarquia entre ambos valores.

O critério de escolha de princípio deve assim ser o sopesamento, ou seja, a ponderação em espécie acerca do grau de incidência no caso em apreço. Trata-se em tela do princípio da proporcionalidade, dando maior liberdade de interpretação ao jurista. Vide a transcrição do conceito pelo autor:

O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto (ALEXY, 2009, p. 95).

Tal fórmula de superação de conflitos em sede de aparente conflito de princípios é intitulada como lei de colisão, sendo certo que Robert Alexy defende não haver engessamento na aplicação dos princípios. Há na relação entre os princípios relativa instabilidade.

Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamento de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis (ALEXY, 2009, p. 99).

O princípio tem uma *prima facie*, pois é uma impressão a ação do intérprete que vai determinar o efetivo contorno do que está sendo observável. O grau de abstração e a incidência vão ser determinadas pelo agente.

Tal determinação ocorre a partir da argumentação envolta na aplicação de um ou outro princípio a ser observável no caso concreto. O critério da autoridade nem sempre é útil, visto haver princípios de igual hierarquia. “Um princípio cede lugar quando, em determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico” (ALEXY, 2009, p. 105).

Nesta operação silogística de definição do critério para aplicação do princípio tal grau de abstração é relacionável à “intensidade de realização” daquele valor no caso em concreto em relação aos demais. Chega-se a estabelecer uma escala em forma de parábola para demonstrar tal postulado.

O critério de sopesamento na definição do princípio constitucional aplicável deve privilegiar a argumentação e fundamentação da escolha de um princípio

em detrimento de outro. Tal modelo se sobressai ao modelo do sopesamento decisionista, onde haveria somente um “processo psíquico não controlável racionalmente” (ALEXY, 2009).

A eleição deste critério contribui para a maior efetividade do texto constitucional e colabora para dissuadir qualquer afirmação no sentido de haver normas antinômicas na Lei Fundamental do Estado.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais passa a partir de uma construção teórica que os distingue dos demais direitos e normas do ordenamento jurídico. A essencialidade e sua relação com os primados constitucionais de um Estado permitem estabelecer uma relação na progressão do reconhecimento de tais direitos no mundo.

O conceito de direitos fundamentais confunde-se com o termo direitos humanos, havendo, todavia, sutil distinção. O termo direitos humanos é mais genérico e reflete posições de direito internacional reconhecidos em tratados e convenções. Já os direitos fundamentais têm implicação direta com o conjunto de direitos e posições jurídicas atinentes a um ordenamento jurídico em particular. Direitos positivados na Constituição do Estado, e dada a sua imprescindibilidade, têm vinculação inclusive em relação à ação do Estado.

O caráter abstrato e em certa medida intangível dos direitos humanos os vincularam ao jusnaturalismo, na medida em que há a semelhança no sentido da existência de um valor absoluto e inerente à condição humana.

Um conjunto mínimo de direitos necessários à satisfação do homem, antes mesmo de serem positivados, era defendido pelos autores filiados ao jusnaturalismo. A transmutação de tais direitos em normas positivadas permite apontar para a cristalização dos direitos fundamentais.

Também defensor de um conjunto supralegal de direitos aos seres humanos, São Tomás de Aquino e sua escolástica já defendiam a atribuição de tais direitos ao homem pela simples condição de possuir uma essência que lhe diferenciava dos demais seres.

Chega o professor Ingo Wolfgang Sarlet a defender o primado da possibilidade do direito de resistência da população ao Estado quando houver um desajuste entre tais esferas. Vide a citação:

De particular importância foi o pensamento de São Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã de igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar o exercício do direito de resistência da população (SARLET, 2012).

Importante neste avanço acerca do reconhecimento de direitos fundamentais e inalienáveis a contribuição de John Locke na medida em que afirma ter tais direitos eficácia inclusive em face dos agentes do Estado. Nesta seara de direitos indisponíveis cita-se, por exemplo, o direito à vida e à liberdade.

Os ideais iluministas se expandem no sentido de que o homem como parte de um contrato social é obrigado a deveres assim como é senhor de direitos.

A par das construções teóricas é importante observar que a sedimentação dos direitos fundamentais é uma edificação histórica e cultural. À medida que as necessidades do homem foram progredindo, bem como se observou espaço para o atendimento das reivindicações postas, foi possível viabilizá-los.

Neste contexto, importante observar a modificação do papel do Estado, outrora absolutista para um Estado do Bem-Estar Social na maior parte dos ordenamentos, visto que a função do Estado, além da proteção da soberania, é também a promoção do cidadão.

Tal progressão é relacionada a dimensões essenciais dos direitos fundamentais. Isto porque as necessidades do homem tornaram-se mais complexas. De certa forma, o Estado teve de especializar-se para fornecer o necessário ao cidadão. Suas necessidades básicas são alteráveis. Vale a citação do professor Ingo Sarlet neste aspecto:

Ainda neste contexto - no caso referindo um importante adversário de uma visão abstrata dos direitos e de seu processo evolutivo -, vale lembrar a arguta observação de Joaquín Herrera Flores, no sentido

de que se é possível falar em gerações (para nós, dimensões) de direitos, estas encontram-se menos vinculadas a uma manifestação de racionalidade humana universal, tal como sustentada desde os estoicos até a Declaração da ONU, de 1948, mas sim dizem respeito às diversas reações funcionais e críticas que têm sido implementadas na esfera social, política e jurídica ao longo dos processos de acumulação capitalista desde a baixa idade média até os nossos tempos (SARLET, 2012, p. 53).

Nesta seara de raciocínio cita-se, por exemplo, o direito que o Estado tem de fornecer ao indivíduo medicamentos recém-elaborados, cuja utilização propicia prolongar a vida do indivíduo. Ou ainda, de acordo com o avanço dos meios de comunicação, a necessidade de o Estado fomentar e propiciar em certa medida um acesso mínimo do cidadão a tais tecnologias.

Como a evolução em sede de dimensões de direitos fundamentais é constante, requer-se uma nova conformação dos meios de promoção de justiça para assegurar tais direitos. Neste sentido, a indicação da obtenção de alternativas para a concreção de tais direitos não necessariamente decorrentes do conjunto normativo posto.

É necessário ao intérprete ousar, a fim de ecoar a expansão, e principalmente na contemporaneidade da legislação aos direitos fundamentais correlatos. Nesta seara, cite-se a relação entre o direito de alimentos dos filhos menores e a forma como a Justiça realiza a satisfação deste débito.

A nova dinâmica social e estrutural da economia permite acessar meios, não necessariamente jurídicos, para facilitar e favorecer a cobrança deste débito de forma mais razoável. Leia-se razoável a possibilidade de se cobrar o débito sem necessariamente ter-se de sempre sacrificar o direito de liberdade de outrem nas hipóteses especificadas na legislação.

Note-se que a expansão dos direitos fundamentais ocorrerá não somente no sentido de se observar e analisar novos direitos fundamentais, dada a progressão gradual destes. A reinterpretção de tais direitos fundamentais é missão do intérprete.

O esforço para a maior efetividade de tais direitos fundamentais deverá ocorrer na medida em que se garantirá a máxima extensão de tais direitos, ainda que aparentemente antagônicos. Ou seja, na inter-relação dos direitos fundamentais deverá se utilizar a interpretação mais favorável à salvaguarda, possível, de um maior número de interesses em xeque.

No exemplo acima citado, será possível a satisfação do débito alimentar, sem necessariamente sacrificar a liberdade de outrem. Cabe ao intérprete, ao menos, um esforço no sentido de tentar salvaguardar o direito aos alimentos de um e a liberdade de outro. Repita-se, acaso possível, a fim de arrematar o exemplo retro.

Outrossim, a tutela de novos direitos requererá muito mais a atenção para a revisão do arcabouço jurídico posto. Vide, a respeito, citação de Ingo Sarlet:

Aspecto que igualmente merece destaque diz com as efetivas dificuldades de proteção e implementação que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e da terceira dimensões, apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais (SARLET, 2012, p. 54).

Tais lutas pela obtenção de tais direitos são dinâmicas e fruto de tensões sociais que extravasam os limites da seara institucional do Judiciário e do Legislativo, conforme prega Antonio Carlos Wolkmer, citado por Ingo Sarlet (2012).

A evolução da posição dos direitos fundamentais permitiu estabelecer sua condição à possibilidade de ser fundamento de validade segundo a doutrinadora L.M. da Silva Cabral Pinto, citada por Ingo Sarlet (2012, p. 59), como “critério de legitimação do poder estatal”. Nesta seara também o entendimento de Ferrajoli, para o qual os fins que norteiam o Estado moderno vinculam-se à promoção dos direitos fundamentais.

Sem adentrar na senda de ser uma ordem jurídica só considerável justa a partir da forma como promove ou não os direitos fundamentais, importante observar que a Constituição Federal de 1988 trouxe em sua parte inaugural os primados dos direitos fundamentais.

As Constituições de 1824, 1891 e 1937 traziam, em primeiro lugar, a organização do Estado e só posteriormente imprimiram a determinação dos direitos fundamentais. A carta magna de 1988, como gesto concreto, elucida e expõe inicialmente os objetivos do Estado e a promoção do ser humano como pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos fundamentais não englobam somente uma ou outra categoria de direitos, sendo encontráveis em diversas partes do texto constitucional, assim como há uma ascensão de novas tutelas compatíveis com as demandas sociais atuais.

Os direitos fundamentais não são encontráveis só no catálogo que lhes é destinado em artigos iniciais da Constituição. Antes, são observáveis em diversas partes do texto constitucional e até fora da Carta Magna.

Lembre-se da expressão “decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados”. Logo não há que se falar em rol taxativo de direitos fundamentais, por toda permeabilidade ao fato social que restou demonstrada na sua conceituação até aqui.

Ademais, o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal se constitui em uma verdadeira cláusula aberta para a adoção de novos direitos fundamentais constitucionais.

Registre-se citação sobre Konrad Hesse promovida por Ingo Sarlet:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa - na sua dimensão individual, coletiva ou social - que por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no capítulo dos Direitos Fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente e (materialmente) fundamentais. (SARLET, 2012, p. 80).

Acerca de tais direitos fundamentais não escritos, o autor Ingo Sarlet os nomina de direitos fundamentais fora do catálogo, a exigir do agente uma ação de interpretação observando o regime e os princípios decorrentes.

A interpretação de tal cláusula aberta acerca dos direitos fundamentais aproxima o regime brasileiro neste particular do sistema anglo-saxão do “*comon law*”. Isto porque ao intérprete no caso concreto será permitido um esforço de ilação e dedução a fim de observar a proteção ou não de um dado direito a partir do enfoque dos direitos fundamentais, mesmo que não explicitados.

É uma cláusula, por conseguinte, consagradora do princípio da equidade e da construção jurisprudencial, que informam todo o direito anglo-americano, e que, por via dele, penetram no nosso sistema jurídico. Também entre nós, não é a lei a única fonte do

direito, porque o “regime”, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os princípios da Constituição (república federativa presidencialista) geram direitos (SARLET, 2012, p. 86).

Como exemplo de direito fundamental fora do catálogo pode-se citar o direito à proteção da entidade familiar insculpida no artigo 226 da Constituição Federal. Tal direito terá implicações e desdobramentos a partir da ação do intérprete.

O autor Ingo Sarlet chega a indagar acerca da necessidade do §2º ao artigo 5º, uma vez que a interpretação dos direitos fundamentais, pelo exposto, já requer necessariamente um esforço de expansão dos efeitos das normas primárias. Atribui tal efeito ao sistema implantado de proteção aos direitos fundamentais.

[...] e o desenvolvimento de direitos não escritos com base nos princípios fundamentais da Constituição, em decorrência da força expansiva destes, pode ser considerado algo inerente ao sistema. Neste sentido o artigo 5º, §2º, passaria a exercer função preponderantemente didática nesta seara... (SARLET, 2012, p. 139).

A eficácia irradiante vertical de tais direitos fundamentais sobre a legislação infraconstitucional foi rotulada de “Ausstrahlungswirkung” (SARLET, 2012), não só balizando a aplicação como também a interpretação do direito infraconstitucional.

Importante neste contexto a interferência do direito fundamental no procedimento que o concretiza ao cidadão. Assim, a interpretação conforme os direitos constitucionais amoldam às instituições e os ritos procedimentais à máxima eficácia e efetividade de tais direitos.

É o direito ao não embaraço ao exercício de tal categoria de posições jurídicas por um ou outro aspecto secundário inerente à máquina administrativa de concessão e reconhecimento de direitos.

Neste sentido, sustenta-se que, com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitar uma redução do conteúdo material deles (SARLET, 2012).

Resumindo o exposto acima, George Jellinek, citado por Ingo Sarlet (2012, p. 157), descreve três status conferidos ao indivíduo, necessariamente nesta ordem: “a)

passivo, b) negativo e c) positivo.”. No passivo o cidadão é só cumpridor de ordens e comandos estatais, no segundo o Estado passa a dever se abster de algumas ações em face do indivíduo e no terceiro estágio a pessoa pode requerer e se valer do Estado para satisfação de necessidades.

Logo, caminhou-se para a observação de poder ser cominada ao Estado, em certas situações, em comum com o particular a realização de certas prestações na promoção dos direitos fundamentais e observadas “*as peculiaridades do objeto*” (SARLET, 2012, p. 228).

Os direitos fundamentais são históricos e insculpidos no art. 5º da Constituição Federal. A eficácia de tais direitos deve ser direcionada em relação aos aspectos subjetivos, ou seja, os destinatários da norma constitucional.

A positivação dos direitos fundamentais ocorreu gradualmente em relação aos sistemas constitucionais mundiais. Neste contexto, os direitos fundamentais apresentam um significado em relação ao Estado Democrático de Direito.

Tais direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988, apresentam-se em um catálogo. No sistema constitucional brasileiro, os direitos apresentam-se como termos materialmente abertos.

Importante a superação clássica da eficácia dos direitos fundamentais como contraponto ao sentido da eficácia prestacional dos direitos fundamentais. Assim, há a superação dos modelos e concepções clássicas acerca de direitos fundamentais.

Questiona-se a vinculação do poder público a tais normas fundamentais, bem como o âmbito de proteção e limites para tais normas. Para tanto, imprescindível uma revisitação ao princípio da vedação ao retrocesso.

Chega-se aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, de sorte a defini-los sob a perspectiva de diferentes níveis.

Por exemplo, a estrutura do direito à liberdade implica em um sistema constitucional de posições jurídicas fundamentais.

Importante demonstrar por tal digressão como é possível amoldar condicionantes a direitos postos na própria Constituição Federal. Por exemplo, as liberdades implícitas. Há relação entre o direito geral de liberdade e outras normas constitucionais.

A ação do Estado é imprescindível a fim de se efetivarem os direitos fundamentais. Desta forma existem as seguintes classes de direitos: a) direito à proteção; b) direito a organização e procedimento; c) direito a prestações em sentido estrito.

4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito encontra seu fundamento a partir da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. A fundamentação e proteção de uma dada ordem jurídica passam pela forma como os institutos jurídicos permitem o regular desenvolvimento das potencialidades humanas.

O contorno da dignidade da pessoa humana é construído no tempo e espaço a partir da consolidação de certos paradigmas pela doutrina e jurisprudência. As necessidades e principalmente as potencialidades para o desenvolvimento da personalidade humana se expandem.

Assim, o termo dignidade da pessoa humana há de se expandir a fim de fazer frente a estes novos marcos. Por exemplo, os avanços da genética e dos meios de informática determinarão a concessão de novas demandas e promoções por parte do Estado.

Estado que deixa de ser só um detentor de direitos e prerrogativas em face do cidadão e passa a dever contribuir para o desenvolvimento das potencialidades do indivíduo. Cite-se, por exemplo, a Suécia, onde se assegura os direitos de acesso aos recursos da genética.

Assim, assume papel de relevo a Declaração Universal dos Direitos do Homem como patamar referencial de tutela e garantia de direitos humanos.

Antevendo a crescente abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 5º, §2º, da CF determina a possibilidade da incorporação de novos direitos humanos eventualmente assegurados via tratados internacionais.

Entre o que é e o que deve ser há possivelmente a concepção sociológica da dignidade da pessoa humana (dever-ser) e a dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana (ser). O direito posto dá, como dito, os contornos da dignidade da pessoa humana em dado contexto.

A novidade é o fato de tal dignidade da pessoa humana ser variável, contornável e permeável a mudanças e avanços na situação do ser humano. Assim, importante a observação do princípio da vedação ao retrocesso.

Ou seja, uma vez garantido um patamar de proteção ao indivíduo, não pode o Estado, ainda que por legislação infraconstitucional, turbar, atrapalhar o regular desenvolvimento e reconhecimento de tal salvaguarda. O Estado existe, dentre outros primados, a fim de promover a dignidade da pessoa humana.

Se para o Estado há a impossibilidade de retrocesso em tal tutela, não haveria para o particular a possibilidade de dispor livremente de tal prerrogativa. A dignidade da pessoa humana impõe aos direitos da personalidade, tais como o direito à imagem e o direito à disposição de partes do corpo, duas características importantes: a irrenunciabilidade e a inalienabilidade.

Irrenunciável, pois, como inato à própria condição humana, não há como se deferir qualquer título de cessão ou flexibilização em sede de tais direitos.

Cite-se o caso do arremesso dos anões na França, nos quais estes eram utilizados em boates como atração, tendo órgão público local embargado tal prática. Ocorre que, a par do recurso e da vontade dos anões pela continuação dos arremessos, a Justiça francesa da época entendeu que aquilo feria a dignidade do ser humano. Vide:

O arremesso de anões foi proibido na pequena cidade francesa de Morsang-sur-Orge em 1992, e o caso passou pelas cortes administrativas de apelação por iniciativa do dublê Manuel Wackenheim - que ganhava a vida como arremessado - até chegar ao Conselho de Estado, que em 1995 decidiu que uma autoridade municipal poderia proibir a prática sob a alegação de que ela não respeitava a dignidade humana, sendo, portanto contrária à ordem pública (WIKIPÉDIA [2015?]).

O caractere da inalienabilidade deve-se ao fato de, ainda que algum aspecto da personalidade possa ter valoração econômica, tal cessão ocorrerá por tempo determinado e sob permissão do titular. Cite-se o exemplo de escritor que cede os direitos sobre sua obra para uma editora por determinado tempo ou de um cantor que após sua morte tem os direitos sobre a obra transmitidos aos herdeiros por dado tempo.

Cada ser humano adquire valor absoluto e o Estado de alguma forma deverá fazer frente a tal necessidade e às vicissitudes de tal enunciado. Leia-se que o Estado é obrigado a envidar os esforços possíveis a fim de promover e fomentar o desenvolvimento de uma vida, de um cidadão que seja.

O Estado em certos casos recusa-se ao fornecimento de medicamentos individualmente sob o argumento do preço elevado destes. Ocorre que judicialmente, em guarida ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado é obrigado a atender aquela potencialidade de desenvolvimento de vida. Assim, a vida adquire caráter ímpar e absoluto.

A liberdade é o ambiente propício para a dignidade da pessoa humana florescer, uma vez que os remédios e garantias fundamentais devem ser constantemente objeto de reivindicação. A reivindicação e tutela de tais direitos deverão ocorrer em ambiente no qual seja assegurada autonomia e independência especialmente do Poder Judiciário.

A dignidade da pessoa humana assume uma feição relacional comunicativa, na medida em que a interação e a forma como o sujeito é identificável na sociedade dão o tom de tal conceito.

A natureza eminentemente biológica acerca de tal direito deverá ser observável como complemento a tal percepção, na medida em que todos, dada a constituição física ser idêntica, são merecedores de igual proteção por parte do Estado. Aqui há uma confirmação da escolástica de São Tomás de Aquino.

A dimensão de prestação da dignidade da pessoa humana deve-se ao fato de ser fruto de uma conquista paulatina de gerações, na medida em que se cristalizaram tais direitos, outrora reivindicados e arguidos por uma minoria.

A psicologia social afirma que os fenômenos devem ser interpretados a partir da percepção deste em relação ao meio social. A fenomenologia de Husserl prega que um evento deve ser estudado a partir das impressões que causa no sujeito. Ambas correntes são reflexos da pós-modernidade.

Assim, também a dignidade da pessoa humana pode ser considerada a partir do enfoque da cultura. Símbolo que se constrói dentro da sociedade a partir das percepções e interações dos cidadãos.

Repita-se, uma reivindicação hoje tida como supérflua amanhã poderá ter outra conotação, de acordo como a forma que a comunidade e o meio a absorverem. Citem-se os direitos relacionados aos avanços da genética.

Como exemplo acerca da superação de paradigmas, cite-se a alteração na forma como a pena é imposta aos infratores, produto de um consenso sobre a necessidade de coibição de alguns excessos.

A pergunta a ser feita hoje é se a forma como as penas atuais são impostas de alguma forma não aponta para a necessidade da superação deste modelo. Será que a prisão civil do devedor de alimentos é razoável frente aos meios de coerção e cobrança de débitos existentes atualmente?

Acerca de tal ponto de vista o autor se posiciona:

O mesmo ocorre com a evolução das penas em matéria criminal ao longo do tempo, já que na mesma sociedade ocidental, que já reconhecia a dignidade da pessoa como um valor até mesmo para o Direito, determinadas penas, inicialmente aceitas como legítimas, foram prescritas em função de representarem violações da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 28).

A dignidade da pessoa humana é um comando ao Estado na medida em que lhe impõe limites sobre a ação em relação ao cidadão. Tais limites ou abstenções podem ser sinônimos dos direitos de primeira geração, quais sejam os direitos de liberdade e incolumidade do indivíduo.

Ainda em relação ao Estado, a dignidade da pessoa humana representa um comando na medida em que é papel do Estado desenvolver meios adequados para sua satisfação. Cite-se que na Constituição Federal de 1988, antes dos meios de organização do Estado, há a tutela da dignidade da pessoa humana como princípio da Federação.

Não se deve olvidar que o princípio constitucional em comento exerce um papel transversal nas relações de direito privado, influenciando e remodelando os contratos e as obrigações em geral. Vide o destaque dado ao respeito à boa-fé no direito civil, observável em institutos como a “supressio” e a “surrectio”.

CONTRATO. TRATATIVAS. “CULPA IN CONTRAHENDO”. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTÍCIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTÃO MANIFESTA A INTENÇÃO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIÊNCIA, NÃO MAIS INDUSTRIALIZÁ-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUÍZO AO

AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZAÇÃO À METADE DA PRODUÇÃO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGÊNERE, AS INSTÂNCIAS DA RÉ. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO. (12FLS - D.) (Apelação Cível nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991).

O parâmetro acerca da dignidade da pessoa humana é observável, segundo alguns, a partir de sua negação. Assim, digna de registro a citação de Dürig por Ingo Sarlet:

Vale citar a fórmula desenvolvida por Günter Dürig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos (SARLET, 2012, p. 34).

A promoção deste primado requer ambiente favorável e propício a um ambiente internacional de direitos humanos. A sua tutela e salvaguarda passam por ambientes político-institucionais permeáveis à crítica e à reflexão, com a presença de instituições de fiscalização independentes e autônomas.

Importante neste passo o fortalecimento de organismos internacionais como a ONU e o Tribunal Penal Internacional, sendo que a legitimidade deste último inclusive já foi reconhecida pela Constituição Federal. Problema se enfrenta no que se refere à forma de sancionar internacionalmente Governos e Estados que violem tais salvaguardas, haja vista o valor da dignidade da pessoa humana.

Diferentes enunciados e normas em Constituições estrangeiras refletem a multiculturalidade do termo dignidade da pessoa humana, entretanto um chama a atenção e especial peculiaridade. Cite-se:

Aquele que estiver em estado de necessidade e não estiver em condições de cuidar de si próprio é titular de uma pretensão de ajuda e acompanhamento e aos meios indispensáveis a uma existência digna. Art. 12 da Constituição Federal Suíça de 2000 (SARLET, 2012).

Importante assim para refletir o magistério do professor Edson Fachin acerca do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Assim, tal teoria defende que o cidadão deve ter assegurado, pelo menos o mínimo substancial para satisfazer suas necessidades básicas. Em não sendo possível pelo sistema de relações privadas, que o Estado supra tal necessidade.

A dignidade da pessoa humana pode estar assumindo um novo contorno no Brasil, na medida em que pode estar a demandar a satisfação de necessidades materiais do cidadão pelo Estado? Importante provocar acerca da possibilidade de o menor, cujo pai não é localizado para pagar alimentos, demandar tal tutela do Estado.

Ainda neste contorno aberto da dignidade da pessoa humana, cite-se a regulamentação de embriões e medicina genética, repita-se, posto na Constituição suíça (SARLET, 2012, p. 52).

As relativizações das periodizações deste termo universal são bem postas pelo doutrinador Ingo Sarlet. Vide:

Neste contexto, são dotadas de sentido as “periodizações” históricas do pensamento acerca da dignidade e da dignidade humana: “dignitas” na Antiguidade (dignidade como caracterização de uma posição social dentro da sociedade e distinção de cada dignidade humana diante de criaturas não humanas) e no Estoicismo como compartilhamento pelos homens do atributo da razão. Para o Cristianismo da Antiguidade e da Idade Média, a imagem e semelhança dos homens para com Deus. Na Renascença, Pico Della Mirandola compreendeu a dignidade do homem a partir de sua essencial possibilidade de escolha. No Iluminismo, foi a dignidade, como liberdade, associada à ideia estoica de dignidade como compartilhamento da razão. Pufendorf acrescentou à noção de dignidade a ideia de igualdade de todos os homens. O aperfeiçoamento deste pensamento por Kant culminou na ideia da insubstituibilidade de cada ser humano (SARLET, 2012, p. 71).

A dignidade da pessoa humana não deve ser considerada como uma dádiva, como defende Hasso Hofman e sim como uma prestação “Leitung”, relacionada mais às atividades concretas do homem (SARLET, 2012, p. 73).

A dignidade da pessoa humana é algo inato e extensível a quem, inclusive, não tenha possibilidades de manifestação de vontade livre e eficaz. Nesta seara, extensível, como bem em si assegurado, pelo nascimento com vida.

Inegável a matiz da dignidade da pessoa humana e o sistema social e jurídico do qual emana, uma vez que o conteúdo do primeiro perpassa por matizes ideológicos dos respectivos Estados nacionais.

Tal conceito, entretanto, por ser cultural, é passível a intercâmbios e a modulações a partir de tais contatos. Assim, os tratados e convenções acerca do tema assumem papel de destaque no contexto internacional. Cite-se Ingo Sarlet:

Conceitos de dignidade não são mais hoje desenvolvidos apenas no interior de uma sociedade, de uma cultura; eles também se orientam e se desenvolvem por meio de intercâmbio com outras culturas, sobretudo sob o signo dos Pactos de Direitos Humanos (SARLET, 2012, p. 80).

Dentro das fundamentações filosóficas acerca do valor da dignidade da pessoa humana, Béatrice Maurer destaca três correntes principais, cuja passagem merece transcrição:

Consideremos três grupos: os que estabelecem a dignidade como um absoluto transcendental e prévio a tudo, os imanentistas, que a inscrevem numa progressão histórica, e, finalmente, os que a negam (SARLET, 2012, p. 125).

A mesma autora distingue a “dignidade em si”, “da dignidade para nós” da “dignidade em si”. A “dignidade em si” é a representação que cada um faz acerca do termo dignidade, sendo subjetivo e consoante a cosmovisão de mundo de cada um. Já a “dignidade para nós” é aquela concepção de dignidade da pessoa humana a partir de um consenso de dada sociedade. Por fim, a “dignidade em si” é o modelo ideal a ser perseguido nos diferentes ordenamentos.

Interessante, para concluir, a maleabilidade dos termos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, servindo como pano de fundo para albergar as diferentes tutelas e demandas. Constitui-se em um conceito aberto, na medida em que está em constante adaptação às necessidades do meio. Vide citação de Béatrice Maurer:

Reconhecido muito recentemente como um princípio constitucional francês, já serviu tanto no âmbito da bioética como para fundar o direito à moradia. Até onde nos levará essa nova “releitura” dos direitos humanos? (SARLET, 2012, p. 136).

A perspectiva histórica dos direitos humanos o confunde com os direitos jusnaturalistas. Entretanto, tal primado é objeto de uma construção histórica, valendo aqui citar a teoria tridimensional do direito e a teoria egológica do direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se positivado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1949, e está na Constituição Federal como princípio fundamental.

As suas implicações, intelecções e efeitos tendem a observar as dimensões da dignidade da pessoa humana, especialmente no livro de igual título.

A dignidade da pessoa humana pauta a ação estatal e é relevante considerar a sua evolução em relação a outros ordenamentos jurídicos no mundo como norte a permitir a interpretação adequada dos direitos fundamentais do ordenamento pátrio.

5 DIREITO A ALIMENTOS

O direito a alimentos está regulado no Código Civil e no Código de Processo Civil, de sorte que a Constituição Federal traz a proteção à família, à infância e ao idoso.

Ocorre que a natureza dos alimentos amplia-se na proporção em que as necessidades do indivíduo dentro do Estado Democrático de Direito, sob a ótica dos direitos fundamentais, foi ampliada. Vide o que afirma Arnaldo Marmitt:

A abrangência dos alimentos amplia-se cada vez mais, de conformidade com o crescimento da importância do direito fundamental do ser humano, que é o de viver e realizar-se socialmente. De alcance cada vez mais expressivo, não se restringe à alimentação em si, mas estende-se a tudo que for necessário na atualidade para o sustento e tudo mais que for exigido pelas contingências da vida moderna. Compreendem todos os recursos necessários para a vida, dentro do contexto em que vive o beneficiário, com suas necessidades físicas, morais e jurídicas (MARMITT, 1993, p. 10).

No binômio possibilidade de quem paga e necessidade de quem recebe, caberá ao Poder Judiciário arbitrar o suficiente para a manutenção do menor. Assim, a Constituição Federal permite a prisão civil do devedor de alimentos. Norma que teve a influência do Pacto de São José da Costa Rica.

Não obstante seja possível, no momento, questionar a aplicação da medida a partir da condição pessoal do réu.

Neste sentido, clássica é a transcrição do Habeas Corpus 57.915-SP, julgado no Superior Tribunal de Justiça, sendo concedida a prisão civil ao idoso postulante por questões inerentes ao envelhecimento e na defesa dos direitos fundamentais desta especial parcela da população. Vale a transcrição de trechos de tal acórdão, encontrado no sítio da internet:

HABEAS CORPUS Nº 57.915 - SP (2006/0085351-2) STJ PRISÃO CIVIL. REGIME DOMICILIAR. PACIENTE IDOSO E DOENTE. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DA LEP - Em regra, não se aplicam as normas da Lei de Execuções Penais à prisão civil, vez que possuem fundamentos e natureza jurídica diversos. Em homenagem às circunstâncias do caso concreto, é possível a concessão de prisão domiciliar ao devedor de pensão alimentícia. **VOTO: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator):** A decretação de prisão civil não é uma sanção penal, mas uma medida coercitiva para compelir o devedor de alimentos a cumprir o avençado. ...- Em homenagem às circunstâncias do caso concreto, é possível a concessão de prisão domiciliar ao devedor de pensão alimentícia.”(HC 35.171/HUMBERTO); ...”Prisão civil. Regime aberto. O regime aberto não é incompatível com a prisão civil, podendo ser adotado se o recomendarem as circunstâncias do caso concreto, a serem prudentemente avaliadas pelo juiz.”(REsp 70.400/EDUARDO).

O acórdão retro traz um ensinamento que deverá ser observado doravante, ao afirmar que o juiz deverá atentar para as peculiaridades do caso ao decretar a prisão civil do devedor de alimentos. O respeito aos direitos fundamentais do cidadão importa que sempre que a prisão civil atentar contra as condições peculiares de saúde e integridade do indivíduo possa o juiz, no caso concreto, aplicar, por exemplo, a prisão civil domiciliar tal qual a execução penal.

Leia-se que, se pode o condenado por crime ser beneficiado consoante o artigo 201 da Lei de Execução Penal com a prisão domiciliar, por que não o devedor de alimentos que cometeu um ilícito cível, cuja lesão a bem jurídico foi relativamente menor?

Questão a provocar os juristas impende a observar em quais outras situações, além da prisão de idosos, deverá ser considerada a hipótese de concessão da prisão especial. Isto porque o acórdão acima transcrito recomenda tal postura pelo magistrado “sempre que as circunstâncias do caso concreto autorizarem”.

A peculiaridade da natureza do crédito alimentar faz com que o débito de alimentos possa relativizar a impenhorabilidade do bem de família e determina que a prisão do devedor de alimentos deva ser em cela especial (AZEVEDO, 2012, p. 144).

Há o confronto entre o direito fundamental aos alimentos e o direito à percepção de alimentos por parte do alimentando. Nesta seara, razoável interpretar a Constituição Federal de modo a esgotar os meios de cobrança e subsidiariamente realizar-se a prisão do réu. Apesar de haver quem defenda entendimento contrário. Vide:

A rigor, o decreto de prisão civil do alimentante não depende do esgotamento prévio das medidas executórias comuns. Não tem como pressuposto tal mister, pois nenhuma lei o impõe. Nenhum dispositivo legal exige primeiramente esgotar as providências específicas postas à disposição do credor, ainda que teoricamente frutíferas (MARMITT, 1993, p. 178).

Importante aqui citar que o parâmetro mínimo para a decretação da prisão civil do devedor de alimentos é balizado pela Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, que prega dever ao menos três parcelas de alimentos em atraso a fim de ensejar a possibilidade de decretação da prisão civil do réu da ação de execução de alimentos.

6 DIREITO DE NÃO SER PRESO CIVILMENTE

A prisão civil foi, durante muito tempo, o meio hábil para cobrança de obrigações cíveis e comerciais. Com o tempo, a execução de dívidas passou a se restringir ao patrimônio do indivíduo.

O professor Álvaro Vilaça, em seu livro *Prisão civil do devedor de alimentos*, faz alusão a tais regramentos cujas passagens a seguir aludem às respectivas passagens históricas:

a) “Assim, pelo §115, se uma pessoa tinha contra outra um crédito de trigo ou de prata e se o credor tomasse em garantia desse crédito uma pessoa, e se esta pessoa executada morresse, de morte natural, na casa do mesmo credor, essa causa não motivava qualquer reclamação”. Fl. 03 (Código de Hamurabi);

b) “Portanto, o inadimplemento obrigacional culposo, a falta de pagamento do débito, era equiparado ao furto, ficando o credor investido de meios mais ou menos violentos contra o devedor, conforme a condição deste.” Fl. 05 (Código de Manu);

c) “Tenha-se presente, entretanto, que, diante do despotismo teocrático do Estado, de pretender tornar-se senhor exclusivo de seu súdito, a lei de Bocchoris só permitiu a execução dos bens do devedor porque eram considerados propriedade privada, pois o homem era propriedade do Estado.” Fl. 06 (Egito);

d) “Mais frequentemente, os escravos israelitas eram devedores insolventes, que se entregavam a seus credores, ou entregavam a estes seus filhos, tomados em garantia pelos mesmos credores.” Fl. 06 (Hebreus);

e) “Com o surgimento da “lex poetelia papiria”, de 326 a.C., o não pagamento do débito passou a ensejar não mais a execução pessoal, mas o patrimônio do devedor” (Direito Romano) (AZEVEDO, 2012, p. 13).

Argumenta-se ser a prisão civil por dívida meio hábil de coerção para compelir o devedor a cumprir seu mister obrigacional. Desta feita, persistiu no ordenamento brasileiro a prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel.

No Brasil, permanece a prisão civil do devedor de alimentos, insculpida no artigo 5º, LXVII: “*Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.*”

A prisão do depositário infiel restou relativizada pela recepção do Pacto de São José da Costa Rica, com status de emenda constitucional, uma vez que se trata de norma sobre direitos humanos.

Ocorre que, considerando a prisão civil como medida coercitiva a obrigar o pagamento de pensão, a prisão deste devedor deverá ser realizada em cela especial. Isto porque trata-se de medida de caráter não penal. Acerca do tema posiciona-se Roberto Serra da Silva Maia, em seu livro *Prisão civil do devedor de alimentos: abolição*:

Assim, uma parcela significativa da doutrina e da jurisprudência entende a prisão civil da dívida alimentar como meio de coerção do devedor inadimplente, ou seja, uma técnica de pressão eminentemente coercitiva como meio de forçar o devedor a adimplir o seu compromisso (MAIA, 2013, p. 71).

Afirmando ser coerção e não pena, por que não aplicar na seara da ação de execução de alimentos as medidas cautelares diversas da prisão previstas pela Lei 12403/2011?

Tal negativa desrespeita o princípio da proporcionalidade, sendo certo que à fl. 93 do livro citado acima o autor referido afirma ser ilógica a manutenção do cárcere do réu. Isto porque uma vez encarcerado não terá como angariar recursos a fim de satisfazer a obrigação alimentícia.

Dentre os direitos concedidos ao que cumpre prisão penal e negados ao cumpridor de prisão civil, cite-se: a liberdade provisória, o regime aberto domiciliar e a detração.

Para o Estado, faz-se urgente parar de aumentar de forma exorbitante o gasto de manutenção com o sistema de cadeias públicas. Assim, a superação deste modelo de aprisionamento como primeira razão ensejaria ao réu maior possibilidade de as medidas judiciais constritivas de direitos terem um caráter educativo, coadunando-se com os ideais da justiça restaurativa.

Medidas como tornozeleira eletrônica ou prisão domiciliar permitiriam ao réu sofrer coerção e ao mesmo tempo possuir meios razoáveis de obter os recursos a fim saldar o débito alimentar.

Vide citação de Roberto Serra da Silva Maia:

Além da concretização dos efeitos deletérios da prisão apontados alhures, Álvaro Vilaça Azevedo ressalta que a prisão traduz-se em medida inútil e ineficaz, já que, preso, o credor não se aproveitará do trabalho do devedor que, por sua vez, se torna “inútil, improdutivo, sem que, com isso, exista qualquer vantagem ao credor”; além de “injustificado”, pois “a privação temporária da liberdade de uma pessoa não existe para tutelar um interesse social e público, mas um simples interesse privado e pecuniário, qual seja, o relativo cumprimento de uma obrigação” (MAIA, 2013, p. 93).

Cite-se que nem todos os Estados destinam carceragens específicas para os devedores de alimentos. Assim, digno de nota é o relato feito pelo autor às fls. 94 e 95 do referido livro acima citado, ao relatar a situação dos detidos por alimentos na Bahia a partir do que foi veiculado pelo site Kadeconquista.com/v1tag/pensão-alimentícia. Acesso 21/04/2010.

Reafirme-se que a forma como é tratada a execução do devedor de alimentos mediante prisão civil no Brasil fere o princípio da proporcionalidade, na medida em que este primado cinge-se a:

[...] tem seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual do cidadão pelo Estado, e para a consecução de seus fins (MAIA, 2013, p. 93).

Se é o desejo punir penalmente a conduta do inadimplente em alimentos, haveria o recurso de aumentar a pena e o rigor do artigo 244 do Código Penal, referente ao abandono material de incapaz, cuja pena atual é de detenção.

Não é proporcional que a sanção cível seja mais severa do que a própria medida penal, havendo quem defenda que o tratamento da matéria no Brasil configuraria um *bis in idem*. Vide a citação de Maurício Cordeiro, no seu livro *Prisão Civil por Dívida e sua proscrição definitiva*:

Além do mais, é mais do que sabido que a sua perfectibilização não oportuniza o pagamento pelo devedor, mas que se resultado útil acaba por produzir. Certamente isso se sucede dada a sua natureza chantagiosa, cujos fins (pagamento das três últimas pensões acumuladas) procuram justificar os meios (privação da liberdade),

olvidando-se, aqui também, da ocorrência do “bis in idem” ante a existência de tipo penal incriminador no Código Penal para esse comportamento (art. 244, § único, do Código Penal) (CORDEIRO, 2008, p. 68).

7 PRISÃO CIVIL DE IDOSOS SOB O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

As prisões civis de avós idosos para pagar débitos alimentares em relação aos seus respectivos netos têm sido noticiadas com mais ênfase nos últimos tempos. Neste contexto, questiona-se até que ponto tal medida fere o princípio constitucional da proteção ao idoso.

Questão de ordem prática refere-se à forma como se dá a custódia de tais idosos em face de um sistema carcerário com deficiências de estrutura. Vide comentário de Arnaldo Marmitt sobre o tema:

Outras situações aconselham um confinamento mais flexível, tendo em vista a pessoa do devedor, como o idoso, o enfermo, o deficiente físico, a gestante, a mulher que amamenta bebê etc. (MARMITT, 1993, p. 184).

Será que é razoável ainda a prisão civil do idoso em face do que prega o princípio da máxima proteção ao idoso, especificamente a partir da vigência da Lei 10741/2003 (Estatuto do Idoso)? Vide o disposto no artigo 2º da referida lei:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Diante deste conflito aparente de direitos fundamentais, alimentos do menor x direito ao saudável envelhecimento do idoso, a Justiça tem se posicionado no sentido de ser possível ao idoso a decretação da prisão civil domiciliar em casos de alimentos. Vide a lavra de Renan Paes Felix, no livro Estatuto do Idoso:

O idoso que sofrer prisão civil decorrente de inadimplemento de obrigação alimentícia pode gozar do benefício da prisão domiciliar, desde que devidamente analisadas as circunstâncias do caso concreto (FELIX, 2012, p. 30).

Ao idoso, pelo artigo 230 da CF, é facultada a promoção e respeito, tendo o Estado o dever de promover-lhe direitos e respectiva proteção. Nesta seara, já a partir de 2001 o Estatuto do Idoso prevê tratamento adequado do idoso conforme suas necessidades especiais.

Assim, importante apoderar-se de que senão a abolição, ao menos a possibilidade de cominação de uma prisão mais branda ao idoso, cujo filho é inadimplente, no pagamento da pensão alimentícia tem sido considerada pelos Tribunais pátrios.

A prisão não causa só o sofrimento físico, visto que a maior parte das carceragens brasileiras são superlotadas e sem estruturas adequadas para a recepção de pessoas com alguma restrição de movimento, tais como os idosos.

Ademais, a cominação de tal prisão a pessoas desta idade macula toda uma vida de sacrifícios e esforços. Afetam-se a honra e a estima de avós que em nada contribuíram para a falta de atenção e comprometimento dos filhos no exercício da paternidade.

Observe-se que a prisão civil avoenga pode ser questionada inclusive a partir do primado constitucional de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado insculpido no art. 5º LXV da CF. Vide abaixo decisão recente acerca do tema:

STJ garante prisão domiciliar a idoso devedor de pensão alimentícia

Pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça assegurou prisão domiciliar a um devedor de pensão alimentícia. A decisão foi unânime [...]. A Justiça gaúcha de 1ª instância havia decidido pelo entendimento de ser inviável o cumprimento da prisão do devedor de pensão alimentícia em regime domiciliar porque não se aplicam a essa hipótese as disposições da Lei de Execução Penal e as determinações do Código de Processo Penal que versam sobre a prisão especial. HC 35.171 (CONSULTOR JURÍDICO, 2004).

Digna de nota também é a ordem de habeas corpus concedida no Habeas corpus nº 57.915-SP (2006/0085351-2), cuja tramitação ocorreu no STJ.

Razoável, em face dos argumentos postos, é pensar na abolição da prisão civil, ainda que domiciliar, ao idoso, em face de suas contingências e especificamente por tal medida violar tais princípios: a) Princípio da individualização da pena; b) Princípio da máxima proteção ao idoso; c) Princípio da dignidade da pessoa humana.

Poder-se-ia alegar que a prisão civil do idoso não tem caráter punitivo e sim de coerção. Entretanto, há de se observar, como já relatado, que, em termos práticos, o preso criminalmente goza de mais benefícios processuais do que o preso civil.

Ademais, no Brasil, dada a carência de celas especiais, a prisão civil para o idoso assume caráter nitidamente de pena.

8 PRISÃO CIVIL DE MENOR EMANCIPADO

A prisão civil do devedor de alimentos deverá em certa medida atentar para as peculiaridades do réu. Tal raciocínio aplicável aos idosos, como demonstrado no item anterior, é observável em relação aos menores devedores de pensão alimentícia.

É certo que há quem defenda dever haver uma diferenciação entre o menor emancipado e o menor não emancipado. O menor emancipado já apresenta capacidade de fato e de direito para arcar com suas obrigações em sede cível, comercial e de família.

Vide o ensinamento de Otávio Almeida Matos de Oliveira Pinto, em seu livro *A prisão civil do menor emancipado devedor de alimentos: dilema entre direitos fundamentais*, fl. 100:

Impende também salientar que Sérgio Gilberto Porto admite a prisão dos menores devedores de alimentos [...]. Insta admoestar que, como o menor não emancipado não possui plena capacidade para os atos da vida civil, sua prisão civil não deve ser admitida (PINTO, 2013, p. 100).

Outrossim, mesmo para os que defendem a prisão do menor antecipado, haverá de se observar algum critério na execução da coerção. Vide doutrina específica sobre o tema:

Pertinente esclarecer que, especialmente no caso em tela, a prisão deve ser decretada com parcimônia, seguindo a gradação dos meios executórios da obrigação alimentar exposta alhures (PINTO, 2013).

Questão interessante a observar é o fato de referido autor defender a prisão nos casos de emancipação legal, ao passo que cita exemplos de menores, artistas e atletas que auferem vultosos rendimentos.

Importante, outrossim, para o texto em construção, o argumento da necessidade de tratamento diferenciado ao réu objeto da prisão civil. Também o referido autor alerta para a necessidade de diferenciação na coerção da prisão civil para a prisão penal. Registre-se:

Nesse sentido, urge lembrar a posição adotada anteriormente neste papel, no sentido de que a prisão domiciliar deve ser preferida quando o devedor possuir características peculiares que fazem com que essa seja a mais adequada, e, segundo Rolf Madaleno, quando não houver casa do albergado ou, existindo, esta não possua acomodações suficientes (tanto qualitativa quanto quantitativamente). A prisão civil do menor emancipado devedor de alimentos: dilema entre direitos fundamentais (PINTO, 2013, p. 103).

Basilar o argumento de Otávio Pinto na obra acima citada, ao argumentar não haver em muitas localidades sequer casa de acolhimento a menor nas condições legais, quiçá para a custódia em sede de prisão civil do menor emancipado devedor de alimentos.

Assim, já há uma sedimentação de entendimentos de que deve haver uma diferenciação contundente entre a prisão civil do devedor de alimentos e a prisão e pena do réu criminal. É verdade que com maior ênfase para o idoso e o emancipado.

Possível provocar o intérprete no sentido de, em não havendo cela especial, casa do albergado ou as peculiaridades que a medida de execução da prisão civil demanda, dever-se-ia considerar a possibilidade de concessão de prisão domiciliar ou mesmo a revogação da mesma.

9 ESTADO: 3º INTERESSADO NA SUB-ROGAÇÃO DO DÉBITO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - HIPÓTESES

O artigo 227, §6º, da CF assegura à criança, ao adolescente e ao jovem o direito a saúde, alimentação, lazer e educação com absoluta prioridade. Para tanto, estabelece como garantidores de tal prestação o Estado, a família e a sociedade.

Nesta esteira considere-se haver no caso em apreço uma tutela com vários obrigados. A atuação de tais agentes deverá ser simultânea e complementar. Todavia, há de se questionar o papel do Estado, notadamente, nos casos de ausência ou impossibilidade de adimplemento da obrigação alimentícia pela família.

Haveria nestes casos um dever de sub-rogação, ou seja, a possibilidade de assunção de tal obrigação pelo Estado em situações excepcionais.

Importante por isso a citação do artigo 346 do Código Civil de 2002:

Art. 346. A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:

III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Logo, é de se pensar aquelas hipóteses em que o pai da criança carecedora de alimentos não está sendo localizado pelo Estado-juiz ou até mesmo aquele pai que ainda preso não cumpre com a obrigação alimentícia.

Leia-se com atenção o exposto. Trata-se de parte processual criança, cujos meios processuais se mostraram ineficazes para obtenção de alimentos. Aqui vale registrar, por exemplo, os pais citados por edital, visto que seu endereço é incerto e não é passível de localização. Ora, será que não são comuns tais hipóteses nas Varas de Família do Brasil?

Não haveria mora do Estado-juiz por não conseguir, diante dos meios de cadastramento e armazenamento de dados disponíveis, localizar e identificar tal réu?

Razoável crer que o direito fundamental de acesso à Justiça resta fragilizado por uma mora também imputável ao Estado-administração, visto que dispõe de prerrogativa para cadastrar e localizar seus cidadãos e ao Estado-juiz, visto que não possibilita alternativa ante a dificuldade de localização do réu.

Outra hipótese de ineficácia na cobrança de alimentos refere-se ao fato de o réu devedor de alimentos, uma vez preso, ainda assim, não ter como pagar o débito alimentar, haja vista sua situação de miserabilidade. Fato que não é raro no Brasil, onde de alguma forma o Estado mostra-se silente na promoção do planejamento familiar.

Logo, razoável observar o que acontece em relação a outros países do mundo no que se refere a situações de impossibilidade da obrigação alimentar pela família.

Vide enxertos de citações de ordenamentos jurídicos estrangeiros nos quais o Estado assume, direta ou indiretamente, o múnus do devedor de alimentos em prol da criança. Note-se:

Atualmente, a Constituição argentina não prevê prisão por dívida, havendo no seu ordenamento jurídico a Lei 13074, que trata de medida alternativa à prisão consistente na imposição do Registro de Devedores Morosos, cuja finalidade é inscrever, por ordem judicial, o nome dos devedores de alimentos [...]. A Constituição da República de El Salvador proíbe a prisão civil por dívida sem nenhuma ressalva. A legislação espanhola trata a dívida alimentar como crime contra as relações de consumo [...]. Na República portuguesa, não há previsão da prisão civil por dívida alimentar, mas procedimento criminal com pena de prisão (artigo 250 do Código Penal) [...]. Na mesma sistemática do direito francês, na Itália, a questão das dívidas decorrentes de obrigação alimentícia, em incidindo a ausência infundada de pagamento, poderá configurar crime de violação de assistência familiar [...] (CORDEIRO, 2008, pp. 52-58).

Razoável se cobrar do Estado tal prestação na qualidade de terceiro interessado, visto que o artigo 227 da Constituição Federal sinaliza nesta direção. A forma de cobrança deste valor é que poderá gerar discussões. Vide:

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

Argumentar-se-ia logo que, diante da concepção de Estado do Bem-Estar Social, tal atribuição excederia as atribuições do Poder Público, assim como pelo princípio da reserva do possível não haveria condições materiais de o Estado arcar com tal obrigação.

Ademais, a prevalecer este entendimento, poder-se-ia haver um estímulo ao não planejamento familiar, dado que haveria o braço forte do Estado a socorrer as crianças desamparadas.

Neste mister, importante considerar que o princípio da prevalência do interesse do menor há de prosperar, devendo sim o Estado assumir seu múnus constitucional posto no artigo 227 da CF.

Vozes conceituadas também bradam neste sentido. Observe-se:

De acordo com Maria Berenice Dias (2010), com o advento do Estatuto do Idoso, passou a existir, de modo explícito, a obrigação alimentar do Estado. A jurista ressalta que “se o Estado deve pagar alimentos ao idoso, com muito mais razão é de se reconhecer que tem a mesma obrigação com relação a quem assegura, com absoluta prioridade, proteção integral: crianças e adolescentes” (DIAS, 2010, p. 98).

O que haveria de se indagar é como o Estado deveria satisfazer tal obrigação alimentar, diante do esgotamento das possibilidades de localizar o pai ausente.

Razoável solicitar do Estado a inclusão dos menores em programas de assistência social pertinentes, sendo certo que mediante ordem judicial os critérios deveriam ser flexibilizados para o ingresso de dada criança em vulnerabilidade. Ao menos até o pai poder pagar os alimentos.

Trata-se de uma situação de calamidade que atinge inúmeras famílias brasileiras, na medida em que muitas vezes a falta de localização de muitos pais faz as crianças ficarem à mercê de recursos básicos para o seu provento e sustento.

Assim, é crível observar que o Estado sub-rogaria os direitos creditícios do menor em face do devedor de alimentos, como pontifica Roberto Serra da Silva Maia, à fl. 99 do seu livro *Prisão civil do devedor de alimentos - abolição*:

Esses posicionamentos e dispositivos legais refletem a ideia que impõe responsabilidade ao Estado no campo das prestações alimentares familiares, fazendo-o, de certo modo, substituir-se ao devedor de alimentos, a fim de garantir melhores condições mínimas para o desenvolvimento digno de quem os necessita (MAIA, 2013, p. 99).

Referido autor cita o exemplo do sistema português, através do Decreto-Lei nº 164/99, no qual há um fundo de garantia dos alimentos devidos a menores, sendo certo que o crédito pago pelo Estado é cobrado posteriormente em relação ao devedor. Já na Itália, tal conduta pode ensejar inclusive a perda do pátrio poder, corroborando a tendência de superação da prisão civil por dívida.

Logo, a par do exposto, é crível, repita-se, considerar a possibilidade de o Estado, em situações específicas, como as anteriormente demonstradas, ser acionado na condição de terceiro interessado para adimplir o débito alimentar em relação ao menor e sub-rogar-se nos direitos do infante em relação ao réu.

Até porque o Estado dispõe de meios mais eficazes de persecução e cobrança de débitos em relação ao cidadão.

Lapidar neste sentido é o ensinamento da professora Rosana Amara Girardi Fachin, em seu livro *Dever alimentar para um novo direito de família*, no qual prega a criação de um Fundo de Segurança Social de Garantia Alimentar à Criança e ao Adolescente. Adiante pontifica:

Cabe, por isso, pensar num Fundo de Segurança Social de Segurança Alimentar à Criança e ao Adolescente, a ser gerenciado para este efeito... Advoga-se, pois, problematizar a prisão civil como válvula de irresponsabilidade do próprio Estado, uma vez que o campo das prestações alimentares familiares não está mais circunscrito à seara privada da família... (FACHIN, 2005).

Avança ainda mais a referida doutrinadora ao propor a inclusão do devedor de alimentos em cadastros restritivos, no esforço de propor meios eficazes de adimplemento da obrigação alimentícia.

Além disso, abrangendo outros débitos alimentares entre ex-cônjuges, por exemplo, instrumentos podem ser suscitados como a criação de um cadastro de devedores de pensão alimentícia, a exemplo dos cadastros do SERASA, a fim de que sejam inscritos os inadimplentes, o que lhes impossibilitaria de exercer atos de comércio, de contrair empréstimos bancários, participar de licitações, construir participação em sociedades civis e comerciais, comprar e vender móveis e imóveis, dentre outros (FACHIN, 2005, p. 176).

Tais provocações encontram eco na doutrina nacional e fazem repensar o modelo de cobrança de alimentos a fim de consolidar os direitos em tela. Não se prega uma relativização dos dispositivos de execução de alimentos, mas sim uma adoção de meios eficazes e proporcionais na cobrança de tal débito.

Ademais, os primados da Justiça Restaurativa não recomendam a prisão como medida mais capaz de promover a reestruturação de um núcleo familiar. A adoção de meios alternativos eficazes, à luz de práticas exitosas ora apontadas, é digna de reflexão pela comunidade jurídica em geral. Direitos fundamentais sensíveis são postos em xeque a ponto de desafiar o intérprete em uma conjugação de posições jurídicas relevantes.

10 CONCLUSÃO

A forma como ocorre a cobrança do débito alimentar no Brasil é digna de reflexão sob o viés da eficácia de tal medida em relação a determinados grupos sociais mais vulneráveis.

Situações ocorrem, tais como a não localização do réu devedor de alimentos, em que o papel do Estado deverá ser repensado. Principalmente considerando-se o fato de o artigo 227, caput, da Constituição Federal atribuir solidariedade de encargos na proteção da criança e do adolescente.

A provocação deste novo modelo eficaz de cobrar a pensão alimentícia, sem ter de utilizar a prisão civil como primeiro requisito, passa por adotar medidas criativas e eficazes para o adimplemento do débito.

Foram trazidos exemplos da doutrina e legislação estrangeira passíveis de serem aplicados no Brasil, uma vez que algumas são ações de cunho coercitivo infralegal.

Todavia, especificamente em relação a temas como a prisão civil avoenga, há de se praticar o que a doutrina estrangeira convencionou de "*overruling*", a saber, a reiteração de um precedente judicial que cristaliza em um dado momento as necessidades de avanço da sociedade em um determinado ramo do direito.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2009. ISBN: 978-85-392-0073-3.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Prisão civil por dívida**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN- 978-85-224-7242-0.

CONSULTOR JURÍDICO. **STJ garante prisão domiciliar a idoso devedor de pensão alimentícia**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-ago-04/stj_garante_prisao_domiciliar_idoso_devedor_pensao>. Acesso em: 20 set. 2014.

CORDEIRO, Maurício. **Prisão civil por dívida e sua proscrição definitiva**: Visão de uma nova parametricidade normativa. São Paulo: Factash Editora, 2008. ISBN-978-85-89909-70-.

DIAS, Maria Berenice. **Os alimentos após o Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/9_-_os_alimentos_ap%F3s_o_estatuto_do_idoso.pdf>. Acesso: em 22 jun. 2015.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Dever alimentar para um novo direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN: 85-7147-456-7.

FELIX, Renan Paes. **Estatuto do Idoso**: coleção leis especiais para concursos. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012. IBSN: 857761588-X.

MAIA, Roberto Serra da Silva. **Prisão civil do devedor de alimentos**: abolição. São Paulo: LTR, 2013. ISBN: 978-85-361-2483-4.

MARMITT, Arnaldo. **Pensão alimentícia**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993. ISBN: 85-321-0079-1.

PINTO, Otávio Almeida Matos de Oliveira. **A prisão civil do menor emancipado devedor de alimentos**: dilema entre direitos fundamentais. Pará de Minas-MG: Virtual Books, 2013.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível nº 591028295. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06 de junho de 1991. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20918405/recurso-civel-71003350501-rs-tjrs/inteiro-teor-20918406>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-789-3.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) et.al. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2013. ISBN-978-85-7348-600-1.

WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. **Arremesso de anão**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Arremesso_de_an%C3%A3o>.

O CONTROLE ESTATAL NA INTERNET VERSUS O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E LIBERDADE DE IMPRENSA. UMA ANÁLISE MUNDIAL E NACIONAL

THE STATE CONTROL OVER THE INTERNET VERSUS THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM OF SPEECH AND OF THE PRESS. A WORLDWIDE AND BRAZILIAN ANALYSIS

Stephane Ma¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E PENSAMENTO. 2.1 A IMPORTÂNCIA E O DESAFIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA FRENTE AO ESTADO. 3 O CONTROLE ESTATAL E A INTERNET. 3.1 A INTERFERÊNCIA NA LIBERDADE DE IMPRENSA E DE PENSAMENTO A NÍVEL MUNDIAL. 3.2 A GARANTIA LEGAL DO RESPEITO À INTIMIDADE PARA A PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE PENSAMENTO E IMPRENSA NAS LEGISLAÇÕES. 4 O CONTROLE ESTATAL BRASILEIRO E A INTERNET. 4.1 A POSIÇÃO BRASILEIRA LEGISLATIVA E A GARANTIA DO ESPAÇO DEMOCRÁTICO. LEI Nº 12.965, DE 2014 – MARCO CIVIL DA INTERNET. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O artigo correlaciona o controle do Estado, a censura à liberdade de imprensa e de manifestação do pensamento junto ao cenário atual da Internet. Discorrendo sobre fatos relacionados à L no ciberespaço, o presente texto vai falar sobre governança e sobre o controle exercido a nível mundial. Focando no Brasil, iniciante em seu processo de governança, este vai discorrer sobre a importância de legislações que imponham certa democracia e garantia de direitos fundamentais,

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Integrante do grupo de Estudos sobre Direitos Fundamentais/UFBA. E-mail: stephane.ma@hotmail.com

como a privacidade, na Internet. Por fim, discute-se o “Marco Civil da Internet” e o porquê de sua importância para a proteção da liberdade de imprensa e da manifestação do livre pensar.

PALAVRAS-CHAVE: Internet. Liberdade. Imprensa e Pensamento.

ABSTRACT: *The article correlates state control, censorship of the press and freedom of expression of thought with the current Internet scenario. About the cyberspace facts, this paper will descant about governance and control exercised over the world, focusing in Brazil, a beginner in the process of governance, this essay will discourse about the importance of laws that impose democracy and guarantee of certain fundamental rights, for example privacy on the Internet. Finally, it will discussed the “Marco Civil da Internet” and their importance to the protection of press freedom and free expression of thought.*

KEYWORDS: *Internet. Freedom. Press and Speech.*

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de manifestação de pensamento e liberdade de imprensa se constituem em direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, sendo amplamente amparados pelo direito internacional nos diversos tratados e convenções assinados.

A alavancada e o crescimento da globalização, bem como a necessidade da ampliação da inclusão digital, tornaram a Internet um dos meios de comunicação mais importantes dos séculos 20 e 21. Espaço de vasta pluralidade, a Internet permitiu uma maior interação e troca rápidas de informações entre as pessoas em diversos lugares do mundo.

Percebendo as mudanças trazidas pela popularização e ampliação do uso da Internet, juntamente com a vasta gama de possibilidades de softwares e domínios que esta proporciona, os Estados começaram a pensar para si formas de controle sobre a mídia, com o intuito de manter a ordem no ciberespaço. Contudo, é preciso diferenciar aquilo que se legitima como controle e proteção contra o cibercrime e a utilização do controle para o implemento da vigilância da internet e censura de seu conteúdo.

A discussão deste tema traz à tona fatos e notícias que evidenciam o uso de programas e legislações estatais para favorecerem a censura sobre assuntos que

contrariam os interesses políticos de determinados Estados e de como estes se utilizam de sua influência para barrar a liberdade de imprensa e de manifestação do livre pensar.

O Brasil, por sua vez, começa a caminhar dentro deste contexto mundial e adotar políticas de governança que reafirmem a soberania de suas leis e a proteção do usuário brasileiro junto à Internet.

Sendo, entretanto, um Estado democrático, é dever deste assegurar a aplicabilidade de todos os direitos fundamentais postos na Constituição Federal, inclusive a liberdade de expressão, abarcando também os seus apensos: a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de imprensa.

No que diz respeito à regulamentação do uso da Internet a todos os indivíduos, é preciso que os projetos de leis visem à segurança, privacidade e liberdade dentro do ciberespaço, para garantir neutralidade de rede ao usuário, fazendo com que este se sinta seguro para expressar-se dentro dos domínios virtuais.

2 A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E PENSAMENTO

Liberdade de pensamento e liberdade de imprensa inserem-se dentro do gênero maior intitulado liberdade de expressão. Incluem-se na liberdade de expressão, sob a luz da lição de Paulo Branco (2011, p. 296), “faculdades diversas, como a de comunicação de pensamento, de ideias, de informação e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem) [...]”.

A liberdade de expressão é expressamente amparada pela Constituição Federal. Segundo a Magna Carta de 88, define-se no art. 5, inciso IV, que é “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” no inciso XIV do mesmo artigo. Desta forma, protege a Constituição aquilo que a doutrina entende como direito à informação.

O direito à informação deve ser percebido sob a perspectiva de três pilares básicos: o direito de informar, o de se informar e o direito de ser informado (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 687). O foco em questão, no qual trabalharemos, é naquilo que se consiste como direito de informar, garantindo constitucionalmente pelo art. 220 da CF/88, dispositivo que assegura a livre manifestação do pensamento e da informação sem interferências ou restrição.

A liberdade de imprensa, resultante do direito constitucional à informação, se insere dentro do direito fundamental à liberdade de expressão².

Da forma disposta em Constituição, assegura-se ao nível máximo que o direito à liberdade de imprensa seja alvo de censura estatal. Pois, ainda segundo BRANCO (2011, p. 298), "Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem", garantia do art. 220 da Constituição Brasileira.

Ainda versando sobre este ponto, Branco (2011, p. 298) esclarece que a vedação à censura em nada obsta a aplicação das sanções civis e penais a aqueles que infringirem diretamente as normas de ordem estatais, todavia, impede que as manifestações tenham que primeiramente passar pelo crivo do Estado.

Ensina Paulo Cunha (2007) que "a Liberdade, pelo menos a liberdade civil e política, começa, em grande medida, com a liberdade de expressão e comunicação"³. É pela liberdade de expressão, bem como por seus desdobramentos (a liberdade de imprensa, de pensamento, de livre expressão corporal e de manifestação), que os cidadãos de um Estado Democrático podem protestar e exercer inúmeros outros direitos fundamentais dos quais sejam titulares.

Aprofundando sobre os desdobramentos da liberdade de expressão, ao focar na liberdade de imprensa e de pensamento devemos contextualizar tais direitos levando em consideração o incremento tecnológico e a explosão do universo virtual.

Ressalta-se que, por força do aumento da comunicação decorrente do incremento tecnológico, entes ligados à economia e à política se insurgem contra a liberdade demasiada que contraria suas perspectivas e planos, e se opõe principalmente às suas propagações em mídia. É justamente sobre esta vigilância, aplicada no espaço virtual, que se aprofundam as novas questões relacionadas ao uso do direito e normas.

2 O Art. 220, § 1º, dispõe que: nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XVI.

3 CUNHA. Paulo Ferreira. "Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado?". In Sarlet, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, Informática e Comunicação. 2007. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007, pp. 155-177

2.1 A IMPORTÂNCIA E O DESAFIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA FRENTE AO ESTADO

É de relevância perceber que a imprensa sempre teve papel importante quanto a vinculações de ideias e fatos que, por sua comoção ou aderência social, conseguiram transformar sociedades ou influenciaram sua forma de composição. Não é à toa que governos e estados se valem dos diversos meios de comunicação que possuem para se popularizar e conseguir adentrar nas raízes do seu social.

É de tamanha importância a livre vinculação de ideias, que a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em Paris em dezembro de 1948, pós-segunda guerra mundial, trouxe o art. 19 determinando em *ipsis litteris* que “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Inclusive, no ano de 2004, ao celebrar o dia internacional da liberdade de imprensa, o diretor-geral da UNESCO, Koichiro Matsuura, em seu artigo, afirmou a importância da imprensa e da liberdade de pensamento em processos democráticos.

Reforçando a necessidade da pureza de informações, o diretor-geral da UNESCO liga à propagação livre de ideias a quebra de regimes antidemocráticos. Para Koichiro, a imprensa consegue romper o “círculo vicioso por meio do estabelecimento do diálogo em lugar do conflito armado” (MATSUURA, 2004, p.7).

Ainda para Matsuura (2004, p.7), “A liberdade de imprensa é importante na construção de sociedades inclusivas, no respeito aos direitos humanos, no fortalecimento da sociedade civil e na promoção de desenvolvimento”.

O maior desafio por vez talvez seja justamente a utilização das mídias para o exercício da manifestação do pensamento como forma de quebrar círculos viciosos, abrir uma maior gama de informação e questionamentos àquelas sociedades impregnadas pelo vício da ignorância, pois, em unanimidade, estas são controladas por seus Estados, que vedam qualquer possibilidade de diálogo e abertura.

A proposta de libertação através da informação e da liberdade de pensar vem historicamente sendo podada quando esbarra contra o ideal político estatal. Discursava Ruy Barbosa, em seu livro “A imprensa e o dever da verdade”, de 1920, sobre a falta de ética no jornalismo brasileiro, que se vendia aos interesses do governo. O jurista buscava chamar atenção da corrupção que se alastrava pela

máquina administrativa do Brasil e consigo levava também a imprensa como meio de apaziguar a sua situação diante do povo brasileiro. Chamava atenção para esclarecer que “Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios que lhe exploram as instituições” (BARBOSA, 1920, p. 22).

Assim, um dos maiores desafios da diversidade de informações, mesmo em países ditos democráticos, é o risco da liberdade de pensamento e da imprensa vir a ser alvo de controle estatal ou até de manipulação para manter a ordem política e social dentro daquele Estado.

3 O CONTROLE ESTATAL E A INTERNET

A Internet consolidou-se como o meio de comunicação mais eficaz. Hoje, é um espaço muito mais amplo e democrático, que permite não só a troca de informações e conhecimento, mas principalmente interação entre as pessoas e culturas. O crescimento e incremento de seu uso possibilitaram uma maior conectividade e, por consequência, uma maior publicitação de ideias.

Essa maior interatividade, com a diversificação de opiniões e introdução de novas culturas através da internet, paira como uma sombra sobre diversos países que possuem regimes totalitários e também naqueles que se dizem democráticos, os quais começaram a adotar modelos de controle sobre o ciberespaço.

A Governança da Internet é um modelo de política de controle que se consolida como sendo programas, ideias e princípios de governo que têm por finalidade a intervenção e colaboração para o incremento do uso da rede.

Sendo o assunto de tamanha importância, a União Internacional de Comunicação, antiga Convenção Internacional de Telégrafo, possui hoje coordenação da ONU, contando com 192 países membros, além de organizações devidamente inscritas, responsáveis por promover ações e debates que tratam do tema da governança da Internet e o incremento da Rede.

A governança do ciberespaço tem como foco a criação de medidas normativas e de planejamento que permitam não só o controle do espaço virtual como também o aprimoramento da mídia e o desenvolvimento da proteção da rede de comunicação.

Entretanto, a criação de sistemas e leis, seja por meio de políticas como a da governança ou não, ao mesmo tempo em que permite maior inibição aos cibercrimes, facilita a intromissão e restrição de assuntos que contrariam o governo. É nesse cenário de legitimidade, com base no discurso da luta contra o cibercrime, que os Estados aproveitam para exercer a vigilância e a censura nos conteúdos e domínios na Internet.

3.1 A INTERFERÊNCIA NA LIBERDADE DE IMPRENSA E DE PENSAMENTO A NÍVEL MUNDIAL

A investida dos países totalitários e repressores se intensifica quanto ao controle do uso da Internet. A ONG “Report Without Borders” publicou em 12 de março de 2013, em combate contra a vigilância do espaço virtual, seu relatório de 2013: “Inimigos da Internet”, expondo informações sobre os cinco países que exercem controle mais severo em rede, apresentados como “Estados inimigos da Internet”. São eles: China, Vietnã, Síria, Irã e Bahrein.

Em outra lista publicada no mesmo artigo, a ONG acusa igualmente cinco empresas de diversos países que fabricam produtos com a finalidade de facilitar o uso pelo governo, para violar direitos humanos e a privacidade dos seus cidadãos, apontando as empresas Gamma, Trovicor, Hacking Team, Amesys and Blue Coat como as menos confiáveis, além de declarar que estariam por investigar e divulgar outras empresas que colaboram com esse meio de vigilância exercida pelos Estados.

Pode-se dizer que o controle exercido e criado pelos governos não está escancarado, muito menos é de livre acesso à sociedade. O desenvolvimento dessa tecnologia, a qual permite a identificação dos cidadãos e profissionais que divulgam informações livres de interesse político e econômico, é, muitas vezes, restrito aos Estados e caracteriza-se como informações privilegiadas.

O governo, como relata Julian Assange em seu livro “Cypherpunks: Freedom and the future of Internet” (2012), utiliza-se de softwares particulares e do seu poder econômico para vigiar o espaço virtual, impedindo qualquer propagação de ideias e notícias que possam interferir em suas políticas internas e externas.

Um dos maiores exemplos, a nível mundial, de controle sobre a livre informação veiculada por meio da Internet, foi o ocorrido com a vinculação do website “WikiLeaks”, que driblando inúmeras políticas contrárias a sua existência, continua a veicular notícias e informações sobre diversos assuntos políticos e econômicos, utilizando-se de fontes anônimas e doações para seu sustento.

O site por diversas vezes sofreu tentativas de interrupção e barreiras econômicas, a exemplo do bloqueio de contas e doações feitas pelas grandes empresas de cartão, bem como seus idealizadores tiveram suas vidas investigadas e foram alvos de espionagem, principalmente pelo governo americano.

Julian (2012, pp. 13-19) esclarece de que forma os governos pressionam grandes corporações para terem acesso às informações privadas dos jornalistas. No caso deles, os Estados tornaram seu espaço de veiculação de notícias de difícil acesso, pressionando a Justiça local para fechar o cerco em volta de seus informantes, além de solicitar o boicote ao site feito pelos servidores que tivessem acesso ao conteúdo. Inclusive, o governo juntou-se a grandes empresas financeiras mundiais para inibir o financiamento do "WikiLeaks".

Para Jacob (2012, pp. 31-32), a liberdade na Internet relaciona-se com a liberdade de softwares, o incremento do uso de códigos que só os usuários teriam acesso e uma maior divulgação da informação deste conhecimento de mídia para permitir o desenvolvimento de uma linguagem de rede acessível a todos, democratizando de uma vez o espaço virtual.

Em um dos debates do Livro "Cypherpunks: Freedom and the future of Internet", Jérémie (2012, p.72) discorre que a internet livre sem interferências é uma das maiores ferramentas para quebrar com ditaduras e regimes que monopolizam o conhecimento e o aprendizado de seu povo e, ainda, o incremento da tecnologia poderia ajudar a criar rotas de fuga para a censura instaurada.

Países como a Grã-Bretanha, Estados Unidos, Filipinas e Iraque intensificaram e alargaram suas legislações para possibilitar maior controle sobre o conteúdo veiculado em rede. Sobre o pretexto de ordem social ou proteção contra o terrorismo, leis como a FISA, que autoriza a vigilância eletrônica sobre informações de inteligência estrangeira, e a proposta de lei CISPA, "Cyber Intelligence Sharing and Protection Act", nos Estados Unidos, são exemplos de legislação ou projetos que, apoiados no discurso do cibercrime, podam a liberdade de imprensa e de pensamento, aumentando a vigilância dos Estados sobre o conteúdo e a utilização do espaço virtual.

Cunha esclarece em "Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado?" (2007, p.160) que as limitações da internet são proporcionais ao grau de liberdade de uma sociedade. Segundo o autor, "Os países mais repressivos são hoje aqueles que desconfiam desses meios e tudo fazem para sufocar. Porque a internet,

evidentemente com todos os seus malefícios residuais, que são também existentes no mundo não virtual [...], é a mais expressiva forma de liberdade de comunicação – ou pode sê-lo” (CUNHA, 2007, p. 160).

Frisa-se, todavia, que o desenvolvimento de tecnologias que permitam o controle em rede não é totalmente ruim, afinal é preciso que se resguarde o mínimo de segurança para os usuários no combate aos cibercrimes.

3.2 A GARANTIA LEGAL DO RESPEITO À INTIMIDADE PARA PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE PENSAMENTO E IMPRENSA NAS LEGISLAÇÕES

Dada a questão do controle estatal exercido na Internet, é preciso ressaltar que a maior preocupação de todos aqueles que defenderam ou expuseram argumentos sobre o tema “liberdade de manifestação de pensamento” toca na questão da privacidade dos dados divulgados em rede.

Relembrando a doutrina do “*right to privacy*”, percebe-se que o direito à intimidade é uma evolução do direito à propriedade. Warren e Brandeis (1890, pp. 194-196) esclarecem que a complexidade das relações incrementou o direito de propriedade, fazendo com que este se alongasse para abarcar não somente os bens tangíveis, mas como também os intangíveis.

Os bens intangíveis são aqueles inerentes à personalidade da pessoa, que pertencem a sua esfera pessoal, sua intimidade. A *privacy* na *common law* americana pode ser ferida de quatro maneiras, Têmis Limberger (2007, p. 206) as enumera da seguinte forma:

- a) intromissão na solidão da vida de uma pessoa ou nos seus assuntos privados;
- b) divulgação de fatos embaraçosos que afetam o cidadão;
- c) publicidade que poderia desprestigiar o indivíduo ante a opinião pública;
- d) apropriação [...] do nome ou do aspecto físico do litigante⁴.

O que se propõe diante do cenário de governança da Internet e do alargamento do uso do ciberespaço é justamente a segurança da privacidade dos dados postos em rede, evitando sua exposição indiscriminada diante de governos ou empresas que gerenciem os dados jogados em rede.

⁴ Warren, S. D.; Brandeis, L. D. Right to Privacy. Harvard Law Review, Vol. 4, Nº 5. The Harvard Law Review Association. 1890. pp. 193-220. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1321160?origin=JSTOR-pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

Os dados sensíveis referem-se a toda e qualquer informação em rede que diga respeito ao indivíduo, permitindo a separação do mesmo por raça, religião, preferência sexual ou qualquer outra fonte que permita discriminar as preferências pessoais do sujeito. A proteção aos dados tidos como sensíveis é essencial para garantir uma igualdade e segurança ao usuário que publica na Internet suas informações, filosofia de vida e forma de pensar, pois, como explica Têmis Limberger (2007, p. 218), “a divulgação de dados sensíveis pode ocasionar situações de discriminação e prejuízo às pessoas (...)”, quando utilizados de maneira a expor e sancionar o indivíduo perante o seu social, ferindo seu direito à privacidade. Desta forma, deve o ordenamento jurídico buscar uma maior proteção na coleta, guarda ou utilização dos dados sensíveis.

A garantia da segurança dos armazenamentos de dados toca diretamente no direito fundamental à liberdade de expressão, pois o usuário, estando protegido legalmente de qualquer exposição de sua esfera íntima, sente-se mais à vontade em veicular suas ideias e manifestar-se no ciberespaço, despreocupando-se com qualquer tipo de perseguição política, econômica e social.

Todavia, não se defende uma proteção universal e intocável dos dados em rede, pelo contrário, preza-se pela segurança dos usuários que agem em conformidade com a lei. Defende-se aqui que, para haver violação dos dados dos usuários é preciso motivo autêntico embasado no ordenamento jurídico vigente, que verse sobre quais as possibilidades de legitimidade à invasão à intimidade.

4 O CONTROLE ESTATAL BRASILEIRO E A INTERNET

Expõe Ronaldo Lemos (2005, p. 108) que o uso popular da Internet se iniciou efetivamente no Brasil em 1995, quando a Embratel liberou o acesso discado à rede, estando o país, à época, já atrasado em relação aos ditos países desenvolvidos. Através desse sistema, os usuários brasileiros, utilizando seus telefones fixos, estabeleceram conexão para acessar redes brasileiras e estrangeiras pela primeira vez, iniciando no Brasil o processo de inclusão digital.

O Brasil, segundo o estudo da Gallup World Poll, citado na pesquisa “Mapa da inclusão digital” (2012, p. 16), ocupa o 63º lugar entre os 154 países no Ranking mundial de Acesso à Internet. Em 2011, o número de lares com microcomputadores com acesso à rede era de 39,8%, de acordo com o PNDA do IBGE 2011.

Porém, com o crescimento do uso da Internet, cresceu também a preocupação em definir limites e regras de uso básicas aos usuários para garantir a ordem e o controle deste meio de comunicação.

Quando se fala em termos de governança da Internet, o Brasil iniciou seu processo de institucionalização em 1995, por meio da portaria interministerial nº 147, alterada pelo Decreto Lei nº 4.829, que criou parceria entre o Ministro de Estado das Comunicações e o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, o Comitê Gestor de Internet do Brasil, o qual tem como funções, além de coordenar diretrizes sobre o IP e a administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível, estabelecer programas, normas e ações que viabilizem o uso, ordem e desenvolvimento da Internet no Brasil.

Segundo Lemos, “O Comitê foi produto da ação conjunta do Ministério da Ciência e Tecnologia e do Ministério das Comunicações. O Comitê Gestor já nasceu assim, com características híbridas: sem personalidade jurídica própria nem de direito público nem de direito privado, sem respaldo em qualquer legislação, sem qualquer competência normativa formal (o que, inclusive, consta expressamente da portaria que o instituiu), e foi criado por portarias interministeriais sem competência para tanto.” (2005, p. 109). Ou seja, o CGI não tem nenhuma competência para emitir qualquer ordem ou norma sobre a Internet, tendo mais característica de entidade consultiva.

O modelo de governança da Internet, o qual é posto em prática pelo CGI, tem caráter multissetorial, que permite a participação e contribuição da sociedade e de órgãos públicos e privados para a tomada de decisões relativas ao ciberespaço.

Em 2009, o CGI editou a resolução 003, intitulada como “princípios para a governança e uso da Internet no Brasil”, colocando como princípio básico a **“liberdade, privacidade e direitos humanos”**, garantindo neste primeiro tópico a liberdade de expressão como um norte básico ao uso da Internet⁵.

A partir deste direcionamento, qualquer projeto de lei, decreto ou resolução que vise regulamentar o uso da rede deve sempre respeitar o direito fundamental à liberdade de pensamento e imprensa, segundo norma do Comitê, reafirmando uma garantia constitucional dentro de um novo cenário fático da comunicação.

5 Liberdade, privacidade e direitos humanos: O uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática. COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br. Aprova em sua 2ª Reunião Ordinária de 2012. Resolução nº 003 de 02 de março de 2012. Disponível em: <<http://cgi.br/regulamentacao/resolucao2012-003.htm>>. Acesso em: 26 out. 2013.

4.1 A POSIÇÃO BRASILEIRA LEGISLATIVA E A GARANTIA DO ESPAÇO DEMOCRÁTICO. LEI Nº 12.965, DE 2014 - MARCO CIVIL DA INTERNET

Já nos dias atuais, a Lei do Marco Civil trouxe para o cenário brasileiro uma concretização do desejo maior de governança da internet. O projeto foi proposto pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça juntamente com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

O Projeto de Lei nº 2126/2011 trabalhava com três frentes importantes para a consolidação de um espaço digital democrático. Quais são: a defesa da privacidade de todos que utilizam a Internet (ponto importante com repercussão direta com a proteção da liberdade de imprensa e pensamento); neutralidade de rede (tocante também na questão da veiculação e liberdade da notícia); e a imputabilidade de rede⁶.

Trataremos aqui apenas das duas primeiras frentes, as quais dizem mais respeito à liberdade de imprensa e pensamento.

Logo de início, é evidente o propósito de assegurar a liberdade de expressão e a garantia ao exercício da cidadania, pois estabelece como princípio para o uso da Internet a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição” em seu artigo 3º, inciso I.

Dentro deste princípio básico, a legislação vai tecer inúmeros artigos que direta ou indiretamente garantam a obediência ao direito fundamental de expressão em todas as suas formas dentro do ciberespaço.

A primeira vertente de trabalho, a defesa da privacidade dos usuários, vem nos primeiros artigos. O art. 7º dispõe, em conteúdo, nos seus treze incisos, a defesa da privacidade, da proteção de dados e do uso da conexão, não se fazendo dúbio ou confuso, expondo de maneira clara o propósito protecionista de dados da governança da Internet e, para além, o respeito ao usuário-consumidor⁷.

6 O CGI E O MARCO CIVIL DA INTERNET. Comitê Gestor da Internet no Brasil. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://cgi.br/publicacoes/index.htm>>. Acesso em: 27 out. 2013.

7 O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - à inviolabilidade e ao sigilo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

Vê-se que o conteúdo do artigo supracitado tem por destinação a proteção dos usuários da rede, e em principal faz-se necessário destacar os incisos I e VII.

O inciso I do art. 7º é fundamental, pois impede que o Estado tenha acesso ao conteúdo dos usufrutuários da rede para fins de investigação ou possível retaliação que não seja prevista em lei e que não seja para fins de investigação penal; este dispositivo legal é uma garantia à livre expressão do pensamento, vez que estando o sujeito protegido contra censura arbitrária de algum poder, seja político ou financeiro, se sente menos constrangido para expressar sua opinião, com a garantia de que não será perseguido ou censurado por estar em desacordo com a política ou programa econômico adotado. De igual forma protege o inciso V, porém, o dispositivo é direcionado ao usuário em relação ao que este dispõe sobre si mesmo em rede, protegendo seus dados sensíveis, sua identidade, mais voltado para o consumidor.

Em que pese o artigo 7º, o art. 8º é mais incisivo e direto no que diz respeito à liberdade de expressão, assentando que “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”.

Segundo comentários do CGI, a privacidade dos usuários e de seus dados é de suma importância, pois protege a criatividade, a liberdade de expressão e de escolha dos usuários, à medida que protege sua intimidade. A Lei “Impede que empresas provedoras de serviços, conteúdos e aplicativos fiquem excessivamente suscetíveis a requisições não justificadas de dados, o que previne que qualquer organização, seja ela pública ou privada, tenha acesso a dados pessoais ou empresariais sem respaldo do devido processo estabelecido pelo arcabouço legal”⁸.

Por sua vez, “Garantir a neutralidade de rede corresponde a garantir que todos os conteúdos e usuários sejam tratados da mesma maneira”⁹. Desta forma, o Marco Civil da Internet tenta garantir um espaço democrático na web, sem que se privilegie um domínio em detrimento de outro, garantindo a livre veiculação de ideias e noticiais sem interferência no acesso dos dados.

A Lei consegue abarcar inúmeros anseios à proteção da liberdade de imprensa e de pensamento veiculadas na internet. A importância da democracia no ciberespaço

8 OCGI E O MARCO CIVIL DA INTERNET. Comitê Gestor da Internet no Brasil. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://cgi.br/publicacoes/index.htm>>. Acesso em: 27 out. de 2013.

9 IDEM.

assegura, apesar de não garantir por completo, que entidades públicas ou privadas não imponham um controle arbitrário, na tentativa de inibir a propagação de ideias ou informações que os contrariem.

As críticas ao Projeto Legislativo partiram, principalmente, dos provedores e das empresas de conteúdo de rede. Uma das principais críticas à lei 12.965 de 2014 ressalta a dificuldade em cumprir a lei quanto o armazenamento de dados dos usuários no Brasil, pois este tipo de procedimento exigiria uma tecnologia muito maior da existente hoje, e ainda a criação de data centers no país, o que por consequência resultaria num encarecimento do serviço. Há também quem questione a referida legislação por achar que esta não consegue realmente defender o usuário-consumidor, pois deixa suscetível à lei as hipóteses de violação e divulgação de dados.

Além destas, há quem questione o excessivo protecionismo do Marco Civil e que a aprovação de tal lei resultaria numa retração ao mercado da Internet, pois os investidores estrangeiros tenderiam a não investir no país, devido aos altos custos e exagerada intromissão do Governo na área. De outro lado, os provedores se questionam quanto à vedação à preferência de dados a certos conteúdos, afirmando que tal medida encareceria o serviço e tiraria do consumidor a liberdade de fechar planos adaptáveis aos seus estilos de vida.

Afora todas as críticas, o “Marco Civil” é um passo importante para se discutir o conteúdo e a utilização da Internet no Brasil, sendo importante a regulamentação de seu uso, visto que é um espaço amplo, sofre interferência da economia privada, acessível à maioria e propício também à prática de crimes.

Abrir espaço para a democracia na Internet é trazer os usuários e prestadores de serviços para dentro da discussão de uso do meio de comunicação, ampliando o debate de cunho essencial para um regime de participação popular, como o adotado no Brasil.

A legislação atual e aquelas que vierem com o mesmo intuito devem sempre trazer em seu corpo e na sua finalidade o respeito à Constituição e às normas nela posta, respeitando não só a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, mas também todos os outros direitos fundamentais, como privacidade, religião e outros que se entrelaçam à liberdade de expressão; e mais ainda, respeitem o art. 1º, III da Constituição Federal, que prioriza “a dignidade da pessoa humana” como um dos nortes da República Federativa do Brasil.

5 CONCLUSÃO

A Internet como novo meio de comunicação não se encontra imune ao controle estatal. Quando se fala em veiculação de ideias, expressões e notícias percebe-se que, com o incremento desse meio de comunicação, os Estados, de uma maneira geral, vêm entendendo a importância de se colocar como fiscalizador do ciberespaço. Alguns países se colocam de maneira mais incisiva, como China e Irã, outros de forma mais democrática e menos tendenciosa aos seus programas políticos, porém, todos se incumbiram da função de regulamentador da Internet.

É nesse espaço de controle que alguns dos países instauram através de suas políticas e prerrogativas um estado de vigilância sobre o conteúdo da rede. No entanto, estas políticas de invasão e censura não deveriam, à luz de um Estado democrático, sequer existir. A veiculação de ideias, sejam elas postas pela imprensa de um país ou por seus cidadãos, garante a manutenção de regimes democráticos que satisfazem à premissa maior: respeitar as liberdades civis.

Nesse contexto de vigilância e de governança da Internet, o Brasil dá os primeiros passos para disciplinar o uso e o controle da rede, visando ao cumprimento do direito brasileiro sobre a mesma. O CGI e o “Marco Civil da Internet” tentam trazer ao país uma rede democrática na intenção de assegurar aos usuários respeito e privacidade nos acessos aos conteúdos, bem como garantir o cumprimento da lei brasileira na internet, impondo-se aos servidores que operam no país.

É preciso ter em mente que, por ser um espaço plural e de conteúdo diversificado, a disciplina que verse sobre este meio de comunicação deve levar em consideração o direito à privacidade e à segurança jurídica para garantir a liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de pensamento dos usuários, pois estas liberdades garantem a construção de uma sociedade mais participativa.

REFERÊNCIAS

ASSANGE, Julian. et al. **Cypherpunks: Freedom and the Future of Internet**. New York and London: OR Books, 2012.

BARBOSA, Ruy. **A imprensa e o dever da verdade**. 3ª ed. Editora da Universidade de São Paulo. 1990.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2126, de 2011. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL. Decreto nº 4.829, de 03 de setembro de 2013. Dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br, sobre o modelo de governança da Internet no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <<http://cgi.br/regulamentacao/decr4829.htm>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 31 maio 2014.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Resolução CGI.br. Aprova em sua 2ª Reunião Ordinária de 2012. Resolução nº 003 de 02 de março de 2012. Disponível em: <<http://cgi.br/regulamentacao/resolucao2012-003.htm>>. Acesso em: 23 de out. 2013.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **O CGI e o marco civil da internet**. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://cgi.br/publicacoes/index.htm>>. Acesso em: 7 de out. 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira. "Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado?". In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. 2007. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2007. pp 155-177.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Lei nº 95-511, de 25 oct. 1978. To authorize electronic surveillance to obtain foreign intelligence information. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-92/pdf/STATUTE-92-Pg1783.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Senado dos Estados Unidos. Projeto de Lei nº 3523, de 07 de maio de 2012. To provide for the sharing of certain cyber threat intelligence and cyber threat information between the intelligence community and cybersecurity entities, and for the other purposes. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3523rfs/pdf/BILLS-112hr3523rfs.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Pesquisa Nacional Por Amostra em Domicílio. **Relatório**. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010135709212012572220530659.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2013.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2190/Ronaldo?sequence=1>>. Acesso em: 26 out. 2013.

LIMBERGE, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 195-225.

MAPA DA INCLUSÃO DIGITAL. Fundação Telefônica; Comissão de Políticas Sociais da FGV. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/cps/telefonica/>>. Acesso em: 26 out. 2013.



MATSUURA, Koichiro. **Liberdade de imprensa**. Observatório da Sociedade da Informação, de responsabilidade do Setor de Comunicação e Informação da UNESCO no Brasil. UNESCO, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REPORT WITHOUT BORDERS ONG. **Relatório Inimigos da Internet**. Relatório. 2012. Disponível em: <<http://surveillance.rsf.org/en/>>. Acesso em: 25 out. 2013.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. Harvard Law Review Association, v. 4, n. 5. 5 dec. 1890. pp. 193-220. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1321160?origin=JSTOR-pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.



Defensoria Pública
BAHIA

Instituição essencial à Justiça

ISSN 2358-0100



9 772358 010000 >