

REVISTA *Juris* ADVOCATUS



AUTORES

ALONSO REIS FREIRE
ANDRÉ NAVARRO FERNANDES
ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA
ANA LUIZA ALMEIDA FERRO
ANNA GRAZIELLA NEIVA
ARTENIRA DA SILVA E SILVA SAUÁIA
DORA RESENDE ALVES
JOÃO BATISTA ERICEIRA
JORGE MIRANDA
LOURIVAL SEREJO
MÁRCIA CAVALCANTE AGUIAR
MÁRCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA
MARIA DE JESUS RODRIGUES A. HEILMANN
MARIA GORETTI CAVALCANTE DE CARVALHO
MARIA MANUELA MAGALHÃES SILVA
NÁDIA MARIA FRANÇA QUINZEIRO
NELSON M. DE MORAIS RÊGO
ROBERTO CARVALHO VELOSO
SARA FERNANDA GAMA
SERGIO VICTOR TAMER
THIAGO AIRES ESTRELA

VÁRIA:

CECGP INSTALA CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO
CONDUCENTE AO MESTRADO

MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS
COORDENADORA INTERNACIONAL DOS
MESTRADOS DA UNIVERSIDADE PORTUCALENSE



ORGANIZADOR:
SERGIO VICTOR TAMER



ASSOCIAÇÃO DOS TITULARES DE CARTÓRIO

DO MARANHÃO



@ATCMARANHAO
@CARTORIOSMA



A Associação dos Titulares de Cartório do Maranhão – ATC/MA é uma entidade civil de direito privado que tem como objetivo congregar os Tabeliães e Oficiais Registradores Titulares do Estado. Fundada em 11 de fevereiro de 2012, a ATC/MA já possui mais de 80 titulares de cartórios do Estado do Maranhão como associados e a cada dia vem lutando para melhorar a atividade notarial e registral no Estado. O presidente da ATC/MA é o titular da serventia extrajudicial de Alto Alegre do Pindaré, Thiago Estrela.



Cartórios
Maranhão

A Cartórios Maranhão é a marca da Central Única de Serviços Eletrônicos Compartilhados. Ela tem a função de centralizar as informações das Serventias Extrajudiciais do Maranhão. A Central é uma ferramenta destinada a facilitar e modernizar o acesso dos usuários aos cartórios maranhenses, mediante a possibilidade de busca de informações, solicitação de certidões, envio e apresentação de documentos, sendo também responsável por operacionalizar o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis no Estado do Maranhão.

ALGUMAS AÇÕES DESENVOLVIDAS EM 2017

- **ATC/MA PARTICIPA DE REUNIÃO PARA DISCUTIR RELATÓRIO DE INSPEÇÃO NOS CARTÓRIOS**
- **ATC/MA VISITA CARTÓRIOS DE MUNICÍPIOS PARA FALAR SOBRE A CARTÓRIOS MARANHÃO**
- **PRESIDENTE DA ATC/MA PARTICIPA DE AUDÊNCIA PÚBLICA EM TIMON NO MARANHÃO**
- **ATC/MA PARTICIPA DO I SEMINÁRIO NOTARIAL E REGISTRAL DO PARANÁ**
- **ATC/MA PROMOVE TREINAMENTO COM TITULARES E REPRESENTANTES DOS CARTÓRIOS DE REGISTRO CIVIL DA CAPITAL**
- **ATC/MA ENTREGA CERTIFICADOS DIGITAIS PARA OS CARTÓRIOS DA 3ª E 4ª ZONA DE REGISTRO CIVIL DA CAPITAL**



ACESSE WWW.ATCMA.COM.BR

REVISTA *Juris*
ADVOCATUS

Sumário

VÁRIA

CECGP INSTALA CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO CONDUCENTE AO MESTRADO

TOMO I

DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL

OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA: SUA CONEXÃO COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.*	13
APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: Uma análise sob a perspectiva do direito público contemporâneo.....	37
DIREITO DE APOSENTADORIA DA MULHER SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO:	65
A MUNICIPALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA.....	89

TOMO II

AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES

AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.	97
ABANDONO AFETIVO vs ALIENAÇÃO PARENTAL Institutos que não são sinônimos.....	123
“LESÃO À SAÚDE PSICOLÓGICA”: Revisitando o art. 129, do Código Penal, à luz da Lei Maria da Penha.	133

TOMO III

AS GARANTIAS DO RÉU NA FRANÇA DO SÉCULO XVI E O CARÁTER CONTESTADOR DO DIREITO

CARTAS DE PERDÃO: O embrião da justiça restaurativa? A Microanálise na Escrita de “Histórias de Perdão e seus Narradores na França do Século XVI”.	141
--	-----

ALÉM DE FERIR O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA	155
IGUALDADE, PRIVACIDADE E O CARÁTER CONTESTADOR DO DIREITO: Um Breve Relato de Importantes Casos Julgados pela Suprema Corte Americana.....	159

TOMO IV

IDEIAS POLÍTICAS DE VIEIRA E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA

AS IDEIAS POLÍTICAS E JURÍDICAS DO PADRE ANTÔNIO VIEIRA	177
A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA E ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA REFORMA ELEITORAL NO BRASIL: Lei 12.034/2009	187
“ANTÍTESE ENTRE JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO”	199

TOMO V

SOCIEDADE DE RISCO

A RESPONSABILIDADE PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO	209
EDWIN SUTHERLAND: O CRIME DE COLARINHO BRANCO E O CRIME ORGANIZADO	231

TOMO VI

CONSTITUCIONALISMO E FEDERALISMO

O DIÁLOGO ENTRE O Direito Constitucional e o Direito Internacional.....	255
OS ATOS POLÍTICOS NO CONSTITUCIONALISMO	277
SIGNIFICADO Y FUNCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.....	297
O PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE NO FEDERALISMO BRASILEIRO.	311

TOMO VII

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONCORRÊNCIA

O RESPEITO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PROCEDIMENTOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA NO ÂMBITO DO REGULAMENTO N.º 1/2003.....	335
CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E O REGISTRO DO PENHOR NA MATRÍCULA DO IMÓVEL: NOVAS PERSPECTIVAS A RESPEITO DO REGISTRO DE IMÓVEIS	365



A Revista *Juris Advocatus*

Estamos comemorando, com esta 10ª edição da **Revista Juris Advocatus**, o terceiro ano desse importante meio editorial do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública - CECGP.

Debates, estudos, seminários e cursos de pós-graduação tem sido uma constante no CECGP ao longo desse tempo e nada passou despercebido das páginas da Revista Juris que cobriu, com farto material fotográfico, todos esses eventos, hoje disponíveis para consulta no site www.cecgp.com.br.

O CECGP, como centro de estudos e de pesquisa acadêmica, nasceu no ano de 2013 com a realização do seminário "A reforma política e o clamor das ruas". Esse grande fórum de debates ocorrido no Maranhão contou com a participação de estudantes, autoridades, professores e cientistas políticos que analisaram as primeiras grandes manifestações de natureza apartidária que ganharam as ruas no Brasil em proporções jamais realizadas até então.

Sabemos todos que a reforma política pugnada pela sociedade não aconteceu e nestes quatro anos assistimos a uma sucessão de crises políticas e de gestão, o exaurimento da legitimidade do poder legislativo e executivo, o protagonismo exacerbado do poder judiciário com violações frequentes às garantias fundamentais e, como corolário desse quadro de instabilidade institucional, a perigosa e arriscada fragilização da nossa democracia. No entanto, sabe-se, agora, com a profundidade e extensão da corrupção política revelada pela operação "lava-jato", os motivos pelos quais as principais lideranças políticas do país, fartamente abastecidas pelo "caixa 2", não ouviram o clamor popular de 2013 e decidiram, em causa própria, postergar a reforma política e eleitoral que em boa parte poderiam servir de freio à derrama de dinheiro público desviado para as campanhas.



Mas a Revista Juris, além de reportagens e coberturas jornalísticas de eventos jurídicos e de gestão pública, divulga trabalhos acadêmicos e artigos científicos de seus colaboradores e simpatizantes, mediante análise de seu Conselho Editorial. Com a edição agora trazida à lume, mudamos o formato de nossa publicação e, ao acrescentar sugestivamente o nome *advocatus* – quisemos prestar uma homenagem à classe dos advogados por entendermos que a ela cabe uma grandiosa missão histórica nesta quadra de instabilidade jurídica e institucional pela qual atravessa nosso país.

É de suma importância salientar, sob outro ângulo, que as relações institucionais do CECGP com respeitadas instituições de ensino e pesquisa da península Ibérica – a exemplo da Universidade Portucalense, em Portugal, abriram as páginas da Revista Juris para festejados juristas de além-Mar, dentre os quais destacamos os professores Manuela Magalhães e Dora Resende Alves (UPT); Jorge Miranda (FDUL) e Ángela Figueruelo (USAL). Alunos maranhenses do mestrado junto à Universidade Portucalense também participam desta edição comemorativa como Nádia Quinzeiro; Márcia Aguiar; Anna Graziella e Sara Gama. A Juris traz ainda artigos de renomados juristas maranhenses dentre eles Alonso Reis, Lourival Serejo, João Batista Ericeira, Roberto Carvalho Veloso, Márcio Aleandro, Ana Luíza Almeida Ferro, Maria de Jesus Rodrigues, Nelson Moraes Rêgo, Artenira Silva e Silva, José Márcio, Maria Goretti e Sergio Tamer.

A você, leitor, que sempre nos prestigiou, dedicamos este trabalho e esperamos merecer, com esta edição especial, o mesmo apoio da classe jurídica que até aqui vimos recebendo.

Editora CECGP

MESTRADO EM DIREITO

Universidade Portucalense



CECGP INSTALA CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO CONDUCENTE AO MESTRADO.

O presidente do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública-CECGP, Sérgio Victor Tamer, instalou, no auditório da OAB, o curso de especialização conducente ao mestrado em direito na Universidade Portucalense. A aula magna foi proferida pela coordenadora internacional dos mestrados daquela importante universidade europeia, professora doutora Mónica Martinez Campos que discorreu sobre o tema "O bem de família no direito português e brasileiro." Tamer parabenizou a Escola Superior de Advocacia pela iniciativa de promover a palestra e em especial ao seu diretor geral, professor João Batista Ericeira, pela retomada do fluxo de trabalho das atividades da escola superior dos advogados. Em seguida, destacou a força inovadora das



ações do presidente da OAB, Dr. Thiago Díaz, "nestes primeiros dias de sua promissora gestão."

Prosseguindo em sua fala, Tamer também fez uma destacada saudação à Universidade Portucalense, uma das mais importantes universidades europeias, na pessoa da coordenadora internacional dos mestrados, afirmando que "é uma honra e um privilégio muito grande tê-la aqui conosco, professora Mónica, a quem eu rogo que leve meus cumprimentos especiais à diretora da Faculdade de Direito, Dra. Manuela Magalhães, ao reitor Alfredo Marques e ao presidente Armando Jorge Carvalho.

O presidente do CECGP reservou uma palavra de apoio e apreço aos alunos da especialização conducente ao Mestrado, ao dizer que "igualmente nos honram com suas presenças e que eu gostaria de nominar a todos para dizer que conseguimos formar uma das mais brilhantes e expressivas turmas de pós-graduação do Estado do Maranhão"





Mónica Martinez Campos

COORDENADORA INTERNACIONAL DOS MESTRADOS DA UNIVERSIDADE PORTUGALENSE.

ALUNOS DA ESPECIALIZAÇÃO CONDUCENTE AO MESTRADO

Os alunos classificados e que tiveram seus currículos aprovados pela Universidade Portucalense, são: Alana Carlos Ferreira Duarte, André Jordany Araújo Silva, Anna Graziella Santana Neiva Costa, Carolina Moraes Moreira de Souza Estrela, Cristiane Gomes Coelho Maia Lago, Hélio da Silva Maia Neto, James Ricardo Ferreira Piloto, Marcelo Antonio Nogueira Araújo, Márcia Cavalcante de Aguiar, Nádia Maria França Quinzeiro, Virginia Maria Rosa Praseres de Miranda, Sara Fernanda Gama.

CECGP: A ATUALIDADE JURÍDICO-POLÍTICA DO PAÍS

O Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP, tem como missão fomentar a análise da realidade jurídica e sociopolítica nacional e internacional, prestando especial atenção a todas aquelas questões relativas ao Direito brasileiro e às instituições de países ibero-americanos, assim como às relações destes com a Europa e, muito especialmente, Espanha e Portugal.

O CECGP se propõe a manter uma agenda muita intensa cujo objetivo é pôr em conexão a

comunidade acadêmica do Maranhão com a sociedade civil através de foros de debate, jornadas, conferências, seminários e outras atividades que sirvam para pesquisar e analisar a atualidade jurídico-política do País e da comunidade ibero-americana.

FUNÇÕES

O CECGP, a par de suas funções gerais de formação e pesquisa, tem como diretrizes os seguintes enunciados:

Elaborar e promover estudos e pesquisas sobre o caráter, evolução e funcionamento dos sistemas sociais, políticos, constitucionais e administrativos, tanto em sua dimensão nacional como internacional.

Realizar, promover e publicar estudos sobre as matérias do escopo institucional do CECGP. De igual maneira, desenvolver ciclos e cursos de ensino especializados em relação a essas matérias.

Formar e manter um fundo documental e bibliográfico sobre Direito Constitucional, Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Ciência Política, História das Ideias Políticas, História Política do Brasil, e matérias conexas de Direito público.

Prestar assistência e assessoramento a instituições públicas e governamentais em matérias constitucionais e de gestão pública, assim como a promoção do ensino, a pesquisa e as publicações políticas e de normativa constitucional.

REVISTA JURIS:

um importante órgão de apoio às atividades do CECGP.



EXPEDIENTE



Revista do Centro de Estudos
Constitucionais e de Gestão Pública
ANO III - Nº 10
Novembro/Dezembro de 2017

Redação e Correspondência

Av. Castelo Branco, 605, Ed. Cidade de São Luís, salas 400-C
Bairro São Francisco - CEP: 65076-090 São Luís - MA
Telefone: (98) 3235 6467
E-mail: contato@cecgp.com.br
www.cecgp.com.br

ISSN: 2357 7940

Diretor e Editor:

Sergio Victor Tamer
sergiotamer@cecgp.com.br

Tiragem:

4 mil exemplares

Capa e Direção de Arte:

Adailton José Costa da Silva

Diagramação:

Washington Luis Barbosa Costa

Colaboradores:

Leonardo Arruda Souza
Patrícia Lima Coimbra da Silva

Impressão:

PolíGráfica

Uma publicação do Departamento de Publicidade da SVT Consultores Marketing e Propaganda Ltda.

Av. Castelo Branco, 605, Ed. Cidade de São Luís, salas 400-C
Bairro São Francisco - CEP: 65076-090 - São Luís - MA
Telefone: (98) 3235 6467
E-mail: contato@cecgp.com.br
www.cecgp.com.br



Conselho Editorial

Ana Luiza Almeida Ferro
Angela Figueruelo
Aldy Mello Filho
Carlos Lula
Carlos Henrique Vieira
Ilmar Polary
James Magno A. Farias
Jhonatan Almada
João Batista Ericeira
José Carlos Sousa Silva
José Augusto Cutrim

Karla Adriana Vieira
Lourival Serejo
Márcio Aleandro Correia Teixeira
Maria Manuela Magalhães
Mário Macieira
Mônica Martínez Campos
Nelson de Moraes Rego
Paulo Roberto B. Ramos
Paulo Velten
Raimundo F. Marques
Roberto Veloso
Sergio Victor Tamer

Coordenadorias dos Núcleos de Direitos Humanos, Ciência Política, Gestão Pública e do Observatório em Segurança Pública

Professor Msc. João Batista Ericeira
Professor Doutor Nelson de Moraes Rêgo
Professor Doutor Ilmar Polary

TOMO I

DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL E EM PORTUGAL

| DORA RESENDE ALVES |

Os direitos sociais na constituição portuguesa.
Sua conexão com o direito da União Europeia. Pág 13

| ANDRÉ NAVARRO |

Aplicação direta dos direitos fundamentais sociais, econômicos,
culturais e ambientais pela administração pública:
Uma análise sob a perspectiva do direito público contemporâneo. Pág 37

| NÁDIA MARIA FRANÇA QUINZEIRO |

Direito de aposentadoria da mulher sob a perspectiva de gênero:
Uma análise a luz da transversalidade e divisão sexual do trabalho. Pág 65

| MÁRCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA |

A municipalização da SEGURANÇA PÚBLICA. Pág 89



OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA: SUA CONEXÃO COM O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.^{1*}

Dora Resende Alves^{2**}

SUMÁRIO:

Agradecimentos; Introdução; 1. A estrutura da Constituição Portuguesa quanto aos direitos fundamentais; 2. Os direitos sociais na Constituição Portuguesa; 3. Os textos de origem europeia de protecção de direitos; 4. Os textos do direito da União Europeia; 4.1. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; 5. Conexão dos direitos sociais previstos na CRP com o direito da União Europeia; Comentário

Agradecimentos

Gostaria de começar por cumprimentar,

A Professora Maria Manuela Magalhães, a quem agradeço o convite para esta participação,

O Professor Carlos Rodrigues pela organização deste evento,

Os ilustres convidados estrangeiros e nacionais,

Os meus colegas membros do painel da mesa,

Todos os presentes e, em especial, os meus alunos,

1 * O texto teve por ponto de partida a comunicação apresentada na Conferência Ibérica “O Controlo Constitucional dos Direitos Sociais em ciclos de Crise Económica”, que decorreu no dia 25 de Maio de 2015 na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto. A redacção do artigo segue a norma antiga anterior à prevista pelo Acordo Ortográfico de 1990.

2 ** Mestre e doutoranda em Direito. Professora Auxiliar Convidada e Investigadora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

Introdução

Quando pensamos em direitos fundamentais, há que colocar o marco na data de 1776, com a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia³, e em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴. Eles representam a viragem na história humana que nos permite hoje discutir e distinguir direitos fundamentais. No nosso caso, toda a matriz europeia de construção da dignidade humana partiu desse ponto e assim abre o artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Todos os desenvolvimentos, bem como os que discutimos aqui hoje, daí resultam.

A temática que se coloca de ponderação sobre os direitos sociais promove a sua análise tal como são consagrados pela Constituição da República Portuguesa, mas também convida à leitura dos textos de protecção de direitos fundamentais de origem europeia e especificamente os da União Europeia. O direito europeu, entendido como o direito da União Europeia, é hoje uma presença consolidada na vida quotidiana dos cidadãos europeus, na legislação nacional e na consideração do Tribunal Constitucional, o que já ficou pacificado com a redacção do artigo 8.º da nossa Constituição.

Os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, eventualmente com a necessidade de reafirmação, quando colocados perante a posição dos direitos, liberdades e garantias, mas, ainda assim, verdadeiros direitos fundamentais, porque consagrados no texto constitucional. Essa preocupação foi sublinhada também pelo direito da União Europeia⁵.

01. A estrutura da Constituição Portuguesa quanto aos direitos fundamentais.

A Constituição portuguesa actual, com 39 anos de vigência, tem, como toda a constituição normativa, uma função de garantia⁶ vocacionada para os direitos fundamentais e, na tradição de origem da Constituição de 1822, um vasto elenco de direitos declarados, quando comparado com outras experiências constitucionais⁷.

3 MIRANDA, Jorge. Textos históricos do direito constitucional. 1990, p. 31.

4 Ibidem, p. 57.

5 Na Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia (1997), A4-0468/1998, § 37, a preocupação expressa manifestada pelo Parlamento Europeu que “[e]ntende ser necessário respeitar os direitos (...) sociais (...), assim como reconhecê-los como sendo do mesmo nível dos direitos fundamentais (...)”.

6 Muito útil nesta matéria a intervenção O Garantismo Constitucional. Constituição Penal. apresentada pela Professora Maria Manuela Magalhães Silva nas II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS SOBRE GARANTISMO CONSTITUCIONAL - PENAL, que decorreram no dia 31 de Julho de 2014 organizadas pelo ISBB – Instituto Superior Bissaya e Barreto, em Coimbra.

7 VAZ, Manuel Afonso [et al.] Direito Constitucional, o sistema constitucional português. 2012, p. 285.

Conforme é comum a muitas constituições, existe um capítulo introdutório com os *Princípios Fundamentais* que regem o texto constitucional⁸. Usualmente regras relativas à caracterização do Estado (artigo 2.º da CRP), à cidadania (artigo 4.º da CRP), ao território nacional (artigos 5.º e 6.º da CRP), às tarefas do Estado (artigo 9.º da CRP), entre outras, no nosso caso ao longo de onze artigos.

De notar, porém, que os princípios constitucionais fundamentais não se circunscrevem a este capítulo e podem encontrar-se dispersos pela lei fundamental, como é o caso da separação de poderes (artigo 111.º da CRP, embora já mencionado no artigo 2.º), da independência dos tribunais (artigo 203.º da CRP) ou da separação Estado-Igrejas (artigo 41.º, n.º 4, da CRP). Também, em cada uma das suas Partes, se voltam a encontrar princípios gerais relativos às respectivas matérias mas que obviamente resultam dos princípios fundamentais iniciais apenas concretizando aspectos dedicados a cada capítulo (para a *Parte I*, os artigos 12.º a 23.º; para a *Parte II*, os artigos 80.º a 89.º; para a *Parte III*, os artigos 108.º a 119.º)⁹.

Todas as revisões constitucionais interferiram com a redacção (da primeira à sexta) ou a interpretação (a sétima) dos Princípios Fundamentais.

Os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais¹⁰ assumidas pelo poder constituinte originário.

O texto da Constituição da República Portuguesa segue estruturado em quatro Partes e, na *Parte I*, a consagração de *Direitos e Deveres Fundamentais*, ao longo de 68 artigos, do 12.º ao 79.º. Dentro dessa grande parte temos os primeiros artigos, no *Título I*, os primeiros doze artigos, do 12.º ao artigo 24.º, dedicados a *Princípios gerais* aplicáveis a todo o restante e depois subdividida essa parte em dois Títulos, um relativo aos *Direitos, liberdades e garantias* (*Título II*) e outro aos *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais* (*Título III*)¹¹.

Esta primeira Parte é bastante extensa. Apesar disso, não esgota a matéria e nem sequer a enumeração dos direitos fundamentais. Seja porque encontramos preceitos dispersos na Parte II, na Parte III e nas Disposições finais e transitórias, para outras matérias, que prevêm outros direitos ou relevam mais ou menos directamente para o exercício dos direitos ali contemplados. Seja porque o artigo 16.º, n.º 2, da CRP, mandando interpretar e integrar os

8 Também assim a primeira Constituição portuguesa, de 23 de Setembro de 1822, que abre o seu texto imediatamente com 18 artigos consagrando direitos fundamentais. Curioso que o texto constitucional seguinte, a Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826, já os remete para um único e último artigo 145.º, se bem que com 39 parágrafos.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP Anotada. Volume 1. 2007, p. 188.

10 Ibidem, p. 189.

11 Ibidem.

preceitos constitucionais e legais respeitantes aos direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos do Homem¹², procede à sua recepção formal como conjunto de princípios gerais de direito internacional. Seja porque o mesmo artigo 16.º, no n.º I, estatui que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional¹³ e aí se encontra a conexão com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴, juridicamente vinculativa desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009.

A *Parte I* é, assim, uma das mais extensas divisões da Constituição e a que mais conforma a ordem jurídica infra-constitucional nos seus ramos do direito civil, direito criminal, direito do trabalho e por diante¹⁵.

Consagra-se um extenso catálogo (embora aberto, como se viu já) de direitos fundamentais, nas suas várias gerações: os tradicionais direitos de liberdade, ou de primeira geração, direitos resultantes das conquistas do liberalismo, que dizem respeito à pessoa humana; direitos de participação política e colectivos de segunda geração que correspondem à superação do modelo liberal; os que exigem uma contrapartida do Estado, direitos positivos de terceira geração; direitos de quarta geração que apelam ao papel do homem no ecossistema global. A Constituição fala também em «deveres fundamentais» na rubrica da Parte I, bem como na do Título III desta Parte, embora não lhe dedique uma consideração abrangente; somente os refere em preceitos dispersos¹⁶.

As seis primeiras revisões constitucionais efectuaram alterações, maiores ou menores (a terceira revisão, de 1992, por exemplo, alterou apenas um artigo, o 15.º), no conjunto dos preceitos constitucionais dedicados aos direitos fundamentais.

Como já se mencionou, dentro da *Parte I*, volta a encontrar-se um *Título I* com *Princípios Gerais*, artigos 12.º a 23.º da CRP¹⁷. Porém, o título não corresponde exactamente ao conteúdo, na medida em que nesta divisão do texto constitucional se encontram, é certo, princípios gerais ou comuns (artigos 12.º a 16.º da CRP), mas também princípios específicos para uma categoria (artigos 17.º a 19.º e 22.º da CRP) e ainda normas que estabelecem garantias e direitos específicos (artigos 20.º e 21.º da CRP).

12 Em 10 de Dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, então com 58 Estados, aprovou em Paris a Resolução 217A(III) com o texto de 30 artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, num elenco de direitos positivos de fonte consuetudinária, com base no costume reconhecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Portugal publicou-a no Diário da República, I Série A, n.º 57/78 de 9 de Março.

TAVARES, Raquel. Direitos Humanos... 2012, p. 17.

13 ALVES, Dora Resende. Direitos Fundamentais – Apontamentos complementares. 2013, p. 50.

14 PACHECO, Maria de Fátima. Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2014, p. 150.

15 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP Anotada. Volume 1. 2007, p. 294.

16 Ibidem.

17 ALVES, Dora Resende. Direitos Fundamentais – Apontamentos complementares. 2013, p. 54.

PARTE I - Direitos e deveres fundamentais

TÍTULO I - Princípios gerais (12.º a 23.º)

TÍTULO II - Direitos, liberdades e garantias

CAPÍTULO I - Direitos, liberdades e garantias pessoais (24.º a 47.º)

CAPÍTULO II - Direitos, liberdades e garantias de participação política (48.º a 52.º)

CAPÍTULO III - Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (53.º a 57.º)

TÍTULO III - Direitos e deveres económicos, sociais e culturais

CAPÍTULO I - Direitos e deveres económicos (58.º a 62.º)

CAPÍTULO II - Direitos e deveres sociais (63.º a 72.º)

CAPÍTULO III - Direitos e deveres culturais (73.º a 79.º)

02. Os direitos sociais na Constituição Portuguesa

O tema que nos trouxe aqui é talvez o conceito amplo de direitos sociais que abrange todos: os económicos, os sociais e os culturais, porém, vamos reportar-nos somente ao seu conceito mais restrito de direitos sociais propriamente ditos, tal como assim indicados pela Constituição portuguesa.

É, então, no Capítulo II do Título III atinente aos *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais*, que vamos encontrar os direitos sociais consagrados ao longo de 10 artigos da Constituição.

CAPÍTULO II - Direitos e deveres sociais

Artigo 63.º - (Segurança social e solidariedade)

Artigo 64.º - (Saúde)

Artigo 65.º - (Habitação e urbanismo)

Artigo 66.º - (Ambiente e qualidade de vida)

Artigo 67.º - (Família)

Artigo 68.º - (Paternidade e maternidade)

Artigo 69.º - (Infância)

Artigo 70.º - (Juventude)

Artigo 71.º - (Cidadãos portadores de deficiência)

Artigo 72.º - (Terceira idade)

A presente análise referir-se-á tão-somente aos direitos sociais como tal declarados no catálogo expresso da Parte I da Constituição, deixando-se de lado a questão de outros direitos fundamentais dispersos, formais ou não.

Direitos sociais que são inequivocamente direitos fundamentais¹⁸. E, quase todos, direitos que exigem do Estado comportamentos positivos, passando a estar o conteúdo desses direitos dependente das opções políticas que o Estado siga para a afectação dos seus limitados recursos¹⁹. E estes dão expressão ao que costuma designar-se por “constituição social”, no sentido de ordem constitucional dos direitos e prestações sociais, conforme ao Estado social assim qualificado no artigo 2.º da CRP²⁰. Não basta para esta geração de direitos a sua proclamação formal, mas cabe ao Estado criar condições objectivas para a sua efectivação prática²¹, tal como é dito no artigo 72.º, n.º 2, da CRP, cabe ao Estado “*assumir o encargo da efectiva realização dos (...) direitos*”. Um típico direito social tem uma natureza positiva, que correspondem as inerentes obrigações do Estado, a concretizar por via legislativa e por acção administrativa²². Daí que se encontrem as expressões “*incumbe ao Estado*” (artigos 63.º, n.º 2; 64.º, n.º 3; 65.º, n.º 2; 63.º, n.º 2; 67.º, n.º 2) ou “*a lei regula*” (artigo 68.º, n.º 4) ou equivalente (artigos 69.º, n.º 2; 71.º, n.º 2 e 3; 70.º, n.º 3; 71.º, n.º 2; 72.º, n.º 2). Contudo, também encontramos em alguns uma vertente negativa, no sentido do direito de exigir que o Estado (ou terceiros) se abstenham de qualquer acto que com eles colida (artigos 64.º ou 68.º).

A realização dos direitos sociais é indissociável da política económica e social de cada momento, visto que a totalidade dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas, normas que têm de ser seguidas, não só de lei, como de modificações económicas, sociais, administrativas ou outras. E, essas, são onerosas e recebem diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado do ciclo político. Daí que se possa identificar na doutrina uma caracterização destes direitos como pouco *resistentes*, no sentido em que podem ceder face à intervenção do legislador²³. E, contudo, tal não é possível. Não existem “*graus*” de firmeza para os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e a sua força jurídica e, portanto, a intensidade de controlo efectuado pelo Tribunal Constitucional quanto à sua protecção, é idêntica para todos. Para isso, então, os direitos sociais não estariam na constituição em sentido formal, como noutros países acontece²⁴.

Em todo o caso, tendencialmente, os direitos sociais aparecem consagrados em normas constitucionais de tipo programático, enquanto os direitos, liberdades e garantias,

18 NOVAIS, Jorge Reis. Em Defesa do Tribunal Constitucional. 2014, p. 141; ALEXANDRINO, José Melo. O discurso dos direitos. 2011, p. 191, e QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais, teoria geral. 2010, p. 183.

19 VAZ, Manuel Afonso [et al.] Direito Constitucional, o sistema constitucional português. 2012, p. 227, e TAMER, Sergio. Atos políticos e direitos sociais nas democracias. 2005, p. 208.

20 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP Anotada. Volume 1. 2007, p. 814.

21 VAZ, Manuel Afonso [et al.] Direito Constitucional, o sistema constitucional português. 2012, p. 228.

22 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP Anotada. Volume 1. 2007, p. 874.

23 NOVAIS, Jorge Reis. Em Defesa do Tribunal Constitucional. 2014, p. 143.

24 *Ibidem*, p. 146.

tendencialmente em normas preceptivas, que atribuem um direito subjectivo, quer sejam exequíveis por si mesmas quer não exequíveis por si mesmas. Repete-se, tendencialmente, não é absoluto²⁵, mas a proclamação dos direitos sociais assenta na necessidade de efectivação de incumbências por parte do Estado sem as quais não se concretizam, é atribuída ao Estado a tarefa da sua realização. Estas normas carecem da intervenção do legislador ordinário mas também de toda uma logística de aplicação de recursos do Estado. Portanto, o tempo e o modo da sua realização dependem da evolução e do momento vivido pela sociedade²⁶.

De qualquer forma, a diferença de regime atribuída aos direitos fundamentais que não os incluídos no *Título II*, relativo aos direitos, liberdade e garantias (especialmente valorados), vem expressamente determinado nos princípios gerais pelo artigo 18.º da CRP, portanto, os direitos sociais não gozam de aplicabilidade directa, contudo, embora a maioria deles tenha por destinatário o Estado, alguns há em que o destinatário é a generalidade dos cidadãos (artigos 67.º, 68.º ou 69.º)²⁷.

Em resultado, problemas se levantam quanto à sua tutela pelo Tribunal Constitucional a nível da possível inconstitucionalidade por omissão, onde se discute na doutrina um eventual défice de protecção²⁸, sendo certo que a verificação da inconstitucionalidade por omissão apresenta apenas efeitos declarativos (artigo 283.º da CRP)²⁹. Sendo certa, é claro, a fiscalização da inconstitucionalidade por acção (artigo 277.º da CPR), numa vertente de normas que dependem de concretização por via legislativa.

Este item merece a atenção do Tribunal Constitucional também porque reforçado pelo artigo 9.º, alínea d), da CRP, como tarefa fundamental do Estado “[p]romover (...) a efectivação dos direitos (...) sociais”, de onde resulta o princípio do Estado social, que é, por sua vez, resultado da “*democracia (...) social*” afirmada pelo artigo 2.º³⁰, repete-se. Tão discutido é o entendimento do Estado social nos dias de hoje, também em virtude do tema que nos trouxe aqui: a exiguidade de meios do Estado para o concretizar com medidas positivas, conforme até a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia declara³¹.

25 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP Anotada. Volume 1. 2007, p. 314.

26 VAZ, Manuel Afonso [et al.] Direito Constitucional, o sistema constitucional português. 2012, p. 283, e ALEXANDRINO, José Melo. O discurso dos direitos. 2011, p. 194.

27 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP Anotada. Volume 1. 2007, p. 315.

28 Por exemplo, leia-se NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. 2012, p. 274. Ainda, TAMER, Sergio. Atos políticos e direitos sociais nas democracias. 2005, p. 210.

29 Sem entrar em mais detalhada análise. Para tanto ver MOREIRA, Vital. “O Tribunal Constitucional Português: a “fiscalização concreta” no quadro de um sistema misto de justiça constitucional”. 2001, p. 100, e BRITO, Miguel Nogueira de, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da e ARAÚJO, António de. “A execução das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador”. 2001, p. 116.

30 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP Anotada. Volume 1. 2007, p. 278.

31 PACHECO, Maria de Fátima. Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2014, p. 195.

O capítulo relativo aos direitos sociais sofreu alterações pelas revisões constitucionais de 1982 (mexeu em 7 artigos), 1989 (alterou também 7 artigos), 1997 (mudou todos os 10 artigos) e 2004 (apenas os artigos 65.º e 67.º).

Os direitos sociais, como direitos fundamentais, diriam respeito às pessoas ou também às pessoas colectivas, consoante a sua própria natureza, de acordo com a regra geral do artigo 12.º, n.º 2, da CRP³². No caso, todos eles, pela sua natureza pessoal de direitos individuais só dizem respeito às pessoas, excluindo as pessoas colectivas. Embora os direitos de fruição individual possam ser titulados por pessoas colectivas, de alguma forma lateral, através de associações ou organizações que prossigam essa protecção. Não dependendo a titularidade destes direitos da cidadania nacional, nada parece justificar a exclusão da sua titularidade pelos estrangeiros residentes, nos mesmos termos dos cidadãos nacionais (nos termos do artigo 15.º, n.º 1).

Outra questão diz respeito, como já mencionámos, aos seus destinatários, que pode ser o Estado na medida em que deve criar as condições para os realizar, os próprios cidadãos ou mesmo determinadas classes ou categorias sociais (pais e mães, crianças, jovens, portadores de deficiência, idosos) ou até instituições (família). Certo é também que os direitos sociais abarcam dois grupos distintos: os que se reportam às condições de vida fundamentais (segurança social, saúde ou habitação) e os tais que se destinam a grupos sociais ou certas instituições mais carecidas de protecção específica³³, no fundo, resultado da aplicação do princípio da igualdade do artigo 13.º da CRP na sua dimensão social³⁴.

É precisamente a discussão sobre a vivência dos direitos sociais em tempos de crise a questão que nos trouxe aqui hoje, a sua condicionante económica³⁵, o que se relaciona com a própria vivência da constituição em situações de emergência financeira³⁶, precisamente porque os direitos sociais se revelam mais frágeis em situações de crise económica do Estado. Porque, sendo a tutela constitucional dos direitos sociais consideravelmente inferior do que a tutela constitucional dos direitos, liberdades e garantias, ela dependerá sempre da capacidade financeira do Estado³⁷. Mas é também em situações de crise que a Constituição deve ser

32 Muito curiosa a discussão doutrinária recente em torno do reconhecimento às pessoas colectivas de direitos humanos que surge, nomeadamente, e porque é tema que nos ocupa pessoalmente, na aplicação do direito da concorrência, seja a nível nacional seja a nível do direito da União Europeia, conforme que pode ver, apenas para referência, em MARCOS, Francisco e SÁNCHEZ GRAELLS, Albert. "En contra del reconocimiento de "derechos humanos corporativos" los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia", 2015, pp. 11-17.

33 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CRP Anotada. Volume 1. 2007, p. 316.

34 Ibidem, p. 337.

35 TAMER, Sergio Victor. Atos políticos e direitos sociais nas democracias. 2005, p. 219.

36 Várias posições se podem encontrar na doutrina, segundo NOVAIS, Jorge Reis. Em Defesa do Tribunal Constitucional. 2014, p. 51.

37 VAZ, Manuel Afonso [et al.] Direito Constitucional, o sistema constitucional português. 2012, p. 293; ALEXANDRINO, José Melo. O discurso dos direitos. 2011, p. 196 e QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais, teoria geral. 2010, p. 182.

aplicada com maior rigor e exigência e mais vigilante deve ser o Tribunal Constitucional³⁸ como guardião dos direitos e garantias nela previstos³⁹.

03. Os textos de origem europeia de protecção de direitos

Mas importa ainda vislumbrar os textos mais significativos de origem europeia que protegem os direitos fundamentais no seu todo, para encontrarmos o papel dos direitos sociais.

Resultado da Revolução Francesa, surge na Europa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴⁰ de 26 de Agosto de 1789. Estamos num primeiro momento, ainda sem preocupações sociais, mas tão só de protecção do homem como indivíduo.

Em 10 de Dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, aprova em Paris a Resolução 217A(III) com o texto de 30 artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴¹, primeiro instrumento internacional que enuncia direitos de carácter civil e político, mas também de natureza económica, social e cultural de que todos os seres humanos devem beneficiar. Já menciona no seu texto manifestações sociais, vistos, entre outros os artigos 22.º, 25.º.

Segue-se em 4 de Novembro de 1950, assinada em Roma, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ou Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁴², no âmbito da principal tarefa do Conselho da Europa de tutela dos direitos do homem. Este texto refere algumas preocupações sociais, nomeadamente nos seus artigos 8.º e 12.º.

Ainda, surge o texto da Carta Social Europeia Revista, adoptada pelo Conselho da Europa a 3 de Maio de 1996, para actualizar e alargar as disposições da Carta original⁴³.

Não são estes os únicos, até muitos outros de carácter específico, mas estes são por certo os de referência para a Constituição portuguesa e também inspiradores de textos posteriores.

38 NOVAIS, Jorge Reis. Em Defesa do Tribunal Constitucional. 2014, p. 59, e URBANO, Maria Benedita. “A Jurisprudência da Crise no divã. Diagnóstico: Bipolaridade?” in O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos. Organização de ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de e PEREIRA COUTINHO, Luís. 2014, p. 13.

39 NOVAIS, Jorge Reis. Em Defesa do Tribunal Constitucional. 2014, p. 53.

40 Ver Miranda, Jorge. Textos Históricos do Direito Constitucional. 1990, p. 57.

Em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_MA_19926.pdf.

41 Publicada no Diário da República, I Série A, n.º 57/78 de 9 de Março.

42 Portugal ratificou esta Convenção pela Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro no Diário da República n.º 236, I Série, pp. 2119 a 2145.

43 A Carta Social Europeia fora assinada na cidade de Turim, Itália. Entrou em vigor em 26 de Fevereiro de 1965. Foi alterada pelo Protocolo de Alterações de 1988 e pelo Protocolo Adicional de 9 de Novembro de 1995 e foi substituída pela Carta Social Europeia Revista, esta com o texto no Diário da República I Série-A, n.º 241 de 17.10.2001, pp. 6604(2) a (28), pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001 e Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001. Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 1 de Julho de 2002. Ver em http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_21.htm.

04. Os textos do direito da União Europeia

Especificamente, no direito da União Europeia, os Tratados originários das Comunidades Europeias estavam exclusivamente focados na realização de objectivos económicos e, nesse contexto, considerou-se que as Constituições nacionais seriam suficientes para tutelar os direitos fundamentais mais ainda com a então recente ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) que atribuía a um Tribunal próprio a protecção europeia dos direitos fundamentais dos indivíduos⁴⁴.

Contudo, CEDH e seus Protocolos garantem sobretudo direitos habitualmente chamados de "civis e políticos", contendo relativamente poucas disposições sobre os ditos direitos "económicos, sociais e culturais". Então, já para colmatar essa lacuna surgira a Carta Social Europeia⁴⁵. De 18 de Outubro de 1961, a Carta Social Europeia⁴⁶, convenção aprovada pelo Conselho da Europa e assinada na cidade de Turim, Itália, que estende a missão do Conselho da Europa aos direitos sociais⁴⁷. Seria completada por Protocolos e revista pela Carta Social Europeia Revista de 3 de Maio de 1996.

Inspirada na anterior, segue-se, então, no direito comunitário, a aprovação de uma Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, por impulso de *Jacques Delors*, que defendia uma política social comum com vista a combater o desemprego. Aprovada no Conselho Europeu de Estrasburgo, de 8 e 9 de Dezembro de 1989⁴⁸, foi assinada por todos os Estados membros das Comunidades Europeias com excepção do Reino Unido⁴⁹. Com um texto de 26 artigos, virá a influenciar a CDFUE em matéria de direitos sociais⁵⁰.

É com a revisão aos tratados institutivos realizada pelo Tratado da União Europeia de 1992 que se abre uma via quanto à implementação de progressos com uma política social no direito originário, em protocolo anexo, se bem que também com Estados não aderentes⁵¹, passando-a depois o Tratado de Amsterdão de 1997, a integrar esta política no próprio texto do tratado.

44 ROCHA, Armando L. S. "The elephant in the room..." in *Liber Amicorum*. 2013, p. 221, e PACHECO, Maria de Fátima. Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2014, p. 60.

45 TAVARES, Raquel. *Direitos Humanos – de onde vêm, o que são e para que servem?* 2012, p. 92.

46 Texto no Diário da República n.º 179, I Série-A, de 06.08.1991, pp. 3855 a 3872, pela Resolução da Assembleia da República n.º 21/91.

47 CAMPOS, João Mota de (coord). *Organizações Internacionais*. 2010, p. 676.

Expressamente referida no artigo 151.º do TFUE.

48 CAMPOS, João Mota de (coord). *Organizações Internacionais*. 2010, p. 678.

PARLAMENTO EUROPEU. 50 Anos de Europa – os grandes textos da construção europeia. 2001, p. 206.

49 Foi assinada por todos os Estados membros das Comunidades Europeias com excepção do Reino Unido, que acabou por finalmente a assinar também. Resolução do Parlamento Europeu (1997), A4-0468/1998, § 36.

50 Expressamente referida no artigo 151.º do TFUE.

51 ANJOS, Leonardo Fernandes dos. "Direitos Sociais no Tratado da União Europeia" in *Prim@Facie*. Ano 2, n.º 2, jan/jun, 2003, p. 2.

4.1 A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A versão originária dos tratados institutivos das Comunidades Europeias, de cariz económico, não continha disposições específicas sobre a protecção dos direitos fundamentais⁵². Na sua ausência, o Tribunal de Justiça “inventou” um caminho de defesa de direitos fundamentais à medida que as situações iam surgindo na sua alçada e utilizando outras fontes de direito como as Constituições dos Estados membros e os instrumentos internacionais, entre eles a CEDH⁵³, criando um precedente vinculativo⁵⁴.

Com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, pela primeira vez, após sucessivas e mal sucedidas tentativas, a União dispõe de um texto proclamatório de direitos, de vocação geral^{55, 56}.

A Carta não proclama novos direitos, ela incorpora os direitos humanos clássicos da CEDH, tal como desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e, aí, também os direitos sociais como direitos fundamentais⁵⁷, mas com um âmbito de aplicação muito mais vasto pois trata-se de um conjunto de direitos que são da competência da União Europeia, tal como estabelecido nos Tratados e desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Ela ainda reafirma os direitos e princípios que decorrem das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados membros, tendo em conta progressos científicos e tecnológicos e reflectindo o modelo social europeu⁵⁸. E integra um conjunto de “cláusulas horizontais” para facilitar a sua aplicação⁵⁹.

Fora no Conselho Europeu em Colónia, Alemanha, em 3 e 4 de Junho de 1999, que se decidira a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É no Conselho Europeu de Nice, França, de 7 a 9 de Dezembro de 2000, que é solenemente proclamado o

52 CAMPOS, João Mota de (coord). *Organizações Internacionais*. 2010, p. 678.

53 DUARTE, Maria Luísa. “O modelo europeu de protecção dos direitos fundamentais – dualidade e convergência” in *Revista de estudos europeus*. 2007, pp. 32 e 36.

54 SILVEIRA, Alessandra. “Interconstitucionalidade na União Europeia” in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado*. 2011, p. 212.

55 DUARTE, Maria Luísa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais...” in *Cadernos O Direito*. 2010, p. 170.

56 Conferência proferida pela Prof.ª Dr.ª Alessandra Silveira, com o título “A protecção jurisdicional dos direitos fundamentais na União Europeia”, em 10 de Dezembro de 2008, no Auditório da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

57 Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia (1997), A4-0468/1998, § 35.

58 Resolução do Parlamento Europeu de 23 de Outubro de 2002, JOUE C 300 E de 11.12.2003, p. 434, § G.

59 Artigos 51.º a 54.º da Carta.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. “O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia” in *50 Anos do Tratado de Roma*. 2007, p. 330.

texto da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais⁶⁰, ainda sem ser juridicamente vinculativa. Contudo, apesar da incerteza quanto ao valor jurídico das suas disposições, o texto foi redigido para se aplicar no futuro como um verdadeiro instrumento normativo de reconhecimento de direitos⁶¹. A Convenção que produziu o texto trabalhou «como se» estivesse a elaborar um texto jurídico de carácter vinculativo, com a intenção expressa de lhe atribuir segurança jurídica⁶².

É republicado o texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em 2007, sendo adaptado e válido a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa⁶³. Segue-se a publicação de Anotações⁶⁴ relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, que constituem um valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, muda a posição da Carta de Direitos Fundamentais que fora incluída como Parte II (artigos II-61.º a II-114.º da Constituição Europeia, JOUE C 310 de 16.12.2004) para figurar agora em Declaração anexa, com algumas ressalvas para a República Checa, Polónia e Reino Unido⁶⁵.

Mas é no Tratado de Lisboa que a Carta de Direitos Fundamentais surge juridicamente vinculativa⁶⁶ (novo artigo 6.º, n.º 1, do TUE).

Com 54 artigos repartidos por 7 capítulos com as epígrafes: *Dignidade, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Disposições Gerais*. Contém um número alargado de direitos e de categorias de direitos: direitos civis, direitos políticos, direitos económicos e direitos sociais. Na verdade, esta última categoria foi uma das vertentes objecto de difíceis negociações para a sua aprovação⁶⁷.

A Carta reúne num texto único o conjunto dos direitos fundamentais protegidos na União, o que compreende que os direitos e princípios contidos na Carta decorrem nomeadamente das tradições constitucionais e das convenções internacionais comuns aos Estados membros, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, das Cartas Sociais adoptadas pela Comunidade

60 Publicado em 2000/C 364/01 no JOCE C 364 de 18.12.2000, pp. 1 a 22.

61 DUARTE, Maria Luísa. "A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais..." in Cadernos O Direito. 2010, p. 171.

62 Resolução do Parlamento Europeu de 23 de Outubro de 2002, JOUE C 300 E de 11.12.2003, p. 433, § C.

63 No JOUE C 303 de 14.12.2007, Informação oriunda das instituições e dos órgãos da União Europeia, 2007/C 303/01, pp. 1 a 16.

64 2007/C 303/02, pp. 17 a 35.

65 Declarações dos Estados-membros C. 53. relativa à República Checa, 61. quanto à Polónia, e 62. quanto à Polónia e ao Reino Unido que remete para o Protocolo A. anexo ao TL relativo à aplicação da CDFUE à Polónia e ao Reino Unido (JOUE C 306 de 17.12.2007, páginas 267 e 154).

66 Nos termos da Declaração A. 1., adoptada pela Conferência dos Representantes dos Estados-membros e anexa ao TL, porém com ressalvas de alguns países em declarações anexas ao Tratado (JOUE C 306 de 17.12.2007, p. 12) e PACHECO, Maria de Fátima. Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2014, pp. 171 e 176.

67 PACHECO, Maria de Fátima. Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2014, p. 191.

e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Os destinatários da Carta são, em primeiro lugar, as instituições, órgãos e organismos da União, sendo ela também aplicável aos Estados membros, apenas quando apliquem o direito da União⁶⁸.

05. Conexão dos direitos sociais previstos na CRP com o direito da União Europeia

Referindo-nos nesta análise tão só aos artigos identificados na Constituição da República Portuguesa como os direitos sociais, artigos 63.º a 72.º, é curioso encontrarmos alguma conexão quanto aos direitos consagrados no texto constitucional e nos textos europeus ou da União Europeia⁶⁹, nomeadamente:

CRP	DUDH	CDFUE
63.º	22.º	34.º
64.º	25.º	35.º
65.º	25.º, n.º 1	34.º, n.º 3
66.º	—	37.º
67.º	16.º, n.º 3	7.º e 33.º
68.º	25.º, n.º 2	9.º, 33.º, n.º 2, e 34.º
69.º	25.º, n.º 2	24.º e 32.º
70.º	25.º, n.º 2	32.º
71.º	—	26.º
72.º	—	25.º

e 191.º a 193.º do TFUE

e 8.º e 12.º da CEDH

e 165.º e 166.º do TFUE

Artigos da Constituição da República Portuguesa (CRP)
 Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)
 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)
 Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)

68 Artigo 51.º, n.º 1, da Carta.

Quando um Estado membro não respeita os direitos fundamentais ao aplicar o direito da União, a Comissão, enquanto guardiã dos Tratados, dispõe de poderes próprios para tentar pôr termo à infração e pode, caso necessário, submeter o caso ao Tribunal de Justiça através do mecanismo da acção por incumprimento. Mas a Comissão só pode intervir se a situação em causa tiver um elemento de conexão com o direito da União (por exemplo, quando uma legislação nacional transpõe uma directiva da União de modo contrário aos direitos fundamentais, ou quando uma autoridade pública aplica um acto legislativo da União de modo contrário aos direitos fundamentais, ou quando uma decisão judicial nacional definitiva aplica ou interpreta o direito da União de modo contrário aos direitos fundamentais).

A Carta não se aplica nas situações de violação dos direitos fundamentais que não apresentem qualquer elemento de conexão com o direito da União. Aí os Estados membros têm os seus próprios sistemas de protecção dos direitos fundamentais, assegurados pelos tribunais nacionais, e a Carta não os substitui.

Ver Acórdão do TJUE de 26 de fevereiro de 2013, Åklagaren / Hans Åkerberg Fransson, Proc. C-617/10, § 30.

69 PACHECO, Maria de Fátima. Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 2014, p. 150.

Como se mencionou, as primeiras preocupações, a nível de direito interno e na cena internacional, em matéria de consagração de direitos não se orientavam primordialmente para os direitos sociais; a sua construção resulta da própria evolução histórica da Europa, mas verifica-se uma preocupação de os reforçar, hoje atento o teor do artigo 3.º do Tratado da União Europeia. Também assim, na própria evolução dos textos da União Europeia, só muito recentemente, a partir de 2000 ainda sem força vinculativa, surgiu um catálogo de direitos fundamentais, embora já nele incluindo a faceta dos direitos sociais. E a sua formulação pela Carta é vaga, necessitando da prática nacional dos Estados-Membros para se efectivarem, conforme o artigo 52.º, n.º 6, da Carta⁷⁰.

E falamos aqui em conexão porque, como já se referiu, o elenco dos direitos fundamentais na Constituição portuguesa é tão completo, que não é fácil encontrar normas que consagrem direitos fundamentais que escapem à sua previsão. Por isso, neste nosso presente âmbito de estudo e não só, a Carta pouco acrescenta à ordem constitucional portuguesa⁷¹, antes consolida, sob o efeito do direito da União Europeia, o percurso de protecção social a implementar pelos Estados-Membros. Fixa, porém, também para os direitos sociais fundamentais, um determinante mínimo que pretendem comum aos Estados-Membros, embora o nível de protecção da nossa Constituição seja mais elevado.

Comentário

Não se nos coloca qualquer dúvida quando a considerar os direitos sociais verdadeiros direitos fundamentais, quer face ao texto da Constituição da República Portuguesa, quer perante os textos europeus de consagração de direitos fundamentais de maior referência, que sejam a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao adquirir força jurídica, veio reforçar este entendimento na esfera nacional e da União. Não terá acrescentado ideias novas no âmbito analisado por nós, mas funciona como uma consolidação da protecção social envolvida.

E, se em tempos de normalidade os direitos sociais constitucionalmente previstos sofrem algumas flutuações de interpretação política através da sua execução legislativa, é em tempos de crise que a exigência da sua garantia deve sair reforçada, seja a nível das instâncias nacionais, mormente pelo Tribunal Constitucional, seja a nível europeu, através da efectivação dos instrumentos internacionais e da União Europeia de garantia destes direitos. Com a vinculação jurídica da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mais um documento de carácter estrutural, portanto materialmente constitucional, veio reforçar a defesa dos direitos sociais conquistados.

70 Ibidem, p. 199.

71 Ibidem, pp. 151 e 209.

O texto apresentado foi escrito, por opção pessoal, de acordo com a antiga ortografia, révia ao Acordo Ortográfico ⁷².

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, José Melo. *O discurso dos direitos*. Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1981-4.

ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de e PEREIRA COUTINHO, Luís (organização). *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos*. Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5704-0.

ALVES, Dora Resende. *Direitos Fundamentais – Apontamentos complementares*. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. Policopiado. Novembro de 2013, 171 páginas.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. "Direitos Sociais no Tratado da União Europeia" *in Prim@Facie*. Ano 2, n.º 2, jan/jun, 2003.

BRITO, Miguel Nogueira de, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da e ARAÚJO, António de. "A execução das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador". *In sub judice justiça e sociedade*. 20/21, Janeiro/Junho, 2001. pp. 111-127. ISSN 0872-2137.

CAMPOS, João Mota de (coordenação). *Organizações Internacionais*. Coimbra: Wolters Kluwer | Coimbra Editora. 4.ª ed., 2010. ISBN 978-972-32-1903-6.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume 1. 4.ª edição. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Obra completa ISBN 978-972-32-1464-4.

72 Entre 1712 e 1720 foi publicado o primeiro grande inventário da língua portuguesa com o Vocabulário português e latino de Rafael Bluteau. Depois, houve a primeira reforma ortográfica de 1911 e o 1.º Acordo Ortográfico entre Brasil e Portugal em 1931.

Surge o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, convenção internacional assinada pela Academia das Ciências de Lisboa, Academia Brasileira de Letras e delegações de Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Publicado no DR n.º 193, I-A Série, de 23 de Agosto de 1991, pp. 4370 a 4388. Houve um 1.º Protocolo Modificativo e um 2.º Protocolo Modificativo de 26 e 27 de Julho de 2004. Foi ratificado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008 de 16 de Maio no DR n.º 145, I Série, de 29 de Julho, p. 4802, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/2008 de 29 de Julho. Pensado para entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1994. A Resolução da AR prevê um período de transição pelo prazo de 6 anos para adopção oficial da nova ortografia, a contar de 13 de Maio de 2009, data do depósito do instrumento de ratificação, segundo o Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 255/2010 de 17 de Setembro, no DR n.º 182, I Série, p. 4116.

O Comunicado do Conselho de Ministros de 9 de Dezembro de 2010 indica o conversor Lince como ferramenta gratuita de conversão ortográfica para a nova grafia, disponível na Internet em www.portaldalinguaportuguesa.org e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011 de 25 de Janeiro de 2011 aprovou a introdução da nova grafia a partir do ano lectivo de 2011/2012 através de uma adopção gradual do processo de conversão ortográfica.

As instituições, órgãos e organismos da União Europeia decidiram aplicar, a partir de 1 de Janeiro de 2012, o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. A partir dessa data, os textos publicados no Jornal Oficial da União Europeia foram redigidos segundo as regras da nova ortografia. Aviso constante do respectivo Jornal Oficial no mês de Dezembro (nomeadamente JOUE C 350 de 01.12.2011 e C 351 de 02.12.2011).

O prazo de transição de 6 anos, a ter-se contado desde a data do depósito internacional da ratificação, terminou, então, a 13 de Maio de 2015. Porém, nos termos do artigo 119.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da CRP, só a publicação publicita e valida o acto de depósito, pelo que só aí se poderia ter começado a contar o prazo que só terminará, por este entendimento e com a vacatio legis de 5 dias, em 22 de Setembro de 2016.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. "O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia" *in 50 Anos do Tratado de Roma*. Quid Juris Editora: Lisboa, 2007. ISBN 978-972-724-358-7, pp. 325 a 76.

DUARTE, Maria Luísa. "A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa" *in Cadernos O Direito, n.º 5 - O Tratado de Lisboa*. Almedina, 2010. pp. 169 a 189.

MARCOS, Francisco e SÁNCHEZ GRAELLS, ALbert. "En contra del reconocimiento de "derechos humanos corporativos" los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia". *In La Ley*. 3251/2015. Disponível em www.diariolaley.es . pp. 11-17.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. 2.ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.

MOREIRA, Vital. "O Tribunal Constitucional Português: a "fiscalização concreta" no quadro de um sistema misto de justiça constitucional". *In sub judice justiça e sociedade*. 20/21, Janeiro/Junho, 2001. pp. 95-110. ISSN 0872-2137.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional*. Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5825-2.

_____. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2070-4.

PACHECO, Maria de Fátima de Castro Tavares Monteiro. *Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Tese. Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, 2014.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Europeia (1997), A4-0468/1998.

_____. *50 Anos de Europa – os grandes textos da construção europeia*. 2.ª ed. Gabinete em Portugal do Parlamento Europeu, 2001. ISBN 972-97048-3-X.

Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Verbo.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais, teoria geral*. 2.ª ed. Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1824-4.

ROCHA, Armando L. S. "The elephant in the room": a liberdade de expressão no Tribunal

Geral" in *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra Editora, 2013, pp. 219 a 258. ISBN 978-972-32-2116-9.

SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. Reimpressão da 2.^a edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2010. ISBN 978-989-51-8305-03-9. 347 páginas.

SILVEIRA, Alessandra. "Interconstitucionalidade na União Europeia" in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado*. Tomo LX, n.º 326, 2011. ISSN 0870-8185. pp. 211 a 223.

_____. *A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia no Seminário Internacional de Estudos Ibero Americanos em Direito Constitucional - "A evolução dos direitos fundamentais e sua eficácia constitucional"*, dia 11 de Julho de 2013 na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Auditório 201, Painel II – Os direitos fundamentais em Portugal, Espanha e União Europeia.

TAMER, Sergio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias – um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. ISBN 85-7525-334-4.

TAVARES, Raquel. *Direitos Humanos – de onde vêm, o que são e para que servem?* Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012. ISBN 978-972-27-2063-2.

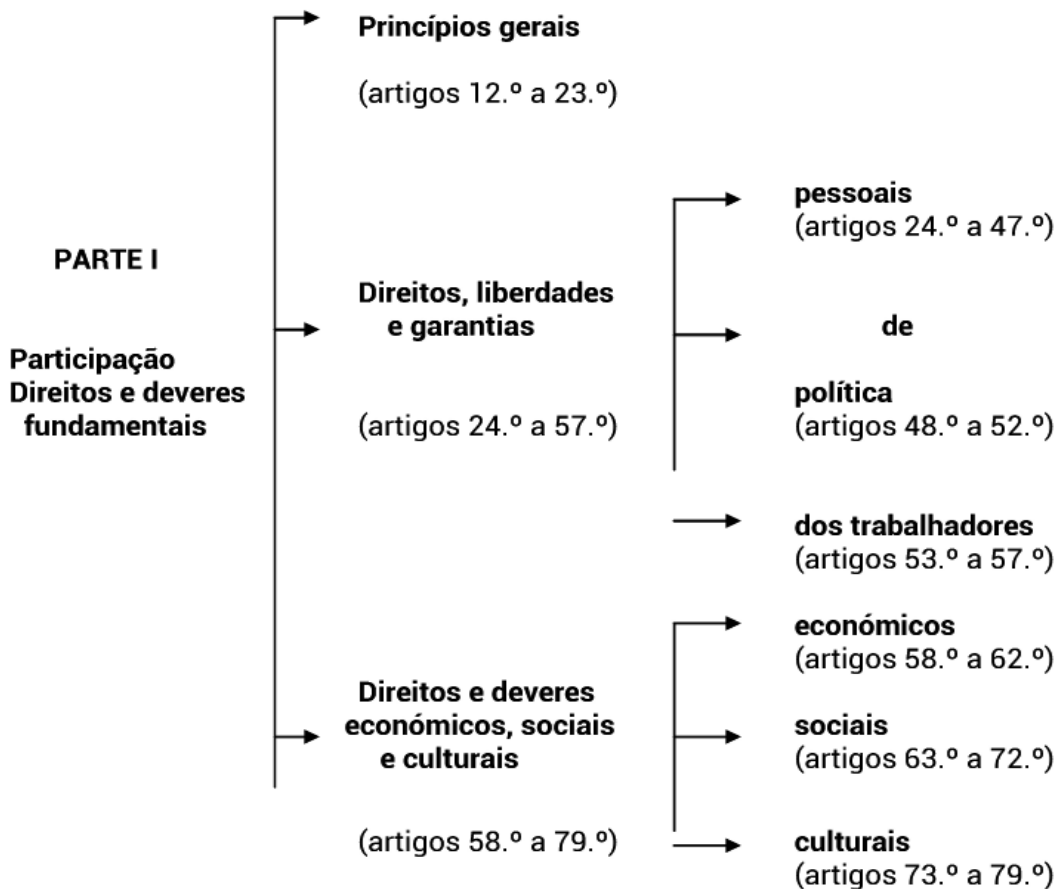
VAZ, Manuel Afonso et. al. *Direito Constitucional, o sistema constitucional português*. Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2069-8.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Preâmbulo

Princípios fundamentais

(artigos 1.º a 11.º)



PARTE I - Direitos e deveres fundamentais

TÍTULO I - Princípios gerais

Artigo 12.º - (Princípio da universalidade)

Artigo 13.º - (Princípio da igualdade)

Artigo 14.º - (Portugueses no estrangeiro)

Artigo 15.º - (Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus)

Artigo 16.º - (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

Artigo 17.º - (Regime dos direitos, liberdades e garantias)

Artigo 18.º - (Força jurídica)

Artigo 19.º - (Suspensão do exercício de direitos)

Artigo 20.º - (Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efectiva)

Artigo 21.º - (Direito de resistência)

Artigo 22.º - (Responsabilidade das entidades públicas)

Artigo 23.º - (Provedor de Justiça)

TÍTULO II - Direitos, liberdades e garantias

CAPÍTULO I - Direitos, liberdades e garantias pessoais

Artigo 24.º a 47.º

CAPÍTULO II - Direitos, liberdades e garantias de participação política

Artigo 48.º a 52.º

CAPÍTULO III - Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores

Artigo 53.º a 57.º

TÍTULO III - Direitos e deveres económicos, sociais e culturais

CAPÍTULO I - Direitos e deveres económicos

Artigo 58.º a 62.º

CAPÍTULO II - Direitos e deveres sociais

Artigo 63.º a 72.º

CAPÍTULO III - Direitos e deveres culturais

Artigo 73.º a 79.º

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

de 2 de Abril de 1976
com 312 artigos

na redacção que lhe foi dada pelas:

- Lei Constitucional n.º 1/82 de 30 de Setembro (DR n.º 227);
alterações nos artigos 63.º, 64.º, 66.º, 67.º, 68.º, 70.º, 72.º 300 artigos
- Lei Constitucional n.º 1/89 de 8 de Julho;
alterações nos artigos 63.º, 64.º, 65.º, 66.º, 68.º, 70.º, 71.º 298 artigos
- Lei Constitucional n.º 1/92 de 25 de Novembro; 298 artigos
- Lei Constitucional n.º 1/97 de 20 de Setembro;
alterações nos artigos 63.º, 64.º, 65.º, 66.º, 67.º, 68.º, 69.º, 70.º, 71.º, 72.º 299 artigos
- Lei Constitucional n.º 1/2001 de 12 de Dezembro (DR n.º 286, p. 8172);
299 artigos
- Lei Constitucional n.º 1/2004 de 24 de Julho (DR n.º 173, p. 4642).
alterações nos artigos 65.º e 67.º 295 artigos
- Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de Agosto (DR n.º 155, p. 4642).
296 artigos

CONSTITUIÇÕES PORTUGUESAS anteriores

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DA MONARQUIA PORTUGUESA

de 23 de Setembro de 1822

CARTA CONSTITUCIONAL

de 29 de Abril de 1826

ACTOS ADICIONAIS À CARTA

ACTO ADICIONAL de 5 de Julho de 1852

ACTO ADICIONAL de 24 de Julho de 1885

ACTO ADICIONAL de 1895 - 1896

Decreto de 25 de Setembro de 1895

Carta de lei de 3 de Abril de 1896

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DA MONARQUIA PORTUGUESA

de 4 de Abril de **1838**

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DA REPÚBLICA PORTUGUESA

de 21 de Agosto de **1911**

LEIS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

Primeira Reforma

Lei Constitucional n.º 635 de 28 de Setembro de 1916

Segunda Reforma

Decreto n.º 3997 de 30 de Março de 1918

Reforma de 1919 - 1921

Lei n.º 854 de 20 de Agosto de 1919

Lei n.º 891 de 22 de Setembro de 1919

Lei n.º 1005 de 7 de Agosto de 1920

Lei n.º 1154 de 27 de Abril de 1921

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DA REPÚBLICA PORTUGUESA

de 11 de Abril de 1933

ACTO COLONIAL

Decreto n.º 18 570 de 8 de Julho de 1930

LEIS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

Lei n.º 1885 de 23 de Março de 1935

Lei n.º 1900 de 21 de Maio de 1935

Lei n.º 1910 de 23 de Maio de 1935

Lei n.º 1945 de 21 de Dezembro de 1936

Lei n.º 1963 de 18 de Dezembro de 1937

Lei n.º 1966 de 23 de Abril de 1938

Lei n.º 2009 de 17 de Setembro de 1945

Lei n.º 2048 de 11 de Junho de 1951

Lei n.º 2100 de 29 de Agosto de 1959

Lei n.º 3 de 16 de Agosto de 1971

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

(2012/C 326/02)

No Jornal Oficial da União Europeia C 326/391 de 26.10.2012

PREÂMBULO

TÍTULO I DIGNIDADE

TÍTULO II LIBERDADES

(...)

Artigo 7.º

Respeito pela vida privada e familiar

(...)

Artigo 9.º

Direito de contrair casamento e de constituir família

(...)

TÍTULO III IGUALDADE

(...)

Artigo 24.º

Direitos das crianças

Artigo 25.º

Direitos das pessoas idosas

Artigo 26.º

Integração das pessoas com deficiência

(...)

TÍTULO IV SOLIDARIEDADE

(...)

Artigo 32.º

Proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho

Artigo 33.º

Vida familiar e vida profissional

Artigo 34.º

Segurança social e assistência social

Artigo 35.º

Proteção da saúde

(...)

Artigo 37.º

Proteção do ambiente

(...)

TÍTULO V CIDADANIA

TÍTULO VI JUSTIÇA

TÍTULO VII DISPOSIÇÕES GERAIS QUE REGEM A INTERPRETAÇÃO E A APLICAÇÃO DA CARTA



APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma análise sob a perspectiva do direito público contemporâneo.

André Navarro Fernandes

Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério da Cultura. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

SUMÁRIO:

Introdução; 1 Eficácia Direta Dos Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais; 2 Vinculação Direta da Administração Pública aos Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais; 3 Reconstrução do Princípio da Legalidade Administrativa; 4 Reflexos da Releitura do Princípio da Legalidade Sobre a Atuação Normativa da Administração Pública; 5 Atuação Normativa da Administração pública Fundada Diretamente na Constituição; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO:

O artigo pretende demonstrar a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, sob o paradigma do Estado Social e Democrático de Direito inaugurado com o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, defende-se a superação da dogmática tradicional, sustentando a aplicabilidade direta do núcleo essencial desses direitos humanos, independente de previsão legal e orçamentária e, em alguns casos, até contra a manifestação do Poder Legislativo. Tendo em vista a vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais, bem como o dever-poder da função administrativa, propõe-se, à luz do direito público contemporâneo, uma releitura do princípio da legalidade administrativa, destacando suas conseqüências sobre a atuação normativa da Administração Pública, que, para plena concretização dos direitos humanos sociais,

econômicos, culturais e ambientais, poderá, mediante a participação direta da população interessada, editar atos normativos fundados direta e imediatamente na Constituição, nos seus princípios explícitos ou implícitos, bem como nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

PALAVRAS CHAVES:

Direitos fundamentais. Aplicação direta. Administração Pública. Princípio da legalidade. Função normativa autônoma.

ABSTRACT:

The article intends to demonstrate the necessity of efetivação of social, economic, cultural and ambient the rights basic, under the paradigm of the Social and Democratic State of Right inaugurated with the advent of the Federal Constitution of 1988. In this direction, it is defended overcoming of the traditional dogmática, supporting the applicability direct of the essential nucleus of these human rights, independent of legal forecast and budgetary e, in some cases, even against the manifestation of the Legislative. In view of the direct entailing of the Public Administration to the basic rights, as well as the must-power of the administrative function, it is considered, to the light of the public law contemporary, a releitura of the beginning of the administrative legality, detaching its consequences on the normative performance of the Public Administration, who, for full concretion of social, economic, cultural and ambient the rights human, will be able, by means of the direct participation of the interested population, to directly and immediately edit established normative acts in the Constitution, in its explicit or implicit principles, as well as in treat and the international conventions to rights human beings.

KEYWORD:

Basic rights. Direct application. Public administration. Principle of the legality. Independent normative function.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Constitucional de Direito, a Administração Pública assumiu papel de destaque na Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente porque passou a figurar em várias passagens do texto constitucional como destinatária do cumprimento de uma série de deveres relacionados à proteção, garantia e concretização de direitos fundamentais, entre eles os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, que exigem, para sua realização, ações positivas dos poderes públicos.

Diante desse novo cenário constitucional, em que a Administração Pública aparece como verdadeira protagonista na realização de direitos humanos fundamentais, cuja aplicação imediata vincula todos os poderes constituídos, inclusive os particulares, o presente artigo discorrerá sobre a possibilidade da aplicação direta dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública, tendo sempre como norte uma ação emancipadora e comprometida com a dignidade do “outro”. O trabalho, sem a pretensão de esgotar toda a problemática que o tema suscita, limitar-se-á a abordar três aspectos: a questão da eficácia desses direitos fundamentais prestacionais à luz do Estado Contemporâneo; a vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais; o princípio da legalidade administrativa e o reflexo de sua releitura sobre a função normativa da Administração Pública.

01. EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS.

A crise de baixa efetividade da Constituição nunca será contornada enquanto não se construir uma doutrina que insista incondicionalmente, conforme bem enfatiza Friedrich Muller, na validade direta e completa de todos os textos de norma a partir da Constituição¹. Com a superação do positivismo jurídico pelo modelo constitucional instituído pelo Estado Democrático e Social de Direito, cada vez mais juristas contemporâneos vem defendendo que a exigência de intermediação legislativa, bem como de viabilidade orçamentária para a concretização dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais não pode ser levada às últimas conseqüências, sob pena de se reduzir à zero a força normativa da Constituição e de desconsiderar o papel transformador que o novo paradigma constitucional visou implementar em direção ao resgate das promessas incumpridas da modernidade.

Lenio Luiz Streck assume uma posição crítica em relação ao pensamento tradicional da dogmática jurídica que, presa a uma hermenêutica de bloqueio, impede que o novo – o sentido da Constituição que aponta para o resgate das promessas da modernidade- venha à tona. O autor defende a necessidade de afirmar a hermenêutica como modo de deixar o fenômeno constitucional tornar-se visível, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica tradicional, que vê a Constituição como mera ferramenta jurídica. Daí sustentar o autor que:

“É preciso, pois, dizer o óbvio: a Constituição constitui (no sentido fenomenológico-hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as

1 MÜLLER Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.295. No dizer do autor: É bom destacar que “validade no direito”, em minha concepção, tem por conteúdo igualmente a obrigação juridicamente vinculante de todos os funcionários do Estado, dos legisladores, do governo e do restante do Executivo e da justiça de concretizar, de realizar a Constituição por inteiro.[...] Uma constituição – em nosso caso, a brasileira de 1988 – não é somente uma simples lei constitucional. Ela é o fundamento diretamente obrigatório da ordem jurídica na política, na sociedade e na vida de todos no país.

condições de agir político-estatal. Afinal, como muito bem assinala Miguel Angel Pérez, uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, mas, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo ordenamento jurídico”²

Com a constitucionalização do direito, a força normativa da Constituição e de seus princípios gerou transformações no modo de pensar o direito e de interpretá-lo, abrindo-se a possibilidade de as regras e os princípios constitucionais explícitos ou implícitos constituírem fonte direta de direitos e obrigações, independente da mediação legislativa, o que impôs a superação da velha teoria positivista das fontes, que enxergava a lei como principal instrumento de expressão do fenômeno jurídico. A propósito, Lenio Luiz Streck lembra que a superação do “constitucionalismo ideológico” ocorre em três frentes: primeiro, pela teoria das fontes, uma vez que a lei já não é a única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa; a segunda ocorre com a substancial alteração da teoria da norma, em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; a terceira frente dá-se no plano da interpretação.³

Acentua David Diniz Dantas, que a Constituição brasileira se caracteriza pela exuberante presença de princípios e valores, o que, no seu entender, revela o desejo do constituinte em atribuir à realidade uma dimensão valorativa própria, de modo a permitir a incidência direta dos princípios sobre as situações factuais, sem que seja necessária – embora não se exclua – a intermediação de regras.⁴ Para Marc Frangi, citado por Daniel Sarmento, os princípios fundamentais, a partir do momento em que receberam valor constitucional, passaram a constituir direito positivo, tornando-se suscetíveis de aplicação, mesmo na ausência de qualquer leis, como aliás decorre da previsão expressa contida no art. 5º, § 1º da CF/88.

A Constituição brasileira consagrou um sistema aberto de regras e princípios, ao dispor que os direitos e garantias nela expressos 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, o que equivale a dizer que, no nosso sistema constitucional, o Poder Público pode estar obrigado a promover direitos fundamentais para além daqueles expressamente positivados no catálogo da Constituição (art. 5º, § 2º). Nesse contexto, assume especial relevância o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Tal princípio, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na

2 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.325.

3 STRECK, Lenio Luiz. *Ontem, os códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalism*. In *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.522.

4 DANTAS, Davi Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo. Teoria e Casos Práticos*, São Paulo, Madras, 2005. p.66.

5 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006. p.78.

verdade, são uma concretização dele, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5, § 2º, de nossa lei fundamental.⁶

Antônio Carlos Wolkmer bem ressalta que é imprescindível ter como ponto de partida para qualquer reflexão sobre direito e justiça a inclusão do paradigma da “vida humana” com dignidade e, citando as palavras de Enrique Dussel, afirma a imperatividade da vida humana para a construção de uma realidade social justa, que venha restaurar a dignidade negada da vida da vítima, do oprimido ou excluído.⁷ Da mesma forma pensa Sergio Alves Gomes, para quem:

[...] o paradigma do Estado Democrático de Direito tem por fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual não deve ser violado sob pretexto algum e, por isso, serve de bússula à hermenêutica constitucional. E mais: o efetivo respeito a tal princípio implica ações afirmativas (cf. item 5.4.2, adiante) do Estado com o intuito de promover concretamente o respeito a tal dignidade, afastando-se todas as formas de exclusão social que inviabilizam o desenvolvimento da pessoa humana e sua realização enquanto cidadão integrado em uma sociedade. Tal integração se concretiza mediante o gozo simultâneo de direitos humanos e fundamentais civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais. Cada um destes direitos corresponde ao atendimento de necessidades decorrentes das múltiplas dimensões presentes no ser humano.

Para Daniel Sarmento, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais, ⁸ o que impõe ao Poder Público não somente obrigações de não fazer, mas deveres de ação comissiva, tendentes à assegurar condições mínimas para a vida com dignidade. Daí concluir o autor que, do princípio em questão, pode-se extrair prestações estatais positivas, ligadas à garantia do mínimo existencial, até mesmo quando relacionadas a direitos não contemplados expressamente no texto constitucional, como no caso do direito fundamental à alimentação digna.⁹ Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, Daniel Sarmento chega a sustentar a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre os particulares, salientando que:

“A Constituição brasileira, apesar dos seus pecadilhos, é progressista, e os seus valores essenciais são a tradução normativa de um generoso projeto de emancipação social dos excluídos. Este projeto deve ser estendido até onde for possível. É neste sentido que Luís

6 SARLET, Ingo Wolfgang . A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.107.

7 WOLKMER, Antônio Carlos, Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. São Paulo: Saraiva, 2006. p.205-206.

8 SARMENTO, op. cit., p.87.

9 SARMENTO, op. cit., p.89.

Roberto Barroso, em lição magistral, afirma que “[...] em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional”.

Esta postura exegética não transige com a efetividade da Constituição, e, em especial, dos seus direitos fundamentais. Ela exige o reconhecimento de uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.¹⁰

Observa Daniel Sarmento que negar ou reservar para hipóteses excepcionais a incidência direta da Constituição sobre as situações da vida significa desprestigiar a idéia da Constituição como norma jurídica, tornando-a dependente da incerta e boa vontade do legislador ordinário.¹¹ Nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram na base de todos os direitos sociais, razão pela qual, independentemente de previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna, tal direito fundamentalíssimo poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, ambos consagrados na Constituição.¹²

Partindo dessa premissa, a concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, ao menos em seu núcleo essencial, não pode estar condicionada à manifestação do legislador infraconstitucional e à previsão legal orçamentária, pois que são direitos fundados na Constituição, e não na lei. É preciso, pois, sublinhar que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve se mover no âmbito dos direitos fundamentais, na expressão já conhecida da doutrina alemã, conforme lembra Jorge Miranda.¹³

Vale destacar, de outro lado, que o Brasil ratificou vários tratados internacionais de direitos humanos, entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujas disposições aplicam-se independentemente de lei e obrigam os Estados signatários a realizarem todos os esforços no sentido de concretizá-los. Não foi por outra razão que Flávia Piovesan deixou consignada a seguinte lição:

“Há que se propagar a idéia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados como

10 Ibid., p.245.

11 Ibid., p.81.

12 SARLET, Ingo Wolfgang . A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.342.

13 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, 2. ed. Coimbra, p.276

direitos e não como caridade ou generosidade. [...]. Há que se lançar um duplo esforço – nas esferas nacional e internacional – que afaste as doutrinas jurídicas destinadas a negar a juridicidade desses direitos, já que conflitantes com a concepção da indivisibilidade dos direitos humanos. No plano brasileiro, há que se combater a doutrina das chamadas ‘normas constitucionais programáticas’, destituídas de aplicabilidade, buscando extrair a máxima efetividade dos preceitos referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais. [...]. Há que se consolidar uma doutrina e uma prática que afirmem a aplicabilidade e acionabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais.”¹⁴

Nelson Saule Junior, ao discorrer sobre o direito social à moradia, ressalta que a concepção da não-efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no campo doutrinário não é compatível com o sistema constitucional brasileiro, que contém diversas normas direcionadas ao Estado brasileiro para reduzir a desigualdade econômica e social, por meio da implementação de políticas públicas.¹⁵

Daí a lição clássica e bastante atual de Eros Roberto Grau, para quem as normas constitucionais programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.¹⁶ Para Eros Grau, a eficácia dos direitos em questão não depende de prévia regulação na lei ordinária, mas antes pelo contrário, eles se aplicam independentemente de intervenção legislativa.¹⁷ Conforme adverte o autor, pretender que um direito inscrito no texto constitucional só opere seus efeitos após a superveniência de lei ordinária é subverter a hierarquia das normas jurídicas, conferindo-se à lei força maior do que a atribuída à Constituição.¹⁸

14 PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. Max Limonad. 1998, p. 88 e 91/92. No mesmo sentido, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nessa medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador”. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

15 SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004. p. 178.

16 GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988. p. 126.

17 GRAU, op. cit., p.126.

18 GRAU, op. cit., p.127.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em trabalho publicado em 1981, já defendia a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais relativas à justiça social. Para o autor, certos preceptivos constitucionais outorgam imediatamente, sem necessidade de qualquer regramento posterior, tanto o desfrute imediato e positivo de certos benefícios quanto a possibilidade de exigi-los, se acaso forem negados. Daí dizer o autor que uma correta análise das dicções constitucionais, relativas à Justiça Social, impõe logicamente concluir que, a partir delas e independentemente de normação ulterior, já são invocáveis direitos sociais muito mais amplos e sólidos do que se supõe habitualmente.¹⁹

Para Bandeira de Mello, a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação e, tal como sustenta Eros Grau, afirma Bandeira de Mello que supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição, proclamando ser puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender da lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos fluídos.²⁰ A certa altura, Bandeira de Mello indaga:

“Ora bem, se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos – o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação – por que negar possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o Poder Legislativo disponha sobre matéria para, só então, considerado Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matéria de liberdades públicas ou de direitos sociais?”²¹

Ao final, conclui Bandeira de Mello que as disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer e, imediatamente, direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos.²²

Também caminha na mesma direção o entendimento de Juarez Freitas, para quem, no âmbito, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento, notadamente tendo em vista os direitos sociais, encontrando-se peremptoriamente vedados

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. Revista de Direito Público n. 57/58. São Paulo. Janeiro/junho de 1981, p. 238/239.

20 MELLO, op. cit., p.245.

21 Ibid.

22 Ibid.

os retrocessos.²³ Para o autor, os direitos fundamentais sociais devem ser regulamentados, porém não como condição para o seu exercício, pois independem, em seu núcleo essencial, do reconhecimento de lei infraconstitucional. A lei, conforme ensina Freitas, deve ser vista como instrumento para incrementar, conformar e densificar os direitos fundamentais, viabilizando avanços, não servindo para adiar prestações inadiáveis, ²⁴ como é o caso, por exemplo, daquelas prestações positivas necessárias à garantia de condições mínimas e dignas de saúde, meio ambiente, moradia, educação e cultura.

Com relação à cláusula da reserva do possível, Juarez Freitas observa que ela deve ser vista com parcimônia em relação a outras realidades, como as que se relacionam ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sustentando que não é exagero cobrar, em relação aos direitos fundamentais sociais, o imediato reconhecimento do mínimo nuclear de realização.²⁵

Não diverge desse entendimento Sergio Víctor Tamer, para quem deve se garantir um padrão elementar de dignidade aos cidadãos, mesmo que ausente norma infra-constitucional ou condições econômicas favoráveis, casos em que se não está a ferir a cláusula parâmetro de separação de poderes, mas possivelmente exercendo uma interpretação consentânea com os ditames da justiça social, dentro de uma orientação voltada para a hermenêutica do "objetivismo atualista" e do valor normativo dos princípios.²⁶

Para Tamer, a garantia dos direitos fundamentais sociais, assim, em seu padrão elementar, independe do condicionamento econômico ou da "reserva do possível", pois é uma exigência do princípio da dignidade da pessoa, da igualdade jurídica e do próprio conceito de democracia.²⁷ Não é outra a posição de Regina Maria Fonseca Muniz, para quem o fundamento dos direitos sociais encontra-se na constatação de que o homem não poderá viver uma vida plena, digna, enriquecedora, se não lhe forem satisfeitas as necessidades básicas. Sendo assim, o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação.²⁸

Para encerrar este tópico, pode-se concluir que a aplicação imediata desses direitos fundamentais independentemente do reconhecimento infraconstitucional é reforçada pelo

23 FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros, 2004. p.206.

24 FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p. 210.

25 FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p.211.

26 TAMER, Sérgio Víctor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre. Segio Antonio Fabris. 2005, p.198.

27 *Ibid.*, p.259.

28 MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O Direito à Educação*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 2.

conteúdo do próprio preâmbulo da Constituição da República, do art. 3º da Constituição e de outras passagens do texto constitucional (CF, arts. 6º, 23, 170, 196, 205, 208, 215, 225, 227, dentre outros), os quais bem demonstram o perfil transformador do Estado Democrático e Social de Direito, a exigir dos poderes públicos ações positivas voltadas para assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.²⁹

02. VINCULAÇÃO DIRETA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

Em decorrência da eficácia direta das regras e princípios constitucionais referentes aos direitos humanos sociais, econômicos, culturais e ambientais, avulta a importância do papel da Administração Pública na concretização de tais direitos fundamentais. De fato, conforme observa Otávio Henrique Martins Port, a função administrativa, no caso dos direitos sociais, implica a obrigatoriedade da prestação das prerrogativas a eles inerentes, por parte da Administração Pública, ao administrado. Propiciar a todos uma existência digna, que passe pelo asseguramento dos direitos sociais, é uma exigência do próprio Estado Democrático de Direito, cabendo à atividade administrativa criar reais condições materiais para a concretização do atendimento às demandas sociais ínsitas ao Estado Social de Direito.³⁰

Com efeito, a Administração Pública no Brasil é uma das principais destinatárias do cumprimento das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, conforme se verifica da leitura dos arts. 1º, III, 3º, I, II, III e IV, 23, 196, 203, 205, 208, 212, 215, 225 e 227, todos da CF/88. Cabe, assim, aos órgãos da Administração Pública, o dever de promoção desses direitos que, como vimos, em seu núcleo essencial, independem de intermediação legislativa e de previsão orçamentária favorável. Tal circunstância revela um evidente protagonismo da atividade administrativa na construção de um Estado Democrático de Direito comprometido com a dignidade da pessoa humana. Daí revelar-se possível nesses casos uma atuação administrativa fundada diretamente no texto constitucional, ainda que ausente previsão legal expressa, uma vez que aqui a função administrativa ou normativa da Administração Pública traduz um verdadeiro poder-dever de agir, não se admitindo discricionariedades. Conforme adverte Otávio Henrique Martins Port:

29 Vale destacar, a propósito, que o § 2º do art. 198, bem como o art. 212 da Constituição impõem à União, aos Estados e Municípios a aplicação de recursos mínimos para a concretização dos direitos à saúde e educação. A inobservância dos direitos da pessoa humana e a não aplicação desses recursos pela Administração Pública pode gerar intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal e do Estado nos Municípios (CF, art. 34, VII, alíneas “b” e “e”, e 35, III). Por outro lado, o art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação dada pela Emenda Constitucional 31/2000, instituiu o Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, destinado a viabilizar ações positivas do Estado, no sentido de propiciar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência. Com isso, o argumento da inviabilidade econômica comumente utilizado para justificar a ineficácia dos direitos fundamentais em questão perde consistência.

30 PORT, Otávio Henrique Martins. Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da administração pública. São Paulo, RCS, 2005. p.153.

Não se pode olvidar jamais que a Administração exerce função, titularizando poderes que devem ser utilizados sempre tendo como objetivo um dever, a defesa do interesse público. Ora, é inegável que a concretização dos valores albergados pela Constituição, por ela juridicizados e convertidos em direitos sociais, é um interesse público de primordial relevância para o corpo social, tendo o administrador o dever de zelar pela sua irrestrita observância e realização, mesmo na ausência de previsão legal a respeito.³¹

Nessa esteira pronuncia-se Ana Paula de Barcellos, ao dissertar sobre a vinculação dos poderes públicos aos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição, entre eles a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, cujo dever de promoção compete à União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do art. 23 da CF/88. Para a autora, a Administração não tem, desse modo, um poder discricionário, mas um dever discricionário, isto é, não cabe à Administração decidir se deverá ou não agir, pois ela está juridicamente obrigada a fazê-lo. A discricionariedade residirá apenas nos meios empregados para atingir os fins em questão. Na medida em que tais deveres foram estabelecidos por norma constitucional, dotada de supremacia, a atuação administrativa encontra-se a ela vinculada como decorrência do Estado de Direito Constitucional, registrando a autora que a omissão do Poder Público nesse particular será inconstitucional.³²

É em decorrência dessa força obrigatória e vinculante da Constituição que o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração.³³ Nessa linha, ensina Fabrício Motta, para quem a Administração pode estar obrigada a agir em razão de imposições extraídas diretamente dos princípios constitucionais e também da força normativa destes últimos.³⁴ A propósito, referindo-se à aplicação direta e imediata do direito à saúde e ao ensino fundamental, Otávio Henrique Martins defende uma atuação positiva da Administração Pública em direção à implementação desses direitos independentemente de previsão em lei formal:

"[...] há normas constitucionais disciplinadoras de direitos sociais que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente portanto de mediação legislativa, sendo plenamente exigível uma atuação positiva da Administração Pública, por consubstanciarem tais normas verdadeiros direitos subjetivos públicos. É o caso dos direitos à saúde e ao ensino fundamental, na sua dimensão garantidora do núcleo essencial de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana."³⁵

31 Port, op. cit., p.155.

32 BARCELLOS, Ana Paula de, A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.168-169.

33 BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul/set. 2006, p. 35.

34 MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.208.

35 Port, op. cit., p.154.

Do mesmo modo, a Administração Pública deve agir para garantir aos cidadãos desprovidos de habitação digna o direito fundamental à moradia, ainda que inexistente previsão específica em lei ordinária, pois conforme ensina Nelson Saule Junior, tal direito decorre diretamente da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.³⁶

Também esse dever de agir da Administração Pública se faz presente em relação à promoção e proteção dos direitos fundamentais ao meio ambiente e à cultura, nos termos dos arts. 215 e 225 da Constituição Federal, que impõem aos órgãos do Poder Público, inclusive aos particulares, obrigações positivas de índole prestacional, inferidas diretamente da Constituição, conforme anota Daniel Sarmento.³⁷ Observa-se, que, nesses casos, a lei, embora necessária à densificação das regras e princípios constitucionais, torna-se um instrumento dispensável para habilitar a aplicação dos direitos fundamentais prestacionais pela Administração Pública, cuja atividade administrativa pode e deve haurir seu fundamento de validade diretamente na Constituição e nos seus princípios constitucionais. Verifica-se, com isso, nas palavras do professor português Paulo Otero, uma via de rotura do mito da onipotência da lei face à Administração Pública e da conseqüente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa, ou seja:

“[...] em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente no pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa.”

Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas.³⁸

Essa mudança de paradigma implica em reconstruir um novo direito administrativo, não mais voltado para garantia da aplicação mecânica das leis e para proteção do indivíduo

36 SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 2004, p. 176. No dizer do autor: “Nas normas definidoras do direito à moradia a aplicação é imediata o que faz com que sua eficácia seja plena. Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria.[...]. O Estado brasileiro está obrigado, de imediato, a promover a efetivação do direito à moradia, levando em consideração as normas dos tratados internacionais de direitos humanos e as normas da Constituição que definem as obrigações e responsabilidades das entidades federativas e das instituições e organismos do Poder Público” (p.182/183).

37 SARMENTO, op. cit., p.319-320.

38 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2003. p.735.

contra o Estado, tal como preconizava o pensamento jurídico liberal iluminista, mas um direito administrativo sintonizado com o perfil transformador do Estado Constitucional de Direito, comprometido com a dignidade da pessoa humana e com a implementação direta de políticas públicas emancipatórias, destinadas à satisfação das necessidades sociais básicas dos segmentos excluídos. A passagem para esse novo direito administrativo pressupõe, no entanto, a reconstrução do princípio da legalidade administrativa.

03. RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Diante da vinculação direta e imediata da Administração Pública aos direitos fundamentais prestacionais, opera-se atualmente uma mudança de leitura do princípio da legalidade administrativa. Em vez da submissão da Administração Pública à lei, fala-se em submissão da Administração Pública ao Direito. Conforme assevera Patrícia Baptista, hoje caminha-se para a construção de um princípio da legalidade não no sentido da vinculação positiva à lei, mas de vinculação da Administração ao Direito. O princípio da legalidade ganha, assim, a conotação de um princípio da juridicidade. Não sendo possível a inteira programação legal da Administração Pública contemporânea, é forçoso, contudo, mantê-la totalmente subordinada aos princípios e regras do ordenamento jurídico, especialmente do ordenamento constitucional. A atividade administrativa deve haurir seu fundamento diretamente do texto constitucional.³⁹

Nestes termos, Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre a repercussão do constitucionalismo sobre a atuação dos três Poderes, inclusive na sua relação com os particulares, registra que um dos efeitos dessa repercussão em relação à Administração Pública foi o de impor aos seus órgãos deveres de atuação, fornecendo-lhes fundamento de validade para a prática de atos fundados diretamente na Constituição, independentemente da manifestação do Poder Legislativo.⁴⁰

Para Barroso, a constitucionalização do direito administrativo requer a superação ou a reformulação de paradigmas tradicionais, dentre eles o princípio da legalidade, na sua leitura convencional. Nas palavras desse autor,

“Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre a Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre eles é possível destacar:

[...] b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária. ”

39 BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p.108.

40 BARROSO, op. cit.

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.⁴¹

Uma das razões para essa mudança de leitura do princípio da legalidade é a quebra do mito da perfeição da lei. Ao discorrer da imperfeição intrínseca da lei, Paulo Otero revela a insuficiência do legislador para atender o aumento da demanda das tarefas confiadas à tutela do Estado, exigindo a satisfação das novas e sempre acrescidas necessidades coletivas com especialização e rapidez decisórias, o que se mostra inviável em sede legislativa, verificando-se aqui uma crescente valorização do papel da Administração Pública na concretização do modelo constitucional de bem-estar.⁴²

Daí registrar o autor a impossibilidade de se reconduzir a função administrativa a uma aplicação silogística-subsuntiva da lei, tal como se chegou a defender a partir das idéias de Montesquieu de que para a Administração “as leis são os olhos do príncipe” e o juiz é a “boca que pronuncia as palavras da lei”, pois, antes lhes está reservado um papel metodologicamente ativo na realização do direito.⁴³ No Brasil, esse entendimento vem sendo perfilhado em recentes trabalhos, dos quais se destaca o da publicista Arícia Fernandes Correia, que, sobre o tema em questão, salientou o seguinte:

“Paralelamente ao advento do Estado Social do século XX, com suas exigências de uma política intervencionista por parte do Executivo, o legicentrismo liberal, que dera origem a um positivismo normativo asséptico responsável por verdadeiras atrocidades na história da humanidade em nome da lei, veio ser substituído por um constitucionalismo não mais retórico, com suas quiméricas promessas revolucionárias, mas dotado de força normativa e substrato axiológico o bastante para a aplicação direta dos direitos fundamentais – que estariam condensados nos princípios constitucionais, preces de valores – pelo Judiciário e, na hipótese de que este ensaio mais se interessa, pela Administração Pública, muitas das vezes independentemente da mediação legislativa, porquanto vinculada não mais estrita e verticalmente somente à lei, mas à Constituição e ao Direito.”

41 BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil), Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2008.

42 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: 2003. p.158.

43 OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2003. p.161. O autor, nesse sentido, afirma mais adiante que: A desmistificação da perfeição da lei serve também para sublinhar, por último, que a Administração Pública é um poder autônomo, dotado de uma legitimidade própria e investido de um papel importante na realização da idéia de Direito.

[...] Desta forma, o pós-positivismo, responsável pelo resgate da normatividade dos princípios, e a constitucionalização do direito como um todo e do direito administrativo, em especial, permitiram a substituição da estrita legalidade administrativa pela juridicidade, ampliando os espaços destinados a um agir administrativo racional, ponderativo e voltado à promoção dos direitos fundamentais como exercício de permanente legitimação democrática. " 44

A autora propõe uma legitimação democrática da reserva administrativa, que seria implantada mediante a passagem da Administração Pública por alguns filtros de legitimação, dos quais destacam-se, no que mais interessa a este artigo, os seguintes: pelo ativismo administrativo, ou seja, pela promoção, de ofício, dos direitos fundamentais asseguradores de uma existência humana digna, sem a qual não se pode conjecturar da edificação de um projeto de vida livre ao indivíduo; pela adoção de políticas públicas em relação aos direitos fundamentais sociais; pela procedimentalização da Administração Pública, a transpor um permanente diálogo entre o cidadão e a Administração Pública; e pela aplicação direta da Constituição às relações de direito administrativo, seja por meio do controle de constitucionalidade do ato administrativo, seja pela promoção dos direitos fundamentais independentemente de mediação legislativa.⁴⁵

Delinea-se, assim, com a nova concepção do princípio da legalidade, uma substituição da velha Administração Pública inerte e inoperante, outrora apenas subordinada cegamente à lei formal, por uma Administração Pública emancipadora, atuante e vinculada diretamente aos direitos fundamentais e aos princípios derivados da Constituição. Assim, embora a submissão da Administração Pública à lei deva ser uma imposição constitucional do Estado Democrático e Social de Direito, a leitura que se deve fazer dessa sujeição não pode inviabilizar o cumprimento de princípios e regras constitucionais, quando estes impuserem deveres de atuação positiva aos órgãos da Administração Pública.

Nesse sentido parece ser o entendimento de Alexandre Santos Aragão, ao observar que o princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo é uma via de mão dupla. Segundo ele, o princípio serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem sua atuação.⁴⁶

44 CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva da Administração e Separação de Poderes. In: BARROSO, Luís Roberto Barroso (org.). A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.578/579.

45 CORREIA, op. cit., p.610-611.

46 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p.337.

Por outro lado, ainda que existente previsão legal específica, isto não poderá impedir que, perante leis ostensivamente violadoras dos direitos fundamentais, a Administração Pública se veja no dever de, excepcionalmente, preferir a Constituição à lei, negando aplicação a regra legal viciada de inconstitucionalidade, ou, ainda deparar-se com a necessidade de optar pela aplicação direta da Constituição, quando, diante da anormalidade de situações particularizadas, concluir que a aplicação da regra legal naquele caso específico e, somente nele, mostrar-se claramente injusta, permitindo-se aqui uma atuação administrativa contra a lei e em vez da lei, mas com fundamento numa otimizada e sistemática aplicação da Constituição e de seus princípios fundamentais. Com efeito, no entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, a aplicação direta dos direitos fundamentais permite que se invoque a invalidade dos atos normativos que, de forma direta, ou mediante interpretação, violem os preceitos definidores daqueles direitos, impondo-se, assim, na solução dos casos concretos, contra a lei e em vez da lei, ou contra determinada interpretação da lei.⁴⁷

No Brasil, Juarez Freitas parece perfilhar o mesmo pensamento, ao afirmar que:

[...] em nosso sistema constitucional não mais é adequado, por exemplo, afirmar que o Poder Público deve apenas agir em estrita conformidade com a lei. A subordinação dos atos estatais deve ser ao Direito, mais do que apenas à lei, ou seja, o princípio da legalidade passou a figurar como princípios entre princípios, sendo que, em alguns casos, a própria Administração Pública deve fazer, de certo jeito, uma espécie de controle de constitucionalidade (sem prejuízo do controle jurisdicional derradeiro)⁴⁸

Mais adiante, o autor afirma que a superioridade dos princípios fundamentais permite que o agente público deixe de cumprir as normas contidas em regras, quando estas revelarem-se manifestamente violadoras de princípios.⁴⁹ Também, nesse sentido, leciona Binenbojm:

“A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um dos seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii)

47 MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição da República Portuguesa Anotada. vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007. p.382-383.

48 FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. Malheiros, 2004, p.214.

49 FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. Malheiros, 2004, p.249.

mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)."⁵⁰

Em tema de direitos fundamentais, hipótese interessante na qual a Administração Pública poderá atuar contra uma lei ou em vez da lei ocorrerá, por exemplo, quando houver conflito entre uma lei interna e um tratado ou convenção internacional de direitos humanos. Na hipótese, adotando-se o entendimento da moderna doutrina que defende o status de norma constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como sua aplicabilidade imediata pelos órgãos do Poder Público, a Administração Pública poderá agir contra a lei, optando pela aplicação direta da norma internacional ou convencional, sempre quando a disposição legal revelar-se incompatível com os direitos consagrados nos documentos internacionais, ou quando os preceitos destes revelarem-se mais favoráveis à proteção dos direitos humanos em questão.⁵¹

Conclui-se, portanto, que a visão tradicional do princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública somente pode fazer o que a lei expressamente autoriza ou permite encontra-se relativamente superada, pois, conforme se viu, haverá situações em que a atuação administrativa impor-se-á independentemente de lei, para além da lei e até mesmo contra a lei, mas sempre em consonância com o direito.

04. REFLEXOS DA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SOBRE A ATUAÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Diante dessa releitura do princípio da legalidade, a função normativa da Administração Pública ganha outros contornos jurídicos. Na medida em que se admite a possibilidade de aplicação direta e imediata de regras e princípios constitucionais explícitos ou implícitos pela Administração Pública, a atividade normativa desta, quando extraída diretamente da Constituição, ou mesmo de um tratado ou convenção internacional de

50 BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul/set. 2006, p. 24/25. A propósito, Luís Roberto Barroso, com levantamento de farta doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstra que não é de hoje que se sustenta o dever de o chefe do Poder Executivo negar aplicação a lei reputada inconstitucional, por decisão fundada diretamente na Constituição (Poder Executivo. Lei Inconstitucional. Descumprimento. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Vol. 181-182. jul/dez. 1990).

51 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad. 2000. p.95/112-113.

direitos humanos, poderá implicar na imposição de obrigações de fazer ou não fazer em relação aos particulares, sem que seja necessária a existência de lei formal. Nesses casos, a Constituição e seus princípios expressos ou implícitos surgem como fonte direta e imediata da ação normativa da Administração Pública.

O princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” não pode ser lido apenas no seu aspecto formal, sob pena de afastar os particulares do cumprimento da própria Constituição e de seus princípios constitucionais. A leitura literal do princípio acabaria por eleger a lei emanada do Poder legislativo como a única fonte de direitos e obrigações, excluindo a possibilidade de a própria regra constitucional e os princípios constitucionais atuarem como fonte direta de direitos e deveres. Relembra, a propósito, Ingo Wolfgang Sarlet, com apoio na doutrina clássica, que 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 geram direitos.⁵²

Na mesma linha, assevera Andréas J. Krell que a negação de qualquer obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. O autor adverte que está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações.⁵³

Não é outro o entendimento de Sebastião Botto de Barros Tojal, para quem a norma do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal há de ser tomada como uma garantia constitucional de ninguém estar obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da ação normativa do Estado. Para o autor, o que garante a legitimidade do comando normativo não é a retórica da legalidade formal mas sim a materialidade desse mesmo comando normativo. Pretender o contrário, isto é, que a lei, como tal formalmente considerada, seja tomada como a única fonte primária de direitos e obrigações importa desprestigiar o próprio texto constitucional, pelo que ele tem de mais caro, vale dizer, a condução do Estado no sentido da edificação de uma nova ordem econômica e social, legítima por seus próprios fundamentos e finalidades.⁵⁴

52 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.98.

53 KRELL, Andréas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002. p.23.

54 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. V.1. Brasília-DF. Ministério da Saúde. 2003.

Sob essa perspectiva, a lei mencionada no referido artigo não pode ser entendida apenas no sentido de lei formal editada pelo Poder Legislativo, mas no sentido mais abrangente possível, a englobar o ordenamento jurídico como um todo. Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia, a necessidade da reserva de lei seria satisfeita mediante simples reserva de norma jurídica, isto é, uma reserva reportada ao bloco de legalidade no seu conjunto, sem aceção da proveniência parlamentar ou do valor formal legislativo dos preceitos requeridos.⁵⁵

O Pleno do Supremo Tribunal Federal recentemente abriu caminho para a consagração dessa concepção constitucionalizada do princípio da legalidade, ao firmar entendimento no sentido da validade da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, em processo no qual se questionava a sua violação ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição Federal (Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 01/09/2006). Na ação, discutia-se se o Conselho Nacional de Justiça poderia, mediante edição de resolução administrativa fundada diretamente na Constituição, densificar a aplicação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade aos casos de nepotismo por ela regulados. No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, destacou-se o real sentido para a Administração Pública da expressão “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” contida no texto constitucional. Com apoio na lição de Hauriou e de Garcia de Enterría, o Ministro Gilmar Mendes deixou assentado que a submissão da Administração Pública à lei não pode significar simplesmente sujeição à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, ao “bloco de legalidade”, que compreenderia a Constituição e as normas dela derivadas.⁵⁶

Nesse panorama, a idéia de que, no exercício da função normativa, a Administração Pública não pode criar direitos nem impor obrigações aos particulares sem que uma autorização legislativa prévia assim expressamente disponha vem perdendo prestígio, pois, conforme se viu, a própria Constituição em certos casos pode servir de fundamento direto para o Poder Público impor obrigações de fazer ou não fazer aos particulares.

55 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coleção Teses. Almedina, p. 197.

56 Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 01/09/2006. A propósito, ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, que: A idéia da submissão da Administração à lei é, hoje, quase óbvia. No entanto, como ensina GARCÍA DE ENTERRÍA, é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que HAURIUO chamava de “bloco de legalidade”. Portanto, quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por “lei” deve-se entender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas. Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa.

05. ATUAÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FUNDADA DIRETAMENTE NA CONSTITUIÇÃO

Uma adequada visão constitucional da função normativa da Administração Pública possibilita a admissão de regulamentos autônomos no direito administrativo brasileiro como um instrumento importante na construção de uma doutrina efetiva dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais. Essa possibilidade pode ocorrer nas hipóteses em que o Poder Legislativo revelar-se omissivo, ou mesmo nas situações em que a aplicação da Constituição independer de intermediação legislativa, impondo-se a atuação da administração pública como um poder-dever de proteção daqueles direitos humanos. Diógenes Gasparini de há muito entendia que a atribuição regulamentar vai além da mera execução das leis, para em algumas hipóteses, executar a própria Constituição.⁵⁷ Nesse sentido, para além da hipótese prevista no art. 84, VI, "e" da Constituição de 1988, desenha-se o reconhecimento implícito de uma função normativa autônoma ou independente da Administração Pública em outros espaços constitucionais, conforme adverte a lição de Gustavo Binbenojm:

[...] a existência do art. 84, VI, "e", no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que menciona, não inibe – assim como jamais inibiu o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos na sistemática da Carta Magna. Admita-se, assim, que em campos não sujeitos a reserva de lei (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.

[...] O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas; cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei Maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim.⁵⁸

Também se manifesta, nesse sentido, Fabrício Motta, ao afirmar que o ordenamento admite o exercício implícito da função normativa. Observa o autor que a existência de competências implícitas é creditada, sobretudo, à força normativa da Constituição e à vinculação direta da Administração aos seus preceitos, o que possibilita a sua aplicação direta, sem intermediação legislativa em algumas hipóteses.⁵⁹ Comunga desse mesmo entendimento Alexandre Santos de Aragão, para quem a Administração tem poder regulamentar implicitamente conferido

57 GASPARINI, Diógenes. Poder Regulamentar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p.35.

58 BINENBOJM, Gustavo, Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 315-316.

59 MOTTA, Fabrício. Função normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p.258.

pela própria Constituição, poder regulamentar este que pode vir a ser extraído até mesmo das normas constitucionais programáticas.⁶⁰ Perfilhando esse entendimento, em decisão paradigmática, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 01/2004 do CONSEPE - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal da Bahia, que, editada com fundamento direto na Constituição, previu a adoção de cotas para alunos que tenham estudado em escolas públicas, com prioridade percentual para aqueles que tenham se declarado pretos ou pardos, assim como, um percentual destinado aos indígenas. Confira-se, a propósito, a ementa do Acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ENSINO. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. INSTITUIÇÃO, POR RESOLUÇÃO, DE COTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS, EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Na medida em que a Administração está, pela própria Constituição, vinculada diretamente a outros princípios que não só o da legalidade, transparece não ser pela ausência de lei formal, salvo reserva constitucional específica (não bastando a reserva genérica do art. 5º, II), que deixará de realizar as competências que lhe são próprias.

2. Se a Constituição dá os fins, implicitamente oferece os meios, segundo o princípio dos poderes implícitos, concebido por Marshall. Os preceitos constitucionais fundamentais, incluídos os relativos aos direitos fundamentais sociais, têm eficácia direta e imediata. A constitucionalização da Administração “fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário” (Luís Roberto Barroso). 3. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, da Constituição). Nesse rumo, os direitos e garantias expressos na 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” (art. 5º, § 2º). A Constituição, ao proteger os direitos decorrentes do regime e dos princípios, “evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos fundamentais do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei

60 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, n. 225, p.124. jul/set.2001.

Suprema" (Ingo Wolfgang Sarlet). 4. É o caso da necessidade de discriminação positiva dos negros e índios, cuja desigualdade histórica é óbvia, dispensando até os dados estatísticos, além de reconhecida expressamente pela Constituição ao dedicar-lhes capítulos específicos. Não se trata de discriminar com base na raça. A raça é apenas um índice, assim como a circunstância de ter estudado em escola pública. O verdadeiro fator de discriminação é a situação social que se esconde (melhor seria dizer "que se estampa") atrás da raça e da matrícula em escola pública. Há um critério imediato - a raça - que é apenas meio para alcançar o fator realmente considerado - a inferioridade social. 5. Nas ações afirmativas não é possível ater-se a critérios matemáticos, próprios do Estado liberal, que tem como valores o individualismo e a igualdade formal. Uma ou outra "injustiça" do ponto de vista individual é inevitável, devendo ser tolerada em função da finalidade social (e muitas vezes experimental) da política pública. 6. Apelação a que se nega provimento.⁶¹

Outra hipótese de atuação normativa derivada diretamente da Constituição é a referente ao exercício do poder-dever de polícia da Administração Pública, que ganha outra dimensão em tema de direitos fundamentais sociais, ambientais e culturais, cujo dever de proteção e efetivação vincula não só o Poder Público, mas também todos os membros da sociedade.⁶² Em tais casos, em face da aplicação imediata dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, a Administração Pública pode, sem necessidade de intermediação legislativa, impor aos particulares obrigações de fazer ou não fazer, a fim de se evitar lesões aos interesses diretamente tutelados pela Constituição. Nesse sentido, ensina Juarez Freitas que:

"De fato, em matéria ambiental (mas não só), o princípio da precaução, dotado de eficácia direta, impõe ao Estado Democrático um conjunto de diligências não tegiversáveis, ou seja, a obrigação de salvaguardar o direito fundamental ao meio ambiente sadio, com a adoção de medidas antecipatórias e proporcionais, ainda nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentadamente temidos (juízo de verossimilhança).

61 61 Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.33.00.008424-9/BA; Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. A Turma, por unanimidade, negou provimento à Apelação. Decisão publicada em 17/05/2007 DJ p.71

62 A esse respeito, lapidar a lição do eminente Ministro Celso de Mello, em voto proferido no julgamento da ADIN 3.540-1/DF: "O que é importante [...] é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida. Dentro desse contexto, Senhor Presidente, emerge, com nitidez, a idéia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe - sempre em benefício das presentes e das futuras gerações - tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada".

[...] o princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui, com aplicabilidade direta, que o Poder Público (além dos particulares, está claro), certo de que determinada atividade implicará dano injusto, está forçada a evitá-la, desde que no rol das atribuições e possibilidades. Dito às claras, presentes os requisitos, o Estado Democrático tem o dever incontornável de agir preventivamente." ⁶³

Apenas para registrar, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 121140/RJ, considerou constitucional Decreto municipal fundado diretamente na Constituição e editado com vistas a regulamentar a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. O acórdão restou assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE.

1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder- dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁶⁴

Delineia-se, assim, no direito público contemporâneo, uma ampla possibilidade de atuação normativa autônoma da Administração Pública em setores nos quais a sua intervenção direta seja exigida para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais. Embora já se tenha no Brasil leis ordinárias regulamentando tais direitos, nem sempre a atuação administrativa vai se fundamentar em lei específica,

63 FREITAS, Juarez. O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos. In Revista Eletrônica da OAB - Conselho Federal n. 01, março/abril de 2008. Disponível em: < <http://www.oab.org.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

64 A propósito, vale registrar as pertinentes observações lançadas pelo Ministro Francisco Rezek, por ocasião da prolação de seu voto: "Cuida-se de submeter determinados imóveis, em determinados pontos do Rio de Janeiro, a determinada disciplina. Por sua natureza, isso me parece próprio do Poder Executivo, cuja autoridade, para tanto, resulta diretamente da Constituição. [...]. A questão é uma só, e não há nada mais em discussão neste recurso extraordinário. É saber se o Poder Público (o detalhe é importante: pela voz do Executivo) pode estabelecer posturas, endereçá-las a determinados prédios, em determinada área do cenário urbano; se ele pode fazê-lo, tirando sua autoridade da Constituição da República, ou se ele depende de uma lei no nível próprio no complexo federal – no caso ele dependeria de uma lei municipal, dando-lhe autoridade para isso. [...]. O Poder Público, no plano municipal, não precisa mais nada além daquilo que a Constituição estabelece, sobre o zelo que ele há de ter pela preservação de certos valores ambientais urbanos".

decorrendo, no mais das vezes, da Constituição, de seus princípios constitucionais e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, cuja aplicação vincula diretamente os órgãos da Administração Pública.

06. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, sem pretensões de esgotar todos os aspectos e problemas que o complexo tema da eficácia dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais suscita no pensamento jurídico contemporâneo, pretendeu demonstrar a necessidade de se construir uma doutrina efetiva desses direitos fundamentais, focalizando a questão sob o prisma da Administração Pública.

Nesse sentido, a aplicação direta do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública pode ser vista como uma possível alternativa para se contornar a crise de efetividade pela qual vem passando a Constituição, prestes a completar 20 anos de sua promulgação. Urge, assim, não deixar ao exclusivo arbítrio do Poder Legislativo a tarefa de concretizar tais direitos fundamentais, sobretudo quando se tem presente a idéia de que as leis gerais e abstratas não eliminam o problema do Direito, antes, na verdade, elas inauguram o problema do Direito moderno, que é precisamente a aplicação de normas a situações sempre individualizadas e concretas.⁶⁵

A dinâmica dos fatos e da vida social inviabiliza o Poder Legislativo de enumerar todas as hipóteses legais em que a Administração Pública deve intervir nas situações concretas. Eventual ausência de previsão legal ou orçamentária não poderá obstar a atuação administrativa destinada à fornecer o mínimo de condições de vida digna aos cidadãos, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. O descumprimento dos deveres estatais, inclusive de precaução, mostra-se ofensivo à Constituição, devendo-se observar que os direitos fundamentais vinculam de modo cogente e, vez por todas, devem assumir o primado nas relações publicistas.⁶⁶

Conforme lembra Juarez Freitas, o intérprete sistemático tem o dever de completar o trabalho do legislador, atento às exigências situadas além das abordagens lógicas estritas.

65 CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Salvador. Nº 01 – Março/Abril/Maio de 2007. Disponível em : <<http://www.direitopublico.com.br>> . Acesso em: 05. set.2008.

66 FREITAS, Juarez. O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos. In Revista Eletrônica da OAB. Editora- Conselho Federal – n. 01, março/abril de 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em: 30 ago.2008.

Atua, em regra, como legislador negativo e administrador negativo, embora o sistema possa requerer que, havendo omissão dos demais Poderes, positivo o Direito, por exceção, com força prestacional positiva.⁶⁷ Nesse sentido, pode-se concluir, com Carlos Ari Sunfeld, que o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional.⁶⁸

Assim, para a realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo). Para o sistema funcionar, na prática, é preciso um símbolo indicando a impossibilidade de o Executivo agir arbitrariamente. Esse símbolo, ainda hoje é a lei, mas é possível trocá-lo por espécie normativas outras,⁶⁹ como por exemplo, a Constituição, os princípios constitucionais explícitos e implícitos e os tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Por outro lado, se a existência de intermediação legislativa já não se apresenta mais como imprescindível à aplicação dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública, a participação popular na atuação administrativa revela-se fundamental para a legitimidade de seus atos. Sob tal aspecto, conforme anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a legitimação, que dantes somente ocorria pela via da democracia indireta, passa a derivar diretamente da vontade dos cidadãos por inúmeras vias participativas. O Estado Contemporâneo não está hoje limitado a editar sempre normas gerais e abstratas e, por isso, hierarquizáveis, passando-se a admitir a possibilidade de negociar o melhor modo de realizar concretamente o interesse público, o que abre espaços para a edição de normas mais adequadas a essa realização, revestida da legitimação também concreta, como hoje permitem modernos instrumentos da publicidade, da visibilidade e da participação.⁷⁰

07. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo n. 225, jul/set.2001;

_____.Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

67 FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. Malheiros, 2004. p.77.

68 Ibid.

69 SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

70 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.40.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil), Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

_____. Poder Executivo. Lei Inconstitucional. Descumprimento. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. vol. 181/182. jul/dez. 1990.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Salvador. Nº 01 – Março/Abri/Maio de 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso 05 set. 2008 .

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

DANTAS, Davi Diniz. Interpretação Constitucional no Pós-positivismo. Teoria e Casos Práticos. São Paulo: Madras Ltda. 2005.

SAULE JUNIOR, Nelson. A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos*. In *Revista Eletrônica da OAB Editora- Conselho Federal – n. 01, março/abril de 2008*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos: Max Limonad*. 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad. 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O Direito Posto e Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros. 2005.

_____. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social*. *Revista de Direito Público*, n. 57/58. São Paulo. janeiro/ junho de 1981.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Vital, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007.

MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

MÜLLER Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O Direito à Educação*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar. 2002.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen

Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang . A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra:Almedina.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre.Livraria do Advogado. 2004.

_____. Ontem, os códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte. Del Rey. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

TAMER, Sérgio Victor. Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Segio Antonio Fabris. 2005.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. V.1. Brasília-DF. Ministério da Saúde. 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIREITO DE APOSENTADORIA DA MULHER SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO:

Uma análise à luz da transversalidade e divisão sexual do trabalho

Woman retirement rights from a gender perspective:
an analysis of the light mainstreaming and gender division of labor

Nádia Maria França Quinzeiro¹

Resumo

As mulheres historicamente foram subjugadas a uma categoria inferior sob o ponto de vista intelectual e profissional em relação aos homens. Apenas recentemente, com marco no século XXI, movimentos feministas possibilitaram o entendimento de que as diferenças impostas são construções sociais. Parte-se do pressuposto de que políticas públicas devem se fundamentar na perspectiva de gênero, ponderando circunstâncias como condições físicas para um tratamento isonômico dos sexos, "tratando os desiguais na medida de suas desigualdades". Destarte, almeja-se demonstrar que o contexto histórico e a sobrecarga de jornada de trabalho acarretam maior desgaste às mulheres, as quais necessitam de medidas de discriminações positivas para a conquista de direitos iguais. Pontua-se a aposentadoria (por idade e por tempo de contribuição) como uma política pública capaz de promover a isonomia pretendida, à luz do Princípio da Transversalidade.

1 * Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Advogada. Estudante da especialização conducente ao mestrado pelo Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública – CECGP - em parceria com a Universidade Portuguesa. São Luís – MA, Brasil. Correio eletrônico: nadia_quinzeiro@hotmail.com

Palavras-chave:

Mulheres; Perspectiva de Gênero; Políticas Públicas; Tratamento Isonômicos dos Sexos.

ABSTRACT

Women were historically subjugated to a lower category under the intellectual and professional point of view in relation to men. Only recently, in March the twenty-first century feminist movements enabled the understanding that the imposed differences are social constructions. This is on the assumption that public policy should be based on a gender perspective, considering circumstances such as physical conditions for equal treatment of the sexes, "treating unequals as its inequalities." Thus, it aimed to demonstrate that the historical context and the working hours overload result in greater wear women, which require measures of positive discrimination for the achievement of equal rights retirement to score (by age and time of contribution) as a public policy that promotes the desired equality in the light of Transversality principle .

Keywords:

Women; Gender Perspective; Public policy; Treatment isonomic of the Sexes.

01. Introdução

Constata-se que historicamente as mulheres foram submetidas aos trabalhos domésticos, vistas como responsáveis pelos cuidados do lar e dos filhos, enquanto os homens podiam ter formação intelectual e exercer atividade remunerada. Movimentos feministas e transformações histórico-sociais auxiliaram na alteração desse paradigma.

Analisa-se a divisão sexual do trabalho, por uma perspectiva mundial e nacional. Para tanto, destaca-se a importância das políticas públicas, de responsabilidade estatal, que visam considerar as diferenças para a promoção da igualdade material entre os sexos.

Ressaltam-se as diversas jornadas travadas pelas mulheres, que em geral exercem atividade profissional remunerada, além de cuidarem do lar e dos filhos - as duas últimas pouco reconhecidas, visto que não envolvem pecúnia.

Tal discussão, fundamentada em um posicionamento teórico que entende trabalho como a venda da força de trabalho dos indivíduos a um empregador, tem excluído da esfera de debate e de ação pública,

o trabalho doméstico não remunerado (ou reprodutivo), realizado majoritariamente por mulheres no cuidado de seus próprios domicílios e de seus familiares. Na esteira desse entendimento, indivíduos que se dedicam apenas ao trabalho de reprodução social têm sido considerados inativos perante as estatísticas oficiais brasileiras e o trabalho que realizam é desvalorizado e inviabilizado pelo próprio Estado. (IPEA, 2012)²

Nesse contexto, em específico, aborda-se de forma breve o sistema de aposentadoria no Brasil, cuja legislação previdenciária é considerada vanguardista, pois em relação às mulheres, a exigência de idade e tempo de contribuição é menor. Assim, essa política se configura enquanto discriminação positiva, vez que promove igualdade substancial.

Outras políticas assistenciais, como o salário maternidade, também possuem importância para assegurar condições de conciliação entre a maternidade e a vida profissional, a fim de que, após a gestação, possam cuidar de seus filhos, mas sem prejuízos salariais.

Logo, o presente trabalho busca demonstrar as diferenças históricas ainda persistentes enfrentadas pelas mulheres, as quais precisam ser consideradas em suas desigualdades e multitarefas.

Por isso, a necessidade de problematização da definição de trabalho, para ao fim e ao cabo se reconhecer as atividades domésticas enquanto uma ocupação com função social. Pretende-se destacar a necessidade de incorporação dessa jornada extra (sem caráter pecuniário) na elaboração de quaisquer políticas, especificamente as previdenciárias.

02. Breve histórico dos direitos de gênero

Historicamente, as mulheres foram subjugadas à categoria de seres intelectuais e fisicamente inferiores. As diferenças corporais, em que os homens se sobrepunham, em matéria de resistência, compleição física e traços biológicos, foram acolhidas como justificativas para tanto, sem o questionamento de aspectos sociais, culturais e históricos como promovedores dessas disfunções.

Fatores como a religião e os costumes impuseram à mulher, em decorrência de sua condição física, a função de reprodutora. Ademais, fora responsabilizada pela casa e família,

2 BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Trabalho para o mercado e trabalho para casa: persistentes desigualdades de gênero. IPEA: [s.n.], 2012.

com o dever de realizar tarefas domésticas, como cozinhar, lavar, passar e faxinar; além de zelar pela educação e desenvolvimento dos filhos; e cuidar das necessidades do marido, sendo a esse submissa.

Ao homem fora atribuído o papel de “chefe” de família – *pátrio poder*. Com a função de sustentar o lar, tendo o direito de possuir formação intelectual, profissão, e ocupar cargos políticos.

Assim, a mulher ficou restrita à manutenção da família. De tal modo que, em sua maioria, conformadas com tal perspectiva, seguiram silenciosas, acatando as determinações masculinas para provimento de lares e da sociedade como um todo.

Contudo, transformações históricas, a exemplo da revolução francesa - 1789 (com o lema de igualdade, liberdade e fraternidade) inspiraram o surgimento de movimentos sociais, como o da luta das mulheres por direitos iguais, tendo em vista o reconhecimento de suas diferenças.

Contudo, torna-se claro que apenas o reconhecimento da igualdade formal é insuficiente; vive-se, ou pelo menos, dever-se-ia poder viver a partir das diferenças como espaço de luta e de realizações, e não com a pecha da discriminação que, às vezes, envolve no absoluto silêncio as reivindicações e os anseios dos excluídos que, em alguns casos, são contados apenas como corpos (beneficiários de serviços, percentuais de desempregados, índices de violência contra mulheres, idosos, crianças, adolescentes, homossexuais etc.), e não como corpos que carregam seres humanos únicos e ávidos por construir sua dignidade. (GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, 2013, p. 80)³

À época supracitada, com o desenvolvimento industrial e a inserção das mulheres no mercado de trabalho, reivindicou-se por jornadas de trabalho adequadas, salubridade, equiparação de subsídios, primando-se essencialmente pelos direitos trabalhistas.

O empoderamento da mulher na busca por igualdade promoveu importantes transformações intelectuais e comportamentais. Verificam-se mudanças paradigmáticas propulsionadas pelo feminismo, o qual não se trata de espécie de movimento político, mas de proposta de mudança de conceitos, que prima pelo auto reconhecimento da mulher como protagonista de sua vida e escolhas. A despeito disso, Enrique Àlvarez Conde, Àngela Figueruelo e Laura Nuño

3 GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais e sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. 3.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá editora, 2006.

Gomez (2011, p. 313)⁴ fazem um importante apontamento para a compreensão do tema no percurso histórico:

[...] feminismo implica también um processo individual de cambio personal, de ajustes de cuentas com la tradición y las expectativas que la sociedad coloca em los supostamente delicados hombros femeninos: estar siempre disponibles como ángeles domésticos y como objetos decorativos y sexuales.

Entretanto, apesar dos movimentos sociais dantes realizados, foi somente na Primeira Conferência Mundial de Mulheres, realizada no México, em 1975, que materialmente se estabeleceram recomendações a todos os países para que promovessem políticas governamentais com vistas à melhoria do acesso das mulheres às mesmas oportunidades dos homens. Deste marco em diante realizaram-se diversos outros debates para discussão da temática.

Ademais, embora em 1979, a ONU tenha adotado a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, percebe-se a continuidade de tratamentos desiguais a essas, mundialmente, sobretudo nas searas econômica e política.

Realizando-se um recorte temporal, em termos de aplicabilidade (ao menos de esforço coletivo) do Princípio da Igualdade, com foco no gênero, desenvolveu-se o conceito de *mainstreaming*⁶ de Gênero ou Transversalidade de Gênero.

De forma solidificada, quanto ao *mainstreaming*, a questão fora abordada na III Conferência Mundial de Iãs Mujeres (1985) em Nairóbi, oportunidade em que a tese fora discutida na Comissão das Nações Unidas sobre a Condição da Mulher. Na comissão debateu-se mais especificamente a condição da mulher no trabalho. (BURRIEZA, Àngela Figueruelo; CONDE, Enrique Àlvarez; GOMEZ, Laura Nuño, 2011, p. 73)⁷

4 BURRIEZA, Àngela Figueruelo; CONDE, Enrique Àlvarez Conde; GOMEZ, Laura Nuño. *Estudios Interdisciplinarios Sobre Igualdad*. 2 ed. Salamanca: Portal Derecho, 2011.

5 Conferências relativas aos Direitos Humanos das Mulheres (1979), Conferência Mundial sobre a Mulher em Nairóbi (1985), Conferência de Beijing (1995) e de Beijing + 5 (2000)

6 "O *mainstreaming* de género consiste na (re) organização, melhoria, desenvolvimento e avaliação dos processos de tomada de decisão, por forma a que a perspectiva da igualdade de género seja incorporada em todas as políticas, a todos os níveis e em todas as fases, pelos actores geralmente implicados na decisão política." (Definição do Conselho da Europa). Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/index.php/pt/mainstreaming-de-genero.html>. <Acesso em: 10 jun. 2016

7 BURRIEZA, Àngela Figueruelo; CONDE, Enrique Àlvarez Conde; GOMEZ, Laura Nuño. *Estudios Interdisciplinarios Sobre Igualdad*. 2 ed. Salamanca: Portal Derecho, 2011.

Todavia, a estratégia *mainstreaming* de gênero, foi assumida pela Plataforma de Ação somente em 1995, na IV Conferência Mundial das Mulheres em Beijing, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), a qual buscou consensos pela eliminação dos obstáculos que impedem a plena satisfação dos direitos da mulher na sociedade.

Estabeleceram-se uma série de objetivos para que os governos, por meio de perspectivas e programas, tivessem como fundamento precípua de quaisquer decisões a questão da perspectiva de gênero.

Dentre muitas definições quanto ao *mainstreaming* de Gênero, a União Europeia apresenta a seguinte, conforme Enrique Àlvarez Conde, Àngela Figueruelo e Laura Nuño Gomez (2011, p. 76)⁸:

El *mainstreaming* de Gênero, es la organizacion (la reorganizacion), la mejora, el desarrollo y la evolucion de los processos políticos, de modo que uma perspectiva de igualdad de género se incorpore em todas las políticas, a todos los niveles y em todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopcion de medidas políticas.

A União Europeia (UE), apesar do desenvolvimento econômico sedimentado, somente abordou a questão de gênero no século XXI, na tentativa de solucionar uma distorção histórica, por meio de ações direcionadas e *gender mainstreaming* – que apresenta forte dimensão internacional no enfrentamento da pobreza, acesso à educação e aos serviços de saúde, de participação na economia e no processo decisório e de direitos das mulheres enquanto direitos humanos. Objetiva assegurar igualdade de oportunidades e tratamentos, pela luta contra discriminações fundadas no sexo.

Almeja-se, com esse processo, a integração de políticas, a criação de legislações, antes tidas como específicas, bem como suas transposições para ordenamentos e políticas gerais, por meio de uma metodologia que visa à melhoria dos procedimentos, o tratamento coerente, e a correção social necessária, sobretudo relativa à mulher.

Passa então a ser possível, de forma concreta, aplicar a questão de gênero na construção de uma sociedade mais justa, em que as diferenças biológicas, devidamente observadas,

⁸ BURRIEZA, Àngela Figueruelo; CONDE, Enrique Àlvarez Conde; GOMEZ, Laura Nuño. *Estudios Interdisciplinarios Sobre Igualdad*. 2 ed. Salamanca: Portal Derecho, 2011.

constroem relações sociais entre homens e mulheres, cujas diferenças naturais são significadas para promoção de políticas e normas isonômicas eficazes.

No Brasil, a luta feminina por igualdade de direitos também se mostrou árdua, na tentativa de que a equidade entre os sexos fosse percebida como questão de direitos humanos – em linhas gerais, seguiu a trajetória da maioria dos países democráticos.

A importância de estabelecer a igualdade de gênero como meta social, sendo ponto de partida, já promovia um resgate de identificação feminina. Destaca-se o valor dos movimentos feministas, com mérito exitoso nessa nova construção, e nesse ponto, a definição de Enrique Álvarez Conde, Àngela Figueruelo e Laura Nuño Gomez (2011, p. 311)⁹ torna límpida a compreensão disso: “El feminismo como teoria es una teoría crítica de la sociedad. Una teoría que desmonta la visión establecida, patriarcal, de la realidad”.

A Constituição Federal Brasileira¹⁰ (1988) previu em seu artigo 5º, inciso I, como um de seus fundamentos basilares, o Princípio da Igualdade de direitos entre homens e mulheres:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Ao tempo de sua promulgação, a Constituição brasileira reproduzia o texto contido na maioria dos enunciados jurídicos internacionais. De forma material, é possível constatar a importância da Conferência Mundial Sobre os Direitos da Mulher (1995), ocorrida em Pequim, que ampliou a esfera de atuação do princípio em destaque para perspectiva real de gênero, conforme antes discorrido.

Em 13 de setembro de 2012, a então Presidente da República do Brasil – Dilma Rousseff, por meio do Decreto n.º 4.377¹¹, promulgou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as

9 BURRIEZA, Àngela Figueruelo; CONDE, Enrique Álvarez Conde; GOMEZ, Laura Nuño. Estudios Interdisciplinarios Sobre Igualdad. 2 ed. Salamanca: Portal Derecho, 2011.

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal. Brasília: [s.n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.

11 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm.

Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, sigla em inglês)¹², marco histórico na legislação e garantias dos direitos fundamentais, relacionada à dignidade da pessoa humana, em que se comprometeu em eliminar a discriminação contra as mulheres em seu território.

Trata-se do único tratado internacional que aborda amplamente os direitos das mulheres, versando inclusive sobre direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais. Portanto, é considerado uma importante conquista para o sexo, e para o movimento feminista.

Jazem, todavia, longos caminhos para a superação de obstáculos quanto à igualdade de gênero no Brasil, mas se constata uma atenção diferenciada, com a criação de legislações específicas e práticas de discriminação positiva na luta pela paridade de armas para o acesso isonômico aos mesmos direitos.

03. Transversalidade de gênero

É complexa, e pouco objetiva, a definição de Transversalidade de Gênero; todavia, há que se partir de uma acepção base para que em um passo seguinte se torne possível o entendimento da teoria e consequentes objetivos decorrentes da mesma.

Para tanto, é necessário indagar: "POR QUE a transversalidade de gênero?"; "PARA QUE ela serve?"; "COMO é aplicada?".

Conforme dito alhures, a definição contida na Plataforma de Beijing (1995) propôs, de forma ampla, dar significação ao tema. Todavia, de maneira mais direta, pretende-se tratar a transversalidade como princípio basilar na perspectiva de gênero para elaboração e propositura de quaisquer políticas públicas.

Destarte, conforme Enrique Álvarez Conde, Ángela Figueruelo e Laura Nuño Gomez (2011, p. 71)¹³: "[...] es necesario que la igualdad de género se encuentre prevista en todas las decisiones que tome el gobierno. De esta forma se podría asegurar una plena y efectiva igualdad entre hombres y mujeres".

A compreensão de gênero deve ser pressuposto para a proposição de políticas públicas. Imperioso entender que a abordagem sob a ótica de gênero não se traduz em aplicação de

12 Ressalta-se que o Estado brasileiro assinou e ratificou a CEDAW - Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, idealizada pela ONU, em 1º de fevereiro de 1984, mas fez reservas ao art. 15, parágrafo 4º e art. 16, parágrafo 1º, "a", "c", "g" e "h", que tratam sobre a igualdade entre homens e mulheres na esfera familiar. Tais reservas foram retiradas somente em 1994. Com a Emenda Constitucional nº 45, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

13 BURRIEZA, Ángela Figueruelo; CONDE, Enrique Álvarez Conde; GOMEZ, Laura Nuño. Estudios Interdisciplinarios Sobre Igualdad. 2 ed. Salamanca: Portal Derecho, 2011.

práticas sociais ou de legislação específica para um determinado sexo (especificamente para mulheres), e a concepção de transversalidade rompe essa barreira.

O objetivo da Transversalidade de Gênero, em melhor análise, não é promover políticas voltadas para mulheres, pois desta forma, haveria reforço positivo destas enquanto responsáveis pela reprodução, enquanto sua tarefa principal. A ideia é que sob a perspectiva de gênero, (POR QUÊ?) por considerar distorções sociológicas, culturais e históricas entre os sexos, (PARA QUE?) sejam promovidas ações por meio da escolha de políticas públicas eficazes ao empoderamento da mulher e capazes de corrigir as desigualdades promovidas por questões necessariamente fisiológicas, que não podem ser reproduzidas socialmente.

Reduzir desigualdades não significa negar a diversidade, pelo contrário, trata-se de reconhecer a diversidade e a diferença entre homens e mulheres, porém atribuindo a ambos igual valor e reconhecendo suas necessidades específicas, as quais devem ser igualmente contempladas pela sociedade e pelo Estado.³ O não reconhecimento dessas diferentes maneiras de estar na sociedade resulta em orçamentos e políticas públicas que aparentemente atendem a todos, mas, de fato, apenas reforçam as desigualdades existentes. (PEREIRA, RAMBLA, SILVA, CIRIACO, 2010, p. 426)¹⁴

Desta forma, os questionamentos iniciais podem ser respondidos da seguinte forma: As mulheres, ao longo da história, foram preteridas por leis e costumes, e não obtiveram reforços positivos capazes de trabalhar as diferenças, logo, a transversalidade de gênero serve para promover paridade de armas, e, portanto, justiça social.

Ademais, visa promover o empoderamento da mulher com vias a correção de desigualdades, e pode se tornar exequível (COMO?) pela promoção de políticas públicas governamentais que visualizem além da condição física, englobando as diversas dimensões das desigualdades existentes entre sexos, provendo equidade entre diferentes.

14 PEREIRA, Rosângela Saldanha; RAMBLA, Xavier; SILVA, Kamila Paceluka; CIRIACO, Cássia Daniane. Transversalidade de gênero e políticas sociais no orçamento do estado de Mato Grosso. Florianópolis: Revista Estudos Feministas, 2010, Vol. 8, n. 2. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/14938/13630>. Acesso em: 23 mai. 2016.

04.A divisão sexual do trabalho

O trabalho feminino foi historicamente subjugado sob justificativa de uma “inferioridade” física, atrelado a funções domésticas, educação dos filhos e afazeres afins.

A divisão sexual do trabalho se apresenta quão um entrave no estabelecimento da mulher como agente de transformação social, com potencialidades tais quais as masculinas, podendo figurar em igual monta nos segmentos sociais.

Percebe-se, nesse sentido, a existência de dois eixos quando se fala no tema, um que claramente aponta uma hierarquia, na qual o trabalho do homem aparece em nível superior - supremacia do masculino em razão principalmente da predisposição biológica. O outro eixo, que pela própria cultura do patriarcado, aloca a mulher em condição inferior, detentora de menores remunerações e de cargas múltiplas de afazeres.

Sobre tal hierarquização, cabe destacar o entendimento de Alonso, Burrieza e Pérez (2012, p. 242)¹⁵:

Corren Nuevos tempos, sinduda, pero no son nuevos tempos em todo. [...] Ambos siguen comodamente instalados em las viegas reglas de la división sexual del trabajo e nel espacio privado y em la invisibilidad del trabajo doméstico no remunerado. La distribución entre mujeres y varones de la responsabilidad em la aportación monetária de la economía familiar, no se há visto secundada por una redistribución similar de um incisible y de valua do trabajo doméstico que sigue recayendo, quizás no exclusivamente ya, pero si mayoritariamente em ellas.

Razoável assim pontuar que o trabalho realizado no lar pela mulher perdura sem o devido reconhecimento, vez que não é remunerado, e em meio ao capitalismo o que não tem valor econômico deixa de ser quantificável, portanto, desprezível.

De fato, vive-se um novo contexto, em que a mulher deixou de figurar como incumbida apenas pelas tarefas do lar e passou a ocupar espaço no mercado de trabalho, e na sociedade em si. No entanto, permanece ainda preterida nas relações trabalhistas pela arraigada cultura patriarcal.

15 ALONSO, Marta León; BURRIEZA, Ángela Figueruelo; PÉREZ, Marta Del Pozo (coordenadoras) ¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad? 1. ed. Salamanca: Editorial Andavira, 2012.

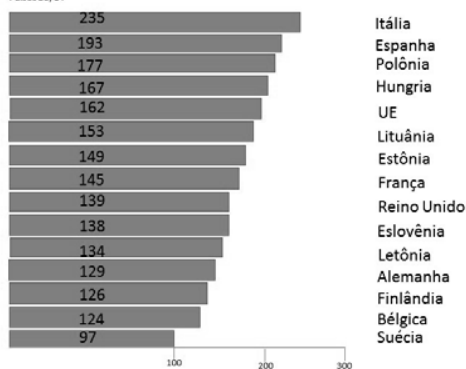
A realidade observada na maioria dos países capitalistas é significativamente diferente do ideário a que se pretende em relação ao acesso isonômico do sexo feminino às oportunidades de emprego. As diferenças de gênero, como pontuado, precipuamente, carecem de serem compreendidas como construções sociais, ainda que se tendo em vista as diferenças culturais na esfera global.

Enrique Álvarez Conde, Àngela Figueruelo e Laura Nuño Gomez (2011, p. 306)¹⁶ salientam que “A percepção de que a construção é social, e não biológica, possibilita a quebra do paradigma das sociedades fundadas no patriarcado”. Ora, notória é a sobrecarga laboral feminina. As mulheres exercem trabalho remunerado, porém, apesar do esforço físico e intelectual, as atividades domésticas, por não terem esse caráter, são tratadas como “não trabalho”.

A perspectiva deve ir além da percepção de renda. Nesse ponto, ressalta-se a colaboração de Andréa de Sousa Gama (2014)¹⁷, ao dizer que se pensa a partir de uma concepção reflexiva do trabalho, concebido e realizado na busca de satisfação das necessidades humanas.

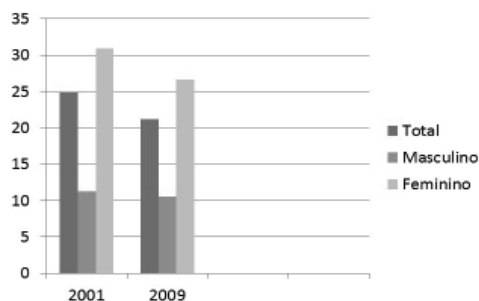
A percepção social, apesar da luta feminina por melhoria das condições de acesso ao trabalho de forma isonômica, ainda não fora totalmente transformada. Nota-se, por meio de dados estatísticos, a presença maciça das mulheres no mercado de trabalho, com a ressalva de que com menor potencial econômico. Assim, segue, em suma, ganhando menos que os homens, e com o acúmulo de funções, somada às domésticas, que já possuía.

Gráfico 1 – Distancia de género em el tempo dedicado al trabajo Doméstico. Personas con edades comprendidas entre los 25 y los 44 años Países EU/14



Fonte: Eurostat. Encuestas Nacionales Usos del Tiempo. Informe The Life of women and men In Europe Comisión Europea. 2008. Elaboración propia

Número médio de horas semanais dedicadas aos afazeres domésticos pela população de 16 anos ou mais de idade, por sexo, Brasil, 2001 e 2009

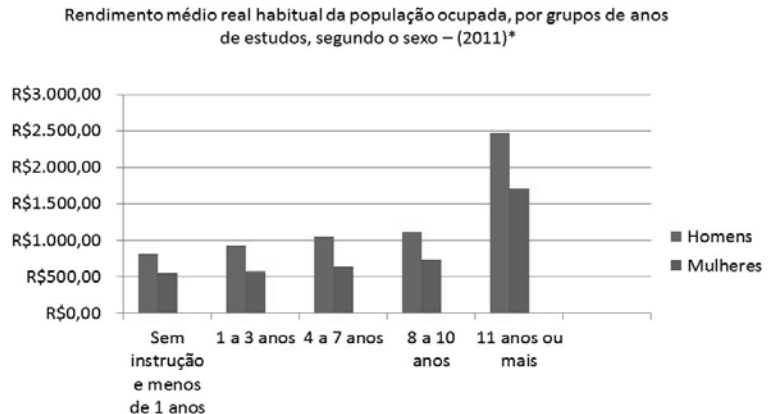


Fonte: PNAD/IBGE. Elaboração: IPEA

16 BURRIEZA, Àngela Figueruelo; CONDE, Enrique Álvarez Conde; GOMEZ, Laura Nuño. Estudios Interdisciplinarios Sobre Igualdad. 2 ed. Salamanca: Portal Derecho, 2011

17 GAMA, Andréa de Sousa. Trabalho, família e gênero: impactos do direito do trabalho e educação infantil. 1. Ed. São Paulo: Cortez, 2014.

Com base nos gráficos acima apresentados, torna-se possível a percepção da sobrecarga de trabalho do sexo feminino em relação ao masculino, sob a perspectiva mundial, e também brasileira. Embora trabalhem mais horas, os homens possuem maior remuneração.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de emprego 2003-2011.

* Média das estimativas mensais.

A vivência mulheril na esfera laboral é duplicada:

Maria Betânia Àvila e Verônica Ferreira significam a questão como o fenômeno da “dupla presença”, tendo em vista que para a entrada no mercado de trabalho, de forma imperiosa, as mulheres estão presentes na esfera produtiva e reprodutiva. Em *“Trabalho remunerado e trabalho doméstico no cotidiano das mulheres uma visão compreensiva sobre a sobrecarga laboral feminina”* (2014, p. 81)¹⁸, as autoras desenvolvem com clareza a seguinte tese:

Esse dilema de conciliar o inconciliável marca a inserção das mulheres no mercado de trabalho, tanto nas atividades ditas produtivas, quanto nas reprodutivas, uma vez que são as mesmas indissociáveis. Sobrecarga, empregos precários, jornadas flexíveis e mesmo a não inserção no mercado de trabalho são algumas estratégias desenvolvidas pelas mulheres no contexto de dupla presença. Contratar uma empregada doméstica ou contar com a ajuda de mãe, filhas e vizinhas são alguns outros exemplos de arranjos corriqueiramente empregados. Trata-se em todos os casos, de um assunto de mulheres, silenciado pelo valor que a reprodução social goza em nosso contrato social.

As lutas femininas pela maior participação no mercado de trabalho perduram. Resistem sem igualdade de armas, ocupando funções mais precárias, geralmente ligadas às atividades extensivas ao ambiente doméstico. Destarte, as mulheres seguem estigmatizadas, ocupando a base do mercado de trabalho.

18 ÀVILA, Maria Betânia; FERREIRA, Verônica (organizadoras). *Trabalho remunerado e trabalho doméstico no cotidiano das mulheres*. Realização SOS CORPO Instituto Feminista para a Democracia. Instituto Patrícia Galvão. Recife: SOS CORPO, 2014, p. 81.

05. Análise do princípio da igualdade no contexto das disparidades entre gêneros

Faz-se premente entender que o Princípio da Igualdade tem dois vieses: o da igualdade material, e o da igualdade formal.

Sob a perspectiva da igualdade formal, a abordagem do princípio se dá em seu sentido absoluto, significa apenas que diante da lei todos merecem tratamento isonômico. Canotilho (2013, p. 426)¹⁹ ensina que a igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio em voga constitucionalmente garantido. Nesse sentido, funciona como norteador dos atos jurídicos, a fim de que todos sejam alcançados pelo ordenamento jurídico, sem exclusão de qualquer pessoa.

Destarte, a segunda abordagem do princípio, alinhada com o que se pretende discorrer, trata do viés material - a garantia de que no caso concreto observar-se-ão suas peculiaridades. Nesse sentido, destaca Moura (2005, p. 38)²⁰: "Não se pode ter a igualdade como um princípio absoluto, de forma a considerar todos iguais quando se sabe que não o são. O princípio da igualdade exprime a busca de inclusões, de igualar os desiguais".

É nesse contexto que a medida adequada do princípio em voga se traduz na que considera as diferenças de fato, todavia possibilita garantias face às diferenças, gerando tratamento igualitário entre todos. Sobre o exposto, preleciona Piovesan (2003, p. 193)²¹ que "torna-se assim necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva".

Assim, é possível a compreensão de que a igualdade formal não está completa em si. Faz-se primordial a compreensão das desigualdades e diferenças, tendo em vista que o mesmo direito que é adequado para alguns, pode não ser para outros que estiverem em diversas condições. A compreensão das discrepâncias fáticas (a exemplo da discriminação feminina) perpassa pela historicidade e cultura. Entretanto, a lei deve reconhecê-las, de forma a promover medidas para mitigar as diferenças pertinentes.

[...] a desequiparação jurídica não se confunda com favor ou dádiva dos poderes públicos ou mesmo da sociedade civil, mas seja resultado do reconhecimento de que há de fato desigualdades entre

19 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. 9 reim. Coimbra: Almedina, 2003.

20 MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social: interpretação de atos de igualar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 80

21 PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limon, 2003.

homens, não porém, inferioridade entre eles[...] Em suma, a igualdade deve ser analisada a partir de uma equação relacional, suscitando, desse modo, o paradigma da desigualdade para que a obrigação de desequiparar não se confunda com privilégios odiosos ou favores, mas também para que igualdade absoluta não obscureça a realidade e suas múltiplas diferenças. (GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa, 2013, p. 82-83)²².

Cabe destacar que a temática da igualdade merece profícuas discussões, que, por óbvio, não serão saneadas em algumas linhas. Todavia, um aspecto que merece ser evidenciado é o de que a igualdade a que se pretende enxerga as diferenças, e propõe correlação entre as mesmas, garantindo, por meio de políticas públicas, a paridade de armas entre os desiguais. A despeito disso:

Cabe ressaltar, ainda, que o tema igualdade é, sem dúvida, um dos mais delicados e difíceis de ser enfrentado, isto porque, a partir de meados do século XX e de forma cada vez mais crescente, novas diferenças deixam a esfera doméstica, onde outrora eram obscurecidas, para integrar as agendas públicas, suscitando, assim, enfrentamento e respostas quer no plano político, quer no contexto jurídico: dos direitos trabalhistas às demandas de gênero e de orientação sexual; da violência contra a criança e adolescente aos preconceitos contra idosos; da intolerância religiosa às questões de etnia. Tudo isso e muito mais desafiam absurdamente o Direito e os movimentos populares. (Gonçalves, 2013, p. 83)²³

Vale assim a seguinte reflexão: "as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza" (SANTOS, Boaventura de Souza, 2000, p. 37)²⁴.

Discorre-se, de modo específico, sob uma das formas de promoção da igualdade, qual seja: a de condições de trabalho e aposentadoria para mulheres.

[...] percebe-se posteriormente, a necessidade de conferirem a determinados grupos, uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isto significa que a diferença não mais seria

22 GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos fundamentais e sociais: releitura de uma Constituição dirigente. 3.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá editora, 2006.

23 GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos fundamentais e sociais: releitura de uma Constituição dirigente. 3.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá editora, 2006.

24 SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 7. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2000, p. 37.

utilizada para aniquilação de direitos, mas, ao revés, para promoção de direitos. (PIOVESAN, 2003, p. 195)²⁵.

Observa-se a consolidação internacional do entendimento de que as diferenças necessariamente devem ser observadas, bem como o de que existem grupos mais vulneráveis que precisam de políticas, geralmente traduzidas em ações afirmativas, que os iguale aos demais do grupo social.

06. Estratégias de Promoção da Igualdade para mulheres

Notadamente, as relações sociais entre os sexos estão fundamentadas de forma desigual, nas quais, conforme amplamente demonstrado, as mulheres seguem, em sua maioria, responsáveis pela função reprodutiva e preteridas nas relações de produção.

Desta forma, mesmo diante das lutas empreendidas pelos movimentos feministas por isonomia na perspectiva de gênero, o princípio da igualdade, nesse diapasão, segue mitigado. A mulher, em decorrência da sobrecarga de trabalho e de responsabilidades, tem o acesso prejudicado a melhores condições de empregos, quando comparadas com as possibilidades existentes para o sexo oposto. Conforme já tratado, a divisão sexual do trabalho fundamenta o acesso desigual às políticas de proteção. O movimento é deveras crítico quando pontua a importância de considerar o trabalho doméstico com a merecida valia.

O princípio da igualdade, invocando a célebre definição de Ruy Barbosa, precisa ser aplicado quando se tratam de políticas públicas de gênero, pela consideração das diferenças e estímulo a permanência e crescimento da mulher no mercado de trabalho.

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*, 1999)²⁶.

O Estado, enquanto promovedor do bem-estar social, deve conceber políticas que possibilitem a divisão equânime das tarefas familiares, com vistas a igualar as armas, e para que a mulher possa equilibrar, enfim, a maternidade e sua vida profissional. Nesse sentido,

25 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limon, 2003.

26 BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Ruy Barbosa: 1997

salienta Gama (2014, p. 69)²⁷ que "A questão não é se o Estado erodiu a família, mas, em vez disso, de que forma ele a preservou".

Com efeito, resta firmado o entendimento da importância da igualdade, não apenas como princípio, mas também como respeito. Sob essa vertente, conforme Piovesan (2003, p.196)²⁸, a nova concepção de igualdade apresenta duas metas básicas: uma se traduz no combate à discriminação (ressalte-se aqui a conotação negativa do termo) e a outra na promoção de políticas para tanto.

Nessa esteira, isonomia está atrelada à inclusão, ao tempo que discriminação tem relação com exclusão. Portanto, estratégia de evitar distorções decorrentes de razões histórico-culturais deve se firmar em políticas que concedam o direito a inserção social de grupos preteridos.

Logo, conforme brevemente discorrido, as mulheres pertencem a um grupo oprimido pela diferenciação negativa, de forma histórica e ainda sistêmica, tendo em vista que pela sua função reprodutiva concorrem em um mercado de trabalho capitalista, que não oferece igualdade de condições. São sobrecarregadas na divisão sexual do trabalho por assumirem diversas jornadas, a exemplo do emprego e funções domésticas.

Nesse sentido, faz-se necessário a utilização de meios estratégicos extrínsecos para a promoção da igualdade, com o objetivo de inclusão das mulheres no sistema, e de mitigação da discriminação que as atingem, ainda que por questões fisiológicas.

Sob essa ótica, Piovesan (2003, p. 199)²⁹ entende que as políticas afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático. Essa visão permite perceber que pela utilização de políticas afirmativas, promove-se outro tipo de discriminação, as quais pela definição de Moura (2005, p. 80)³⁰, devem ser aplicadas quando "a determinação de pressupostos fáticos diferenciais tiver como motivação alcançar os objetivos do princípio da igualdade".

A Convenção sobre Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher (ONU, 1979), em seus arts. 1º, § 4º e 4º, § 1º, respectivamente, prevê a adoção de ações afirmativas em favor das mulheres, tal acordo fora ratificada pelo Brasil.

27 GAMA, Andréa de Sousa. Trabalho, família e gênero: impactos do direito do trabalho e educação infantil. 1. Ed. São Paulo: Cortez, 2014.

28 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limon, 2003.

29 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limon, 2003.

30 MOURA, Patrícia Uliano Efftig Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social: interpretação de atos de igualar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 80.

Quanto a Convenção citada acima, Piovesan relata:

A exemplo dessa Convenção, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher também permite a “discriminação positiva”, pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, com vistas a acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres. Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São, portanto, medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando o passado discriminatório sofrido por esse grupo social. (2003, p. 200)³¹

Há, nesse sentido, um relevante esforço jurídico em caráter internacional pela eliminação de discriminações negativas às mulheres, e, ainda, pela promoção de igualdade material entre sexos.

O feminismo, como relatado, promove conquistas em progressão geométrica quanto à luta por direitos das mulheres. Em melhor análise, quanto à promoção de igualdade, galgando medidas de afirmação capazes de realizar tal objetivo.

Para alicerçar o entendimento pretendido, toma-se a definição contida no lema da campanha internacional em prol de uma Declaração Universal de Direitos Humanos sob a perspectiva de gênero, lançada pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM):

[...] os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Não há direitos humanos sem plena observância dos direitos das mulheres, ou seja, não há direitos humanos sem que a metade da população mundial exerça, em igualdade de condições, os direitos mais fundamentais. Afinal, “sem as mulheres os direitos não são humanos”. (1988, apud PIOVESAN, p. 219)³².

Percebe-se, então, que o respeito ao direito das mulheres é também a observância aos direitos humanos, vez que este não existe sem considerar cerca de metade da população mundial.

Destarte, para que haja a efetivação de garantias, traduzidas em discriminações positivas, cabem políticas públicas direcionadas que foquem nas diferenças entre os sexos, e em meios de mitigação e correção das mesmas.

31 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limon, 2003.

32 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limon, 2003.

07. Aposentadoria: um debate à luz do princípio da igualdade

Cumpra entender o princípio da igualdade em seu sentido amplo, de maneira que seja possível a diferenciação de sua abordagem no sentido material – tratar os desiguais de forma distinta, a fim de se alcançar a isonomia substancial. Nesse sentido, cabe a abordagem quanto a diferenciação de aposentadoria entre mulheres e homens, tema que ainda é objeto de notórios debates e discordâncias.

Há uma corrente, tida como conservadora, a qual analisa aspectos puramente matemáticos, não admitindo diferenciação de qualquer natureza sob pena de grave desequilíbrio atuarial do sistema. E existe outra vertente, considerada progressista, que desvia o foco para os avanços sociais quanto a percepção de gênero, e entende que possíveis déficits e suas origens contábeis fáticas podem ter incoerências.

A visão limitada a um cálculo matemático impõe a mulher a realidade de figurar de forma forçosa e esquecida na base do mercado de trabalho, com acúmulo de tarefas que são desvalorizadas. Gelinski e Ramos (2004, p. 79)³³ apontam:

O trabalho não remunerado é composto por toda uma gama de atividades que garantem a reprodução social do sistema. Trata-se do cuidado das crianças, das tarefas domésticas e do cuidado com idosos e doentes. Ignorar o trabalho não remunerado cria distorções quanto a avaliação da real capacidade produtiva de uma país e reforça o descaso com aqueles que o executam, mulheres na sua maioria.

Não obstante aos avanços, a balança ainda pesa em desfavor da mulher, principalmente quanto ao acesso ao mercado de trabalho. Não se tratam de suposições, são fatos como demonstrados anteriormente.

De forma metafórica, imagine-se uma balança em que há pesos desiguais em cada prato, ela representa o acesso ao mercado de trabalho. Nesse contexto, a mulher encontra-se do lado mais fraco da balança, pois conforme abordado, por questões históricas e reforços culturais, as oportunidades para o sexo feminino, via de regra, são diminutas. Faz-se necessário políticas públicas, que simbolizam a colocação de mais peso do lado mais leve, afim de que possa haver equilíbrio.

33 GELINSKI, Carmem R. Ortiz G.; RAMOS, Ivonete da Silva. Mulher e família em manutenção: onde estão os mecanismos de apoio para o trabalho feminino? Porto Alegre: Revista mulher e Trabalho, 2004. n.5, p. 79-88. Disponível em: http://fee.tche.br/sitefee/pt/contente/publicações/pg_revistas_mulheretrabalho_2004.php. Acesso em: 15 jun. 2016.

Nas questões que envolvem trabalho, por ter a mulher que assumir dupla missão (emprego e atividades domésticas), urge a necessidade de ações que contraponham a desigualdade, e afirmem direitos femininos: as discriminações positivas.

Não se pretendem políticas perpétuas de afirmações, tampouco genéricas, mas que considerem limitações pela sobrecarga, reconhecendo as diferenças, a fim de tratar de forma desigual as mulheres na medida em que as suas desigualdades as inferiorizam. Moura (2005, p. 80)³⁴ leciona que: "Há possibilidades de discriminações positivas quando a determinação de pressupostos fáticos diferenciais tiver como motivação alcançar os objetivos do Princípio da Igualdade".

Cumprir destacar que na hipótese de as mulheres deixarem de acumular funções trabalhistas, a maternidade poderá ser ameaçada, vez que a mulher possui direito de dispor sobre seu corpo, e optar por não ter filhos em detrimento da incompatibilidade com as exigências do mercado de trabalho.

Nesse sentido, a IV Conferência Mundial sobre a mulher ocorrida em Beijing (1995), em sua plataforma de ação, apontou conceitos quanto à garantia da integridade física e de não sofrer preconceito em razão de sua vida sexual e reprodutiva - que na verdade são garantias básicas.

Desta forma, defende-se, enquanto política de afirmação, ou em melhor acepção - promoção de discriminação positiva - um tratamento diferenciado da mulher no momento de sua aposentadoria, levando em consideração fatores históricos e, sobretudo, o acúmulo de jornadas.

Por ser dever do Estado a proteção às questões relativas à Previdência, é imperiosa, para a promoção de políticas de inclusão, a observância das diferenças fáticas, em que mulheres dobram sua jornada de trabalho em função dos afazeres domésticos, e muitas vezes são arrimo da família, e ainda assim possuem salários, em geral, menores.

Nesse sentido, existindo meios, recursos, o Estado deve aplica-los a fim de reduzir a diferença entre os sexos, desde a jornada de trabalho até a aposentadoria.

Alguns países como o Brasil, Áustria e Suíça promovem a diferenciação das regras de aposentadoria, permitindo que as mulheres se aposentem mais jovens, outros utilizam estratégias de transição, como a Itália, e há os que não fazem diferenciação alguma, a exemplo da Espanha e Suécia.

34 MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social: interpretação de atos de igualar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 80.

No Brasil, conforme previsto na lei 8.213/91³⁵, garante-se à mulher vantagem de cinco anos quando de sua aposentadoria. Assim, no regime geral de aposentadoria por idade, a mulher pode se aposentar aos 60 (sessenta) anos, e o homem aos 65 (sessenta e cinco). E no regime especial, a exemplo da aposentadoria por idade rural, aos 55 (cinquenta e cinco) anos, ao tempo que os homens somente aos 60 (sessenta). Lembra-se que em relação à aposentadoria por tempo de contribuição à Previdência, exige-se 30 (trinta) anos para a mulher, e 35 (trinta e cinco) para o homem. Pelo sistema de pontos, em que se soma o tempo de contribuição à idade, são necessários 85 (oitenta e cinco) anos para o sexo feminino, e 95 (noventa e cinco) para o masculino.

Vale ressaltar também o benefício do seguro maternidade, cujo valor pode variar a depender da condição da segurada³⁶, podendo iniciar em 28 dias antes do parto, com duração de até 120 dias. Para o seu requerimento, basta a comprovação da gestação, com apresentação da certidão de nascimento da criança. Aplica-se às seguradas parturientes (inclusive de natimorto), que adotaram um filho, ou mesmo que procederam ao aborto não criminoso. Tal política propicia que a mulher seja amparada socialmente, assim como o seu filho, visando a proteção da família, em vista as despesas anexas à maternidade, a exemplo da compra de fraldas e outros artefatos, enxoval e despesas com alimentação especial. Logo, o objetivo é propiciar à mãe condições de permanecer com seu filho por um determinado tempo, sem o prejuízo do afastamento do trabalho e outras ocupações.

Percebe-se, portanto, a efetivação de discriminações positivas, que, conforme explanado alhures, fundamentou-se em diferenciações que foram consideradas com a finalidade de promoção de igualdade material.

Nesse sentido, a legislação brasileira é vanguardista, vez que considera a condição da mulher no mercado de trabalho; o passado discriminatório e seus efeitos; sua função reprodutiva, e as horas trabalhadas em ambiente doméstico sem o devido cômputo. Destarte, cumpre uma finalidade concreta de cunho importantíssimo, que conforme relata Piovesan (2003, p. 199)³⁷, trata-se de medida capaz de assegurar a diversidade e pluralidade social.

Logo, na aplicação das políticas citadas, levam-se em conta as diferenças e necessidades das mulheres, e objetiva-se a promoção de uma igualdade substancial,

35 Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm.

36 Mais informações sobre o cálculo dos benefícios salário maternidade disponíveis em: <http://www.mtps.gov.br/servicos-do-ministerio/servicos-da-previdencia/outras-beneficios-previdenciarios/salario-maternidade/valor-do-salario-maternidade>.

37 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limon, 2003.

adequada à realidade, as quais considerem diversos fatores, como as condições físicas, fisiológicas e históricas que envolvem esse sexo.

Entende-se, portanto, que a diferença em favor das mulheres é medida necessária à promoção da justiça social.

08. Conclusão

Apresentou-se um breve histórico quanto à inserção da mulher no mercado de trabalho, mostrou-se a árdua trajetória pela busca de direitos iguais. Dificuldades culturais, fruto da religião, bem como o fato de que as diferenças fisiológicas serviram de justificativa para que a mulher, historicamente, fosse colocada na condição de cuidadora do lar e dos filhos, enquanto o homem de provedor.

Em seguida, abordou-se o conceito da Transversalidade de Gênero, o qual vem sendo amplamente debatido no campo do Direito Internacional, com vias a estabelecer como foco para a comunidade internacional. A perspectiva de gênero para planejamento e estabelecimento de quaisquer políticas públicas compreende a importância de entender que as diferenças de gênero precisam ser enxergadas em primeira análise para em ato contínuo construir estratégias justas de promoção.

Tratou-se ainda da Divisão Sexual do Trabalho, de forma a demonstrar que a sociedade patriarcal, em que o homem é responsável pelo provimento do lar e da família, impõe uma divisão do trabalho entre a função produtiva – destinada ao varão - e a função reprodutiva – destinada à mulher.

Fora demonstrado, por meio de estatísticas de cunho nacional e internacional, que o trabalho da mulher quanto ao ambiente interno de seu lar, de forma numérica, sobrepõe em quantidade de horas ao do homem, contudo, é visto como “não-trabalho” pelo sistema capitalista que somente considerada as questões que envolvem pecúnia. Desta forma, a mulher trabalha mais horas, e tem apenas parte delas consideradas.

À luz do Princípio da Igualdade Material, restou demonstrado a necessidade de sopesar as diferenças de sexo, superando a ideia de que o simples combate à discriminação, o mero discurso, promova a igualdade pretendida. Mister entender a necessidade de promoção de políticas compensatórias como forma de promoção a verdadeira igualdade.

Nesse sentido, apresentou-se brevemente, enquanto instrumento de inclusão, as ações afirmativas, ou, em melhor descrição, a Discriminação Positiva, capaz de promover, de forma temporária (enquanto perdurarem as desigualdades materiais), a igualdade material entre homens e mulheres, condições de trabalho e aposentadoria proporcional ao que de fato é trabalhado.

Por fim, abordou-se a aposentadoria feminina de forma diferenciada, como no caso do Brasil, em que a mulher possui uma compensação em razão da idade e tempo de trabalho. Fora apresentada tal medida enquanto prática compensatória de promoção de igualdade material.

Há que considerar as diferenças - a aposentadoria pressupõe o momento de descanso em razão de idade ou desgaste físico pelos anos trabalhados. Medida justa é entender o trabalho em seu sentido amplo, ou seja, que a mulher carrega consigo um papel fundamental para a continuidade da humanidade, que em contrapartida torna-lhe vulnerável.

Encerra-se o presente artigo com as palavras de Piovesan (2003, p. 203)³⁸: “Por fim, há que se reiterar que o direito à igualdade pressupõe o direito à diferença, inspirado na crença de que somos iguais, mas diferentes, e diferentes, mas, sobretudo iguais”, capaz de demonstrar o cerne deste trabalho.

Referências bibliográficas

_____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: [s.n.], 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 11 jul. 2016.

ALONSO, Marta León; BURRIEZA, Ángela Figueruelo; PÉREZ, Marta Del Pozo (coordenadoras) *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?* 1. ed. Salamanca: Editorial Andavira, 2012.

ÁVILA, Maria Betânia; FERREIRA, Verônica (organizadoras). *Trabalho remunerado e trabalho doméstico no cotidiano das mulheres*. Realização SOS CORPO Instituto Feminista para a Democracia. Instituto Patrícia Galvão. Recife: SOS CORPO, 2014, p. 81.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Ruy Barbosa: 1997.

38 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limon, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Senado Federal. Brasília: [s.n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mai. 2016.

BRASIL. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. *Trabalho para o mercado e trabalho para casa: persistentes desigualdades de gênero*. IPEA: [s.n.], 2012.

BURRIEZA, Àngela Figueruelo; CONDE, Enrique Àlvarez Conde; GOMEZ, Laura Nuño. *Estudios Interdisciplinarios Sobre Igualdad*. 2 ed. Salamanca: Portal Derecho, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 9 reim. Coimbra: Almedina, 2003.

GAMA, Andréa de Sousa. *Trabalho, família e gênero: impactos do direito do trabalho e educação infantil*. 1. Ed. São Paulo: Cortez, 2014.

GELINSKI, Carmem R. Ortiz G.; RAMOS, Ivonete da Silva. *Mulher e família em manutenção: onde estão os mecanismos de apoio para o trabalho feminino?* Porto Alegre: Revista mulher e Trabalho, 2004. n.5, p. 79-88. Disponível em: http://fee.tche.br/sitefee/pt/contente/publicações/pg_revistas_mulheretrabalho_2004.php. Acesso em: 15 jun. 2016.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais e sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. 3.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá editora, 2006.

JORGE, Amanda Lacerda; ZIMMERMANN, Clóvis. *Relações de gênero e acesso às políticas de Previdência Social Rural em uma comunidade remanescente de quilombos: o caso da comunidade do Agreste em São João da Ponte*. Minas Gerais: Revista Recôncavos, 2008, n. 02. Disponível em: <http://www2.ufrb.edu.br/reconcavos/edicoes/n02/artigos.html>. Acesso em: 07 jun. 2016.

MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social: interpretação de atos de igualar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 80.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: [s.n.], 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 22 mai. 2016.

OTTO, Claricia. *O feminismo no Brasil: suas múltiplas faces*. Florianópolis: Revista estudos feministas, 2004, vol. 2, n.2, p. 237-258. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2004000200015. Acesso em: 23 mai. 2016.

PEREIRA, Rosangela Saldanha; RAMBLA, Xavier; SILVA, Kamila Paceluika; CIRIACO, Cássia Daniane. *Transversalidade de gênero e políticas sociais no orçamento do estado de Mato Grosso*. Florianópolis: Revista Estudos Feministas, 2010, Vol. 8, n. 2. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/14938/13630>. Acesso em: 23 mai. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limon, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2000, p. 37.

SILVA, Enid Rocha; Schwarzer. *Proteção Social, Aposentadorias, Pensões e Gênero no Brasil*. Brasília: Texto para discussão n. 934, 2002. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0934.pdf. Acesso em: 07 jun. 2016.

A municipalização da SEGURANÇA PÚBLICA

Márcio Aleandro Correia Teixeira

Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (2016),
Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão (2007),
Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão (2001)

O tema da segurança pública no plano da teoria do estado e das políticas públicas é uma das questões que maiores discussões fomentaram ao longo das últimas três décadas. No Brasil, os debates se renovam com a Constituição Federal de 1988 e adquirem consistência fortemente associada à garantia da integridade objetiva do indivíduo, do grupo e das coletividades.

O tema é observado para além de políticas públicas¹, nos atos normativos que conformam a atividade policial pelos estados federados. É muitas vezes usado em conexão com a harmonização da tecnologia da informação e infraestrutura das instituições e da segurança interna do estado federal².

As últimas décadas verificou uma grande atividade sobre a matéria, embora com poucos acordos³. Nos debates a matéria se descoloca em face de sua definição e competência. Em regra, no campo analítico, os debates se distanciam de uma definição territorial da segurança pública, atrelada a ideia clássica de território-patrimônio para a compreensão da prestação da segurança pública e seu campo de competências entre entes federados. Nesse movimento, altera-se o alcance das limitações constitucionais produzindo uma redefinição organizacional e funcional do ente estatal como um complexo de relações institucionais de natureza política e jurídica.

1 Ver relatório da 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública. Brasília-DF. Brasil, 2009. http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Seguranca_Publica/relatorio_final_1_conferencia_seguranca_publica.pdf

2 Ver decreto que institui a Força Nacional de Segurança Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D5289compilado.html

3 Ver resultado de consulta ao portal da Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/busca/search?ieEnc=%E2%98%96;keyword=%22seguran%C3%A7a%20p%C3%ABlica>

Em análise, podemos perceber que a segurança pública, prevista na Constituição Federal de 1988, passa obrigatoriamente pelo tratamento do princípio federativo. Por tal razão, a descentralização e existência de poderes autônomos nos estados-membros e municípios condicionam a gestão e controle da segurança pública, permitindo uma maior aproximação entre o titular do poder com o próprio poder e aproxima o destinatário de seu representante.

Nessa perspectiva, nasce a previsão legal de uma participação efetiva do cidadão na construção da segurança pública, assim como, uma maior legitimidade do titular do poder no exercício de sua função. A segurança pública é revelada no plano da teoria do estado influenciada pela ética da participação, sendo informada pelo axioma jurídico *alterum non laedere, cuique suum tribuere* (para não prejudicar o outro, cada um dar a sua contribuição).

Todavia, a regra de segurança pública se apresenta com distintos tratamentos quer esteja sob a perspectiva do direito ou das políticas públicas. Se for verdadeiro que algumas discussões doutrinárias não têm alterado substancialmente o tratamento da matéria pelo interprete autêntico, é também real a tendência de intervenções legislativas que devem ser assimiladas no plano da segurança pública, especialmente sob o regime do direito público⁴.

Por outro lado, a evolução da segurança pública no âmbito das políticas públicas é um fenômeno recente, porém de ágil desenvolvimento tanto no direito brasileiro quanto no direito comparado. O maior desafio dos *policy makers* é a transformação do sistema de justiça, como forma de modernização e conseqüente preservação da noção de segurança.

Sem dúvida, o enfrentamento do problema da segurança pública em face da amplitude da abordagem do tema encerraria discussões metodológicas em sentidos diversos. Contudo, a matéria precisa ser enfrentada harmonicamente, como forma de evitar distintas soluções para problemas análogos. O desenvolvimento da segurança pública expressa um fenômeno histórico, a superação do estado de barbárie, inatingível sem a intervenção de uma ordem jurídica e da participação da sociedade civil, para que sejam imputáveis as responsabilidades da organização estatal e da sociedade em sua manutenção.

A segurança pública exige um fundamento teleológico da responsabilidade pública, muitas vezes identificado com a própria busca da autonomia desta, o que poderia fazer com que a *summa ratio* da existência do instituto ficasse restrita aos limites do direito administrativo. Por sua vez, a análise do tratamento da matéria nas ciências sociais

4 MINNICELLI, Alessandra. EFICÁCIA: ideas y tensiones para la articulación actual de políticas públicas y derecho administrativo. Buenos Aires: Atlántida, 2013.

brasileira demonstra que o processo de superação da irresponsabilidade do poder público em matéria de segurança pública, seguiu os rumos dos demais ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, vindo inclusive a superá-los quando do assentamento constitucional da matéria e do alargamento da responsabilidade objetiva.

As implicações de tais questões incidem sobre as mudanças estruturais, políticas e sociais de forma diversa sobre os processos e as concepções de trabalho, os modelos estruturais e os sistemas de controle da administração pública brasileira em relação à segurança pública. Verificamos novas exigências quanto à orientação e a identidade das instituições de segurança e defesa:

A formação deve estar comprometida com a paz e a cidadania e conectada com os avanços da ciência. Só assim será possível desenvolver a construção de conceitos teóricos e práticos de segurança pública, de Polícia Militar, de Polícia Civil, dentre outras instituições, que expressem os valores, as garantias e o sentido de ordem para o Estado Democrático de Direito e para a sociedade organizada [...]⁵.

Estas exigências aparecem norteadores dos discursos dos documentos de referência do Estado, como é o caso do Plano Nacional de Segurança Pública - PNSP (BRASIL, 2002), o qual baliza, ainda hoje, as ações do governo federal na área de segurança pública, estabelecendo compromissos, pontuando demandas e fixando estratégias.

Existe um contínuo, por parte do governo federal através da Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP no sentido de articular um processo de centralização de orientações e decisões sobre a segurança pública, legitimando-se através das Conferências de Segurança Pública, CONSEG's e do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI no âmbito daquilo que por algum tempo se convencionou chamar de Programa de Cooperação Federativa Sistema Único de Segurança Pública - SUSP que foi proposto pelo Executivo federal como o núcleo das políticas públicas que informavam a agenda governamental em matéria de segurança.

Estruturalmente, o Sistema Único de Segurança Pública foi proposto e estruturado como uma política pública tendo sido pensado pela seguinte arquitetura: 1. Controle de armas de fogo; 2. Controle externo e participação social; 3. Estruturação e modernização da perícia; 4. Formação policial; 5. Gestão da informação; 6. Gestão da segurança municipal e das guardas civis; 7. Prevenção do crime e da violência, e; 8. Sistema penitenciário.

5 BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Plano Nacional de Segurança Pública. Brasília: SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, fev. 2002.

Os debates em torno do processo de construção das diretrizes nacionais da segurança pública assumiram importante papel no processo de articulação das políticas de segurança nos eixos da *repressão qualificada, prevenção e atenção*. A ênfase na importância da **gestão integrada da segurança municipal**, articulada ao Gabinete de Gestão Integrada Municipal – GGIM, ao Conselho Municipal de Segurança e aos Conselhos Comunitários de Segurança talvez tenha sido um dos aspectos de maior relevância na nova arquitetura pensada para os sistemas de segurança nacional, estadual e municipal.

Todavia, nesse processo as municipalidades têm encontrado as maiores dificuldades na consolidação do sistema de segurança pública, seja na institucionalização das guardas municipais em conformidade com os preceitos fundamentais, em observação às regras do Estatuto do Desarmamento e do Estatuto Geral das Guardas Municipais ou na criação, composição e manutenção de Conselhos Municipais e Gabinetes de Gestão Integrada. Outro aspecto é a dificuldade de reconhecimento da identidade das guardas municipais como instituições civis voltadas para a *prevenção e atenção*, pois rejeitam as premissas básicas estruturante do sistema em construção ao tentar equiparar-se com instituições policiais no âmbito municipal.

Uma prova desta dificuldade e rejeição de sua identidade institucional foi registrada no Maranhão no bairro do São Cristóvão em São Luís quando a Guarda Municipal de São Luís agrediu fisicamente os manifestantes que praticavam atos de *resistência* na parte externa do Terminal da Integração. Na ocasião, os membros da instituição ostentavam pistolas e revólveres (de forma ilegal), agindo violentamente contra atos simbólicos de manifestantes. A atuação desastrosa da Guarda Municipal, ilegalmente armada, naquele episódio ensejou desconfiança em torno do seu *modus operandi*.

Na ocasião, a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão anunciou procedimento instaurado junto à Casa Legislativa do Estado para apurar fatos e pedir providências sobre a referida atuação da Guarda Municipal no Bairro do São Cristóvão, todavia, não se teve notícias de providências adequadas ao referido episódio.

Cabe observar que, o marco regulatório do controle sobre o uso de armas está na Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição. O capítulo III, Do porte, Art. 6º “É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria [...]”. Via de regra o porte é proibido, salvo casos excepcionais, como os do inciso III, “os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes [...]”.

A norma criava condições para a autorização do porte de arma de fogo pela guarda municipal. No seu § 3º, o artigo condicionava esse porte: “a autorização para o porte de armas de fogo das guardas municipais está condicionada à formação funcional de seus integrantes em estabelecimentos de ensino da atividade policial, à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno [...]”.

Cumpra ainda ressaltar que, o diploma normativo apresentava atenção especial para as possibilidades de porte ilegal de armas de fogo por guardas municipais, tendo aperfeiçoado a caracterização do tipo. Isso revela que, o Estatuto do Desarmamento encontrava-se afinado ao art. 144, da Constituição Federal, que concentrou o uso legítimo da força física de forma taxativa nos órgãos de polícia.

Em seu § 8º, do art. 144, a Constituição Federal prevê a possibilidade de criação de guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, não permitindo agir como se policiamento ostensivo fosse.

Vale ressaltar que, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento ao Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento – 1078217, de Relatoria do Min. Mauro Campbell Marques (julgado em 14 de abril de 2009), afastando a possibilidade da Guarda Municipal atuar como agente de autoridade de trânsito. O STJ manteve o entendimento do Tribunal de origem ao fundamento de que “não se admite delegação a guarda civil metropolitana não autorizada pela Constituição Federal”. Invocou-se o princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo, para restringir uma interpretação extensiva do texto constitucional.

A inteligência da decisão da Corte permitia salvaguardar de forma especial o *poder de polícia*, que no âmbito do Estado democrático de direito tinha como fundamento o princípio da legalidade para considerar a ação da administração pública.

Nesse processo de excepcionalidade, a Polícia Federal, era o órgão competente para emissão da autorização do porte de armas de fogo para os guardas municipais, devendo oferecer o curso de formação e aplicar a prova para posteriormente autorizar a utilização de armas de fogo pela guarda municipal. Assim, a Guarda Municipal de São Luís fora submetida à instrução de armamento e tiro pela Polícia Federal e, segundo informações da Superintendência Regional mais da metade dos candidatos apresentados pela guarda foram reprovados no curso de tiro e no exame psicológico. O episódio foi motivo inúmeros questionamentos por parte de integrantes da instituição municipal que, por sua vez, alegavam que o grau de dificuldade era superior ao curso de formação de policiais militares, pois a existência de alvo colorido marcava a desproporcional tal exigência.

Em 2014 o problema foi parcialmente superado, pois o Estatuto das Guardas fez previsão expressa de autorização do uso de arma de fogo pelas Guardas Municipais, episódio bastante comemorado pelas corporações das guardas municipais. Seguindo a questão em tela, em 2015 o Supremo Tribunal Federal fixou em Sede de Julgamento de Repercussão Geral, Tema 472 a competência para exercício do *poder de polícia* de trânsito para as guardas municipais, mas ressaltou que tal exercício não inclui as instituições municipais no rol taxativo do Artigo 144 da Constituição Federal, separando exercício do poder de polícia e instituição policial.

Por fim, para direcionamento da construção da identidade institucional das guardas municipais, observamos que a segurança pública, de acordo com o *caput* do art. 144 da Constituição Federal é responsabilidade de todos e de acordo com o § 7º, instaura a necessidade disciplinar da organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela Segurança Pública, permitindo criar de forma coletiva um processo social de construção através do Conselho Nacional de Segurança Pública - CONASP, regulamentado pelo Dec. nº 7.413, de 30 de dezembro de 2010, que permite às guardas municipais concorrerem à representação, em um dos nove assentos destinados às instituições de segurança pública, possibilitando assim que possam desenvolver um importante papel no exercício da cidadania e construção da segurança pública, dentro dos limites permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, encerramos este pequeno texto ressaltando que a municipalização da segurança pública precisa ser um processo operado com cautela e observado sob diversas dimensões para evitar maiores prejuízos à segurança pública e a administração da justiça, considerando conhecimentos específicos do significado do processo em curso na (re)construção da ideia e prática da segurança pública como manifestação coletiva regulada racionalmente pelos princípios e regras do Estado democrático de direito.

TOMO
II

AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES

| LOURIVAL SEREJO |

AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES
e a constitucionalização do direito de família..... Pág 97

| MÁRCIA CAVALCANTE DE AGUIAR |

ABANDONO AFETIVO VS ALIENAÇÃO PARENTAL:
Institutos que não são sinônimos..... Pág 123

| ARTENIRA DA SILVA E SILVA SAUÁIA e JOSÉ MÁRCIO MAIA ALVES |

“LESÃO À SAÚDE PSICOLÓGICA”:
Revisitando o art. 129, do Código Penal, à luz da Lei Maria da Penha..... Pág 133



AS NOVAS RELAÇÕES FAMILIARES E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.

Lourival Serejo

Desembargador presidente da 3ª Câmara

Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

SUMÁRIO:

1. Introdução
2. A família
 - 2.1 Evolução
 - 2.2 Enfoque constitucional
3. O casamento
 - 3.1 Casamento homoafetivo
4. União estável
 - 4.1 A parceria homoafetiva como união estável
5. A família formada pelos pais e seus descendentes
6. A família homoafetiva
7. Igualdade dos cônjuges
8. Igualdade dos filhos
9. O divórcio e a EC nº 66/2010
10. Conclusão
11. Referências
12. Obras consultadas.

RESUMO:

Mostra-se inicialmente uma visão da família pós-moderna e sua evolução. Discorre-se sobre os institutos e temas referentes à família, destacados na Constituição Federal de 1988, para demonstrar os efeitos positivos da constitucionalização do Direito de Família. Todos os temas são tratados do ponto de vista teórico e jurisprudencial, para avaliar-se a evolução jurisprudencial dos nossos tribunais em consonância com a nova face das famílias brasileiras. Nesse ponto, o destaque é a atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVE:

Constitucionalização. Direito de Família. Novas relações familiares. Relações homoafetivas. O novo divórcio. Política de proteção à família.

ABSTRACT:

It is initially analyzed the post-modern family and its evolution. Taking the family-related articles in Brazilian Federal Constitution in consideration, it is demonstrated the positive effects of the constitutionalization of Family Law. All themes are considered in a theoretical and jurisprudential point of view, aiming to evaluate the Brazilian jurisprudential evolution considering the new families. It is emphasized the recognition of the same sex couples as families by the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS:

Constitutionalization. Family Law. New families. Same-sex couples. e new divorce. Family protection policy

01. Introdução

A constitucionalização do Direito de Família e seus principais institutos representou um momento de evolução desse ramo do Direito e a ratificação da sua importância, por envolver matérias do interesse da sociedade e do Estado.

Ressalte-se que foi no capítulo Dos direitos e deveres individuais e coletivos que a Constituição trouxe a inovação que mais produziu efeitos saudáveis no Direito de Família: a isonomia do art. 5º, I, anunciando, de forma cogente, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."

Ao ter seus pilares principiológicos no texto constitucional, o Direito de Família fortaleceu-se ainda mais, inspirando decisões justas em respeito à dignidade de cada cidadão e aos direitos de sua personalidade. Abrigaram-se, assim, as reivindicações da nova família no catálogo dos direitos fundamentais.

Estudaremos, a seguir, sob a ótica do texto constitucional, os seguintes temas: a família, o casamento, a união estável, a família formada pelos pais e seus descendentes, a família homoafetiva, a igualdade dos cônjuges, a igualdade dos filhos e o divórcio.

Apesar de não ser objeto específico do nosso estudo, os princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família estão presentes no substrato de cada tema aqui desenvolvido, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e o princípio da afetividade.

02. A família

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

2.1 Evolução

Ao longo dos anos, a família sofreu uma evolução considerável, em consonância com o desenvolvimento social e econômico de cada época. Da família patriarcal, patrimonializada, extensa, chegou-se à família nuclear, marcada pela valoração das expressões afetivas da convivência familiar, o reconhecimento de relações mais autênticas, capazes de conferir sentido e sustentação ao casamento. Como consequência dessa nova mentalidade, a família reduziu sua extensão, e a monogamia ganhou espaço e adesão.

Neste ponto, não se pretende traçar a história da família, que é longa e remonta a muitos séculos. Destaca-se apenas o estágio atual a que chegou essa linha evolutiva. O modelo nuclear de família está sendo superado pela vida moderna, competitiva e individualista. Qual a família do futuro? Shere Hite faz sua previsão crítica com as seguintes observações: Deveríamos abandonar a nossa noção ultrapassada de que as únicas famílias aceitáveis são as nucleares. Uma visão histórica mais profunda do que está acontecendo é necessária. Deveríamos ver a nova sociedade que surgiu nos últimos quarenta anos como ela é por si mesma, não como um desastre por não ser como a passada.¹

Característica marcante dessa evolução é a funcionalização do conceito de família, com a valorização de cada um dos seus membros, que passaram a ter mais autonomia e mais liberdade de ação, dentro da estrutura familiar.

¹ HITE, Shere. Relatório Hite sobre a família. São Paulo: Bertrand Brasil, 1987, p. 388.

Michelle Perrot, por sua vez, faz uma acurada análise dessa nova tendência da família moderna, marcada pela individualidade e pela busca do bem-estar de cada um, isoladamente. Depois, pergunta: “Isso significa que a família está morta?” A sua resposta é a mais esclarecedora possível:

Certamente não. Para começar, de uns anos para cá, ela dá sinais de estabilização. Além disso, a crise econômica, de um lado, e a Aids, de outro, são fatores de consolidação das famílias e dos casais.

Não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX. Eles rejeitam o nó, não o ninho.²

Qualquer que seja a família do futuro, as tendências previsíveis de suas características já estão presentes em grande maioria das famílias atuais, a saber: despatrimonialização (substituição da preocupação capitalista de acumular bens pela valorização das relações familiares autênticas entre os membros de uma família); valorização do fator afetivo da convivência familiar; igualdade dos filhos; desbiologização do conceito de paternidade; guarda dos filhos a terceiros; companheirismo; democracia interna mais acentuada; instabilidade; mobilidade e inovação permanente

Alvin Tofler traçou, na década de oitenta, as seguintes linhas da família do futuro: a) alta variedade de estruturas familiares; b) pessoas traçando trajetórias personalizadas e sob medida; c) sistema familiar desmassificado; d) uniões com maior amor (prazer sexual e psicológico, mais inteligência, responsabilidade, autodisciplina, trabalho); e) família eletrônica expandida.³

Ainda do mesmo futurólogo, esta conclusão:

Novamente isto não significa a eliminação total ou a “morte” da família nuclear. Significa simplesmente que, de agora em diante, a família nuclear será apenas uma das muitas formas socialmente aceitas e aprovadas.⁴

Fala-se, ainda, de outros tipos de família, como as famílias recompostas, as homoafetivas, as unipessoais, as famílias paralelas, as famílias pluriparentais etc

Não há dúvida de que a agilidade da evolução do conceito de família reflete-se inevitavelmente no Direito de Família, constatando a dinamicidade dos seus institutos e

2 PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: Veja: 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Editora Abril, 1993, p. 81

3 TOFLER, Alvin. A terceira onda. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

4 TOFLER, op cit. p. 219.

abrangência que alcançam. Daí a obviedade desta conclusão: o Direito de Família vai para onde a família for e renova-se com a mesma velocidade.

2.2. Enfoque constitucional

A família mereceu destaque no atual texto constitucional, refletindo, assim, a preocupação com a base fundamental da sociedade, o sustentáculo da estabilidade social. O enfoque constitucional que se pretende destacar, na verdade, é todo o conteúdo desta obra, voltada para o estudo da família no novo contexto de um Direito Civil constitucionalizado, em que se destacam novos valores e princípios voltados para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

O cerne da previsão constitucional relativa à família está nos arts. 226 e 227. Entretanto, a Constituição menciona, ao longo do seu texto, por várias vezes, a palavra “família”. Ao contrário do que alguns pensam, a instituição da família continua prestigiada em nosso ordenamento jurídico e, principalmente, na Constituição Federal, que a reconhece como base da sociedade e lhe assegura especial proteção do Estado (art. 226).

As mudanças em sua estrutura, em sua dinâmica interna, não retiraram da família a sua força moral e jurídica. A ampliação do seu conceito e dos núcleos familiares em nada alterou a certeza de que continua sendo a célula básica da sociedade.

Segundo o magistério de Alexandre de Moraes, A Constituição Federal garantiu ampla proteção à família, definindo três espécies de entidades familiares:

- a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (CF, art. 226, §§ 1º e 2º);
- a constituída pela união estável entre o homem e a mulher devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF, art. 226, § 3º);
- a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art.226, § 4º).⁵

Depois do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277/ DF, pode-se acrescentar a esse rol a família homoafetiva, reconhecida por aquela Corte como entidade familiar, em decisão que deu interpretação conforme ao art. 1.523, do Código Civil.

5 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 845.

03.O casamento

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Nesta análise do texto constitucional, parte-se da ideia do casamento como direito fundamental, assim como prescreve o art. 17. 2, do Pacto de San José: “é reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família [...]”. A Constituição portuguesa é bem clara nesse sentido ao dizer, no art. 36º, nº 1: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.” O jurista português Diogo Leite de Campos alia a essa análise a informação histórica, ao lembrar:

O direito à celebração do casamento refere-se necessariamente, ao casamento reconhecido pelo Estado. Com efeito, em certas épocas históricas, houve grupos de pessoas, normalmente definidos através da sua religião, que se viam impossibilitados de celebrar o casamento reconhecido pelo Estado. [...] Como o único casamento reconhecido era o casamento católico e os protestantes não o podiam e não o queriam celebrar, durante largos períodos viram-se remetidos a uma situação de marginalidade imposta pelo não reconhecimento dos seus casamentos.⁶

O casamento, como ato gratuito, apareceu desde a Constituição de 1934, em seu art. 146, que assim prescrevia: “O casamento será civil e gratuita a sua celebração”. Complementando essa regra, o parágrafo único do referido artigo estendia essa gratuidade ao processo de habilitação, o que tornava a medida mais efetiva.

O Código Civil, absorvendo o propósito constitucional, trata este tema com acertada disposição, ao prever: Art. 1.532. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

O casamento religioso era, até pouco tempo, praticado somente pela Igreja Católica Apostólica Romana e pelas igrejas evangélicas mais tradicionais.

Ultimamente, com a proliferação desordenada de igreja evangélicas, expandiu-se a opção de casamentos religiosos, causando, às vezes, até surpresa para o juiz de casamento o nome de uma Igreja, até então desconhecida.

6 CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 85

3.1 Casamento homoafetivo

O casamento entre pessoas do mesmo sexo tornou-se uma realidade indiscutível no Brasil, em decorrência do julgamento da ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao contrário de outros países, entre nós, o reconhecimento da permissão para o casamento homoafetivo ocorreu de forma indireta, com a anuência do Poder Judiciário.

O primeiro país a reconhecer o casamento homoafetivo foi a Holanda, em 2001. Depois, vieram: Bélgica (2003), Espanha (2005), Canadá (2005), África do Sul (2006), Noruega (2009), Suécia (2009), Portugal (2010), Islândia (2010), Dinamarca (2012), Nova Zelândia (2013), França (2013). Na América Latina, além do Brasil, já admitem o casamento igualitário: Argentina, Uruguai e México (alguns estados).

O Superior Tribunal de Justiça, em voto de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, já reconheceu a legalidade da realização, no Brasil, de casamento entre pessoas do mesmo sexo (Recurso Especial nº 1.183.378/RS – (2010/0036663-8). Relator: ministro Luis Felipe Salomão).

Embora ainda haja resistência, o que é justificável (a França e a Inglaterra são exemplos mais recentes dessa reação), as decisões judiciais favoráveis – tanto de juízes monocráticos como de tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça – cumprem apenas a vocação do Direito, que é de curvar-se à força dos fatos. Destaco trecho da doutrina de Francisco A. M. Ferrer, jurista argentino, em estudo coletivo sobre a lei que implantou o casamento homoafetivo na Argentina, o qual resumidamente reflete essa nova realidade:

Con esta radical reforma desaparece en nuestro Derecho Civil la bimilenaria con guración del matrimonio como unión legal intersexual de un hombre y una mujer. La disposición legislativa, al abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, há cambiado, asi, la naturaleza de las cosas. Se inicia otra etapa en la historia de la institución, con sua estructura sustancialmente modificada, con otros valores, outra forma de ver las cosas, otra cultura; en n, nuevos tiempos.⁷

No Brasil, a desembargadora Maria Berenice Dias destacou-se pela sua luta em favor do reconhecimento dos direitos dos homossexuais, sendo pioneira na propagação do direito homoafetivo. Em marcante obra que coordenou nessa linha de estudo sobre diversidade sexual, despontam vários estudos, dentre os quais ressalto o de José Carlos Teixeira Giorgis

⁷ FERRER, Francisco A. M. Nueva concepción del matrimonio civil. In: FERRER, Francisco A.M. et. al. Nuevo Régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 17.

sobre o casamento igualitário, em que preleciona: A dignidade humana concretiza-se num imperativo de igual tratamento das pessoas, estando expressamente vedada a discriminação com base na orientação sexual, ao que acresce o direito de todos de contrair casamento num sentido de universalidade; e tais subsídios constitucionais rejeitam a moral dominante como critério admissível.⁸

04. União estável

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Por diversos estágios da evolução da sociedade, o concubinato tem se manifestado de forma constante, pois, afinal, nunca deixou de ser a união livre entre um homem e uma mulher, no mesmo leito, sem formalidades e sem qualquer interferência oficial. A variação está na semântica e no tratamento que o ordenamento jurídico dispensa ao fato, refletindo o grau de aceitação da sociedade. As Constituições do Arcebispado da Bahia, de 1707, por exemplo, em seu art. 979, dispunham: "O concubinato, ou amancebamento consiste em uma ilícita conversação do homem com a mulher continuada por tempo considerável."

A evolução do termo "concubinato" conheceu outras variações, ao longo do tempo, passando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a distinguir o concubinato do companheirismo, reservando para este termo a união do homem e da mulher desimpedidos de contrair casamento, que viviam sob o mesmo teto, por longo tempo, como uma verdadeira família.

Por falta de uma nomenclatura legal, a jurisprudência denominou de "sociedade de fato" essas uniões informais que, depois de muitos anos de convivência, eram rompidas, deixando a mulher em total desamparo, ainda que tivesse contribuído para evolução do patrimônio do casal.

Com a Constituição de 1988, essas situações de fato passaram a ser reconhecidas como família, com a denominação de "união estável".

A regulamentação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal veio com as Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996, que traçaram os parâmetros da união estável, dispondo sobre os direitos e deveres dos companheiros.

⁸ GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

Em reforço a essas leis, veio, depois, o Código Civil de 2002, tratando do tema em apenas cinco artigos (1.723 a 1.727), perdendo a oportunidade de aprimorar as leis existentes e absorver as sugestões inteligentes que foram feitas e os avanços das próprias leis extravagantes em vigor.

A realidade que temos hoje, no Brasil, como resultante dessa evolução, em que as construções jurisprudenciais foram decisivas, é, portanto, um instituto oficialmente reconhecido, com assento constitucional e previsão legal. A terminologia “concupinato”, por sua vez, ficou reservada às uniões entre o homem e a mulher impedidos de casar (art. 1.727, do Código Civil).

4.1 A parceria homoafetiva como união estável

Tanto a Constituição Federal como o Código Civil (art. 1.723) falam em união estável entre um homem e uma mulher. Por essa clareza de linguagem, firmou-se o entendimento que negava decisivamente a aceitação das uniões homoafetivas como união estável. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro em reconhecer a igualdade de características entre a união heterossexual e a homossexual, garantindo, assim, seu abrigo pelo Direito de Família.⁹

O julgamento, em conjunto, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, respondendo, assim, ao anseio de milhares de brasileiros e brasileiras que buscavam o amparo jurídico para as situações de fato já consolidadas.

A ADI 4.277/DF foi ajuizada pela vice-procuradora-geral da República, no exercício do cargo de procuradora-geral, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723, do Código Civil, o qual tem a seguinte redação: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

⁹ Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre essa matéria: “União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.” (TJRS - Apelação Cível nº 70001388982 - 7ª CC. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. J. em 14.03.2001).

A letra do citado artigo repete o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, que diz: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

O ministro Ayres Britto, relator da matéria, enfatizou em seu longo e magistral voto esta lição:

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou com a realidade do mundo do ser.¹⁰

Por fim, concluiu Ayres Britto:

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.¹¹

Os demais ministros acompanharam o relator, para dar uma interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, em atenção aos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da liberdade e da solidariedade.

O julgamento do Supremo põe m aos debates e às divergentes decisões da jurisprudência, elegendo o afeto como elemento decisivo na formação da família. Essa decisão, ao reconhecer a parceria homoafetiva como entidade familiar, assegurou o entendimento de que é possível admitir-se a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 477554/ MG, da relatoria do ministro Celso de Mello, reconhecendo a legitimidade constitucional da união estável homoafetiva como entidade familiar.

Inaugurou-se, a partir desses julgamentos, uma nova fase na evolução do conceito desse instituto de Direito de Família.

¹⁰ RTJ 219/236

¹¹ Ibid., p. 240

05. A família formada pelos pais e seus descendentes

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A ideia de entidade familiar não alcança somente a união estável entre duas pessoas maiores. O sentido da expressão é mais amplo e abarca toda a agregação de pessoas por imposição biopsicológica e por força da vocação social do homem. E hoje, com a opção do Estado moderno pelo social, a proteção da família alcança também essas formas de convivência que ultimamente têm crescido com a disseminação das famílias monoparentais.

Esse texto, diz Rodrigo da Cunha Pereira ao referir-se ao parágrafo em epígrafe, vem refletir uma realidade social, especialmente nos grandes centros urbanos, onde estão as pessoas solteiras ou descasadas, que vivem sozinhas com os filhos, sem a permanência do parceiro amoroso.¹²

Essa última modalidade de família, a monoparental, tem-se proliferado muito na pós-modernidade, pela sua leveza e pela brevidade dos projetos conjugais. É a expressão mais típica da evolução da autonomia individual. Surge da mulher solteira que deseja um filho sem a presença do pai, ou dos pais separados com os filhos do casamento desfeito.

O professor Eduardo de Oliveira Leite dedicou profundo estudo às famílias monoparentais, hoje uma realidade que desponta em todos os cantos. Destaca o autor, em seu trabalho, o crescimento da categoria de mães solteiras, que não trazem mais somente aquela ideia de abandonadas, mas protagonistas de uma “maternidade voluntária, querida e desejada”.¹³

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ao tratar da entidade familiar, trouxe uma abrangência muito reduzida, expressa em seu artigo 25. Para suprir essa omissão, a Lei 12.012, de 3 de agosto de 2009, acrescentou um parágrafo único ao referido artigo, contemplando o conceito de família extensa: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 62.

¹³ Id. Ibid., p. 60.

Não há dúvida, portanto, de que a entidade familiar, resultante da comunidade formada pelos pais e seus descendentes, é uma realidade hoje no Brasil, em proporções que tende a aumentar cada vez mais. Não podia o constituinte desconhecer essa evidência e negar-lhe o seu reconhecimento, com obrigações sociais para o Estado.

06. A família homoafetiva

A possibilidade de admitir-se como família uma união formada por parceiros homossexuais já vinha sendo defendida há muito tempo pela doutrina com manifestações deste teor:

O reconhecimento da união homoafetiva como família é apenas a consequência lógica de uma sociedade democrática, que tem por último a dignidade de cada pessoa, que deve ser respeitada em sua individualidade de forma integral e absoluta. Até porque nascemos para sermos felizes e há de chegar o dia em que a infelicidade será considerada apenas uma questão de prefixo, como diria Guimarães Rosa.¹⁴

O julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, pelo Supremo Tribunal Federal, marcou uma nova etapa do Direito de Família, com o reconhecimento jurídico da família homoafetiva. Ao superar a literalidade do art. 226, § 3º, da Constituição Federal (Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a família homoafetiva como legítima entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro.

A decisão da Corte Maior tomou por base o conceito de sociedade pluralista, inscrito no Preâmbulo da Constituição, e nos seus arts. 3º, IV e 5º, caput, além de invocar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia.

Pela importância histórica do referido julgamento, destacam-se a seguir excertos de alguns votos.

Do relator, ministro Ayres Britto:

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistigavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os

14 DIAS, Maria Berenice (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 274.

encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.¹⁵

Do ministro Gilmar Mendes:

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se de afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.¹⁶

Do ministro Celso de Mello:

Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º.IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar.¹⁷

O reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar põe fim às dúvidas e aos debates jurídicos sobre essa situação que se multiplicam cada vez mais, em todo o país. Só não é possível assegurar que essa decisão do STF faça o milagre de acabar com o preconceito que ainda contamina nossa sociedade. Somente ao longo do tempo, espera-se afastar a intolerância para alcançar-se um estágio cultural mais avançado que permita a convivência com as diferenças e o respeito pelo outro, numa dimensão ética mais abrangente.

15 RTJ 219/236-237.

16 RTJ 219/315.

17 RTJ 219/361.

07. Igualdade dos cônjuges

Art. 5º[...]

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A busca da igualdade dos cônjuges tem marcado saltos consideráveis ao longo da história da família, principalmente entre nós, em que a capacidade da mulher casada, até 1962, era considerada relativa por força do art. 6º do Código Civil de 1916, e a nossa cultura popular ainda considera normal a chefia exclusiva do lar pelo marido, principalmente no Nordeste.

A mais abrangente ação legislativa para a emancipação da mulher deu-se com a publicação, em 1962, do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 17 de agosto de 1962), quando, então, a mulher deixou de ser relativamente incapaz e passou a ser considerada com mais respeito no interior da sociedade conjugal. Assinalou o referido Estatuto decisiva conquista social da mulher, depois de muitas lutas e reivindicações

Em 1988, com a promulgação da atual Constituição, ficou consagrada, de forma definitiva, a igualdade dos cônjuges, invalidando dezenas e dezenas de artigos do Código Civil de 1916, então em vigor.

Ao dizer que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, § 5º), a Constituição refletiu os avanços da legislação alienígena e aderiu à evidência que a ética e a justiça apontavam há muito tempo.

Em uniformidade com a ordem constitucional, veio o Código Civil de 2002, que prescreve: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1.511).

Desse modo, tem-se, no Brasil, reconhecida pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. O parâmetro norteador do princípio da igualdade, diz Dimitre de Carvalho, é a chave elementar das análises sobre direito de família e direitos humanos.¹⁸

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) consagra a etapa mais radical dessa igualdade, ao punir o marido agressor que ainda se supõe chefe e que, em vez de cuidar da sua companheira, quer dominá-la pela violência.

18 CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Direito de família e direitos humanos. São Paulo: Edijur, 2012, p. 133.

A Constituição de 1988 tratou seriamente o problema da igualdade dos cônjuges, abrangendo, em seu texto, essa exigência indiscutível em tempo de consagração dos direitos fundamentais.

O inciso I do art. 5º, antes do § 5º do art. 226, reflete a disposição do constituinte de 1988 em pôr a uma discussão que já se tornava ultrapassada pelos fatos, em uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos.

A conquista da igualdade plena é uma reivindicação contemporânea, resultante dos avanços sociais, da globalização dos meios de comunicação, da interação de culturas e da efetivação dos direitos fundamentais. A mulher, essencialmente doméstica da Segunda Onda, deu lugar a um outro tipo de mulher, participante de uma família mais dinâmica, a família da Terceira Onda, na visão de Alvin Tofler. Nesta, não há lugar para a mulher submissa ao marido e escrava de filhos.¹⁹

08. Igualdade dos filhos

Art. 227

[...]

§ 6º Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Para aquilatar a força renovadora do preceito constitucional acima invocado, é conveniente ter uma visão geral do sistema anterior, ainda na vigência do Código Civil de 1916.

A filiação, naquele período, era concebida em rótulos preconceituosos que os filhos recebiam para todos os momentos de suas relações sociais. Tínhamos, então, as seguintes espécies de filhos: a) legítimos (oriundos do casamento); b) legitimados (reconhecidos por ocasião do casamento dos pais); c) ilegítimos (filhos havidos fora do casamento). Estes podiam ser: d) naturais (filhos de pais solteiros, sem impedimento para casarem); e e) espúrios (filhos de um casal impedido de contrair matrimônio). Os espúrios, por sua vez, subdividiam-se em duas espécies: f) incestuosos (filhos de parentes consanguíneos, impedidos de casarem, como os irmãos) e g) adulterinos (resultantes de uma relação adúltera).

Por m, havia o filho adotivo, que não se despregava dessa qualificação e não tinha a mesma receptividade social e legal que tem hoje, tanto que o art. 1.605, § 1º, do velho Código afirmava: "Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368),

19 TOFLER, Alvin. A terceira onda. 15. ed. São Paulo: Record, 1980, p. 212. A mulher da Segunda Onda, de acordo com o autor, era a dona de casa, arrodada de filhos, enquanto o marido se encarregava do sustento da família, uma típica família nuclear.

tocará somente a metade da herança cabível a cada um deles”

Esse cipoal discriminatório e pejorativo vigorou até a vigência da Constituição de 1988.

Nesse ponto, a Constituição veio assegurar definitivamente um anseio de longos anos, pondo m às injustiças que se praticavam contra todos os filhos que não nasciam do casamento de seus pais. A partir de então, os filhos, quaisquer que fossem suas origens, tiveram reconhecido o direito de serem tratados com igualdade, “proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Tornou-se, assim, a Constituição o verdadeiro estatuto da filiação.

Filho, hoje, não tem mais adjetivo: efetivamente, é filho. E pronto. Não era mais admissível ter uma situação de tanta importância social regida por uma lei do começo do século passado, em que exurgiam o patriarcado e o patrimonialismo, e a paternidade não tinha responsabilidade porque a noção de família era concentrada exclusivamente no casamento civil e no patrimônio.

Essa igualdade dos filhos teve repercussão, sobretudo, no direito sucessório, assegurando-se aos filhos havidos fora do matrimônio o direito aos seus quinhões hereditários, disputando em pé de igualdade com os privilegiados “filhos legítimos,” até então os únicos reconhecidos como herdeiros. O filho “natural” assistia impotente à divisão de bens do seu pai, entre seus irmãos, sem poder reclamar nada, pois a sua condição de marginalizado era placitada pela própria comunidade.

Ao se falar de filiação, de igualdade de filhos, não se pode deixar de falar em afetividade, hoje considerado o novo nome da paternidade.

A autenticidade das relações familiares ressaltou, na família moderna, a importância do afeto como liame da estrutura familiar e a certeza de que, no seio dessa família, cada um exerce sua função, reconhecida e respeitada por todos os membros.

Sobre esse tema, Paulo Luiz Netto Lôbo aponta os fundamentos constitucionais do princípio da afetividade, pelos seguintes pontos:

1. todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
2. a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
3. a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º);

4. o direito à convivência familiar, e não à origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput).²⁰

(REspe. Nº 54101-03/PI, rel. Min. Arnaldo Versiani. Julgado em 15.2.2011. In: Informativo TSE nº 7/2011, p.5).²¹

8.1 O divórcio e a ec nº 66/2010

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]§

6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

O divórcio foi implantado, no Brasil, pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição de 1967. Até essa data, por conta da indissolubilidade do casamento, o único meio de que dispunham os casais para legalizarem as separações era o desquite, que não tinha força legal para dissolver o vínculo conjugal.

A disciplina ordinária do divórcio veio com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, e as alterações posteriores, trazidas pelas Leis nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992, e nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Esta última lei trouxe a novidade de permitir a realização do divórcio por via administrativa, pelo comparecimento direto das partes à serventia extrajudicial competente, sem necessidade de intervenção judicial.

A aprovação do divórcio enfrentou um processo longo de debates, críticas e movimentos organizados, principalmente liderados pela Igreja e intelectuais católicos. Nessa luta, destaca-se a figura do senador Nelson Carneiro como o grande defensor da implantação do divórcio no Brasil.

Previa-se, então, o caos da família brasileira, a disseminação da falta de respeito entre os casais e a proliferação de casamentos fáceis que já nasceriam com o estigma da separação, pois lhes faltaria o vínculo da indissolubilidade. Intelectuais, como Gustavo Corção, chegaram ao ponto de verberar: "O divórcio é uma idéia típica do contexto cultural do individualismo que

20 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado : direito de família. São Paulo: Atlas, 2003, p. 43. v.16

21 NOTA: Esse tema já havia sido objeto de palestra do autor, por ocasião do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Belo Horizonte (outubro/2005). O inteiro teor da palestra está publicada nos anais do referido congresso.

culminou no século passado. O mundo de hoje procura desvencilhar-se dos escombros da sociedade liberal. Procura valores mais autenticamente humanos".²²

Mesmo após a promulgação da Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, que aboliu o limite de concessão do divórcio, não se verificou uma corrida desenfreada ao uso desse remédio jurídico.

Depois de muito tempo de vigência, a prática do divórcio não importou em descontrole nem anarquia. Serviu para autenticar os casamentos para além do mero formalismo que ostentavam, pois, com o término do amor, o casal deixou de ser obrigado a conviver só para satisfazer a sociedade. Sem a indissolubilidade, os casamentos passaram a durar enquanto durar o afeto recíproco. Parodiando o poeta Vinicius de Moraes, o casamento, hoje, é eterno enquanto durar o afeto.

Recente estatística divulgada pelo IBGE revela que os pedidos de divórcio aumentaram 200% entre 1984 e 2007, com a dissolução de um para quatro casamentos realizados. Segundo dados da internet, de 1993 a 2003, o divórcio aumentou de 17,8% para 44%.²³

A princípio, esses dados poderiam apontar para um caos, mas, vendo esses números de outra perspectiva, temos um saldo positivo, como fez Lídia Rosenberg Aratangy, ao assinalar:

As estatísticas não mentem: o número de divórcio tem aumentado de ano para ano. Isso significa que o casamento é uma instituição falsa? Não necessariamente. Se as estatísticas de fato não mentem, elas revelam muito pouco do fenômeno que pretendem retratar. Elas não contam, por exemplo, que grande parte dos divórcios acontece porque as pessoas querem fazer – e oficializar – novas parcerias, ou seja: o que leva ao divórcio é a esperança de fazer uma história de amor dar certo, mais do que a desilusão por um amor fracassado.²⁴

O atual Código Civil trata do divórcio nos arts. 1.579 a 1.582. Desses artigos, apenas os arts. 1.579 e 1.582 estão inteiramente em vigor. Os outros foram tacitamente revogados, no todo ou em parte, pela EC nº 66, de 13 de julho de 2010.

22 CORÇÃO, Gustavo. Claro escuro. Rio de Janeiro: Agir, 1963, p. 22.

23 Disponível: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1278&%20id_pagina=1> Acesso em 5.1.2012. Notícia divulgada pelo jornal O Globo, edição de 28 de maio de 2012, traz as seguintes informações pertinentes ao tema: Crescem o divórcio e o casamento informal. A proporção de pessoas divorciadas quase dobrou em uma década: saltou de 1,7% em 2000 para 3,1% em 2010. São mais de cinco milhões de brasileiros divorciados. O número de brasileiros casados no civil e no religioso diminuiu na década analisada: de 49,4% para 42,9%. O mesmo aconteceu com a proporção de pessoas casadas somente no civil ou somente no religioso (com queda de um ponto percentual). No ritmo contrário, as uniões consensuais apresentaram aumento de 27,2% no período. No mesmo período, aumentou o percentual de viúvos (de 4,6% para 5%) e de solteiros (de 54,8% para 55,3%). Já o número de casados diminuiu de 37% para 34,8%). Houve também uma leve queda na proporção de pessoas desquitadas ou separadas judicialmente.

24 ARATANGY, Lídia Rosenberg. O anel que tu me deste: o casamento no divã. São Paulo: Artemeio, 2007. p. 17.

A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, foi o resultado de um clamor que há muito se fazia para abolir as condições impostas para a concessão do divórcio. A promulgação da referida Emenda foi uma vitória do Instituto Brasileiro de Direito de Família – Ibdfam, incentivador da Proposta de Emenda Constitucional, por meio do deputado federal Sérgio Barradas. Com a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, para a concessão do divórcio, não há mais necessidade de exigência do tempo do casamento nem de prévia separação. A qualquer momento pode o casal divorciar-se, inclusive na lua de mel.

O tempo de separação de fato também deixou de ser contado para efeito de rompimento do vínculo conjugal. Sobre esse aspecto, diz Rodrigo da Cunha Pereira:

A extinção do prazo para se requerer o divórcio foi precedida de muita discussão e controvérsia. Venceu o argumento de que se o Estado não interfere quando as pessoas vão se casar, não pode colocar restrições e dificuldades para quem quer descasar.²⁵

Ainda nessa sequência renovadora da EC nº 66/2010, a separação judicial deixou de ser um pressuposto para a concessão do divórcio. Nesse particular, restou forte polêmica entre os familiaristas quanto à extinção ou não desse instituto no direito brasileiro.

Os notáveis estudiosos do Direito de Família entendem que a simples promulgação da Emenda divorcista foi suficiente para extinguir do nosso ordenamento jurídico a separação, sem necessidade de qualquer lei ordinária, considerando-a uma velharia que só obstaculava o divórcio direto e alimentava o litígio entre os cônjuges.

Deixada a polêmica de lado, não há mais condições para outorgar-se o divórcio ao cônjuge requerente. Basta a comprovação do casamento e o desejo de pôr fim à sociedade conjugal. O divórcio é direto e rápido. Não há mais, no nosso ordenamento jurídico, a figura do divórcio indireto, que consistia na conversão da separação judicial em divórcio. A sociedade conjugal e o vínculo matrimonial terminam com o divórcio, simultaneamente. Desse modo, o Brasil tornou-se um dos países em que o divórcio é o mais imediato possível.

A rapidez da sociedade pós-moderna e a liquidez do amor não permitem mais a existência de óbices para impedir a felicidade de alguém, principalmente no ninho da família. Ficou superada, definitivamente, a preocupação com a atribuição de culpa a um dos cônjuges. A obtenção do divórcio não depende mais do consentimento do outro cônjuge; é reconhecidamente um direito potestativo do cônjuge que deseja divorciar-se, sem necessidade de contar com o anuência do outro. Como bem disse Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “o que se busca, em verdade, é

25 PEREIRA.Op. cit., p. 39.

a dissolução menos gravosa e burocrática do mau casamento, para que os integrantes da relação possam, de fato, ser felizes ao lado de outras pessoas".²⁶

O divórcio direto, única modalidade hoje existente, pode ser requerido de forma litigiosa ou consensual, em juízo ou por via administrativa. O divórcio litigioso é proposto unilateralmente por um dos cônjuges; o consensual é requerido por ambos os cônjuges, tanto judicial como administrativamente. Ambas as modalidades não estão mais sujeitas ao requisito de qualquer prazo a contar seja do casamento, seja de separação de fato. Do mesmo modo, o divórcio extrajudicial (sempre consensual), previsto pela Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, não necessita mais de observar o requisito temporal antes exigido.

Assim, com a EC nº 66/2010, passamos a ter um divórcio asséptico, limpo, sem necessidade de delongas que incursionem pela culpa ou pela preocupação com o tempo. O que conta é a decisão do casal. Se o afeto acabou, o desejo e a suportabilidade esgotaram-se, nada há mais a conservar. Antes, o casamento durava até a morte e era regido pela fórmula sagrada "até que a morte nos separe". Hoje, o fim do casamento não espera mais a morte de um dos cônjuges. Basta a morte do amor.

Ao falarem da tipologia contemporânea do divórcio no Brasil, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho concluem:

Com efeito, superada a dicotomia dissolução da sociedade conjugal / dissolução do vínculo conjugal, somente remanesce o divórcio.

Esse divórcio poderá ser judicial (litigioso ou consensual) ou extrajudicial (administrativo).

Não remanescem, no ordenamento jurídico, as expressões "divórcio direto" e "divórcio indireto", uma vez que todo divórcio passou a ser direito, com a extinção da separação (judicial ou extrajudicial).²⁷

Deixar de perscrutar a culpa no ato do divórcio terá o efeito pedagógico de criar uma nova mentalidade para enfrentar essa crise e preparar-se para um novo casamento, de acordo com a liquidez dos tempos modernos, lembrada por Zygmunt Bauman, em que "prosseguir tentando e fracassar nas tentativas é humano, demasiadamente humano".²⁸

26 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 540, v. 6.

27 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-64.

28 BAUMAN, Zigmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 35.

Para Luc Ferry, apesar do elevado número de divórcios, a família, hoje, é mais estável do que nunca. Pode-se até dizer – diz o autor citado –, com base em comparações históricas, que o laço familiar, até pela elevada taxa de mortalidade da Idade Média, é mais forte, mais rico, mais profundo e mais intenso hoje no Ocidente, e particularmente na Europa, do que foi em toda a história do casamento!²⁹

09. Conclusão

O foco constitucional da família brasileira, aqui apresentado, significou um avanço no tratamento da instituição familiar e o fortalecimento do Direito de Família. A Constituição de 1988 aboliu todos os entraves legislativos que impediam o reconhecimento das novas relações familiares.

A pluralidade de famílias é um fato notório em nossa sociedade, que não tolera mais atitudes preconceituosas que ofendam a dignidade de cada cidadão e sua ansiedade em busca da felicidade. A ética tem na alteridade, no reconhecimento do outro, como seu fator básico de efetividade.

A igualdade dos cônjuges, reconhecida de forma explícita pelo texto constitucional, desencadeou uma série de conseqüências positivas no seio das famílias, colocando a mulher de hoje no lugar que sempre desejou, pelo reconhecimento do seu valor como esposa e mãe.

Os filhos são filhos iguais em direitos e obrigações, sem a nódoa discriminatória que os separava, placitando injustiças e situações vexatórias. Qualquer que seja a sua origem, não se admite mais adjetivos pejorativos contra o reconhecimento da condição de filho e sua função no seio da família e da sociedade.

Sob a inspiração dos princípios albergados na Constituição Federal, a jurisprudência destacou-se como propulsora de novas conquistas e ousou levar a interpretação conforme ao ponto de reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva.

Os julgamentos da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ marcaram um momento elevado na história da jurisprudência brasileira.

Outros pontos importantes exurgem do nosso texto constitucional referentes ao Direito de Família: o planejamento familiar; a paternidade responsável; e a proteção às crianças, aos adolescentes e aos idosos.

²⁹ FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 78.

Essa abrangência que a constitucionalização do Direito de Família atingiu merece nossos aplausos e a confiança de que o Direito pode e deve servir à sociedade, resguardando seus interesses e ouvindo seus clamores.

10. Referências

ARATANGY, Lídia Rosenberg. O anel que tu me deste: o casamento no divã. São Paulo: Artemeio, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Direito de família e direitos humanos. São Paulo: Edijur, 2012.

CORÇÃO, Gustavo. Claro escuro. Rio de Janeiro: Agir, 1963.

FERRY, Luc. Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

FERRER, Francisco A.M. Nueva concepción del matrimonio civil. In: FERRER, Francisco A.M. et. al. Nuevo Régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.) Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: RT, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010.

HITE, Shere. Relatório Hite sobre a família. São Paulo: Bertrand Brasil, 1987, p. 388.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado : direito de família. São Paulo: Atlas, 2003. v.16.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 845.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: Veja: 25 anos. Reflexões para o futuro. São Paulo: Editora Abril, 1993.

TOFLER, Alvin. A terceira onda. 15. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

11. Obras consultadas

A CONSTITUIÇÃO NO ATUAL ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS FEDERAIS. Brasília: Tribunal Regional Federal da Primeira Região, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. v.2.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza (Coord.). Comentários ao Código Civil brasileiro.: do direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 14.

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

BOFF, Leonardo. Saber cuidar: ética do humano: compaixão pela terra. Petrópolis (RJ): Vozes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência. v. 82. Dezembro de 1977.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. A Constituição no atual entendimento dos Tribunais Federais. Brasília: Tribunal Regional Federal da Primeira Região, 2009.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 2. ed. São Paulo: ERT, 1994.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da personalidade. 2. ed., Coimbra, 1992.

CARMEN, Maria del; MONTERO, Garcimartín. El sistema matrimonial de Estados Unidos. Navarra: omson & Aranzadi, 2006.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. São Paulo: Edições Loyola, 1987.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar. Curitiba: Juruá, 1999.

CRETILLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CURY, Munir (Coord). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

DELGADO, Lucrecio Rebollo. El derecho fundamental a la intimidad. Madri: Dykonson, 2000.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____ (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Política jurídica e pós-modernidade. Florianópolis: Conceito, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro interpretada. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESCÁMEZ, Ana Quiñones. Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. Tomo I África del Norte y América Latina. Espanha: Atelier, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. Código Civil comentado: direito de família, casamento: arts. 1.511 a 1.590, São Paulo: Atlas, 2003. v. 15.

FAMÍLIA E DIGNIDADE HUMANA. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Thomson, 2006.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Razão jurídica e dignidade humana. São Paulo: Max Limonad, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2008.

GAUDIUM ET SPES. Encíclicas e Documentos Sociais. São Paulo: Ltr, 1991.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito civil brasileiro. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

GOZZO, Débora. Da conversão da união estável em casamento no projeto de Lei nº 2.689/96. In: Caderno de doutrina. Set./ out./97. Tribuna da Magistratura. São Paulo, 1997.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998.

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. São Paulo: Centro de Estudo da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Brasília (DF), vol. 8, número 2, abr/jun., 1997

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Brasília (DF), vol. 8, número 2, abr/jun., 1997

_____. Tratado de direito de família. v. I. Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: ERT, 1997.

_____. Princípio da solidariedade. Conferência magna da abertura do VI Congresso do IBDFAM.

_____. Código civil comentado: direito de família. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito constitucional internacional: uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.. v. 2.

NUNES, Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. Pers do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro. Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. In: Veja: 25 anos. Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

-
- Princípios fundamentais de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. Divórcio: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.1, de 1969. 2. ed. São Paulo: ERT, 1972. v. 6.
- PROST, Antoine et al. História da vida privada. São Paulo: Cia das Letras, 1992. v. 5.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A velhice na Constituição. In: Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: RT, n. 30.
- RIZZATO, Nunes. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. Porto Alegre: Síntese. v. 2, jul.ago.set.1999, v. 18, jun./jul. 2003.
- ROSA, Alexandre Morais da. Comentários aos artigos 227 a 230 da Constituição Federal. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge e AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentários à constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SEREJO, Lourival. Contribuições ao estudo do direito. São Luís: EDUFMA & ESMAM, 1998.
- _____. A fixação do quantum alimentar. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese- IBDFAM, v. 8, jan.fev.mar/2001.
- _____. A família nas constituições dos países de língua portuguesa. In: Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. v. 3, dez./2009.
- _____. A família partida ao meio. São Luís: Esmam, 2007.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Acerca da Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [http://www. Gontijo- família.adv.br/2008/artigos_pdf](http://www.Gontijo-família.adv.br/2008/artigos_pdf).
- SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Vs. 82, 144, 219 e 223.
- TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.
- VILLAÇA, Álvaro. União estável: antiga forma de casamento de fato. IOB nº 17/94, p. 334.
- VILLA, Marco Antonio. A história das constituições brasileiras. São Paulo: Leya. 2011.
- VILADRICH, Pedro-Juan. La agonía del matrimonio legale. 3. ed. Pamplona: EUNSA, 1997.



ABANDONO AFETIVO vs ALIENAÇÃO PARENTAL

Institutos que não são sinônimos.

MÁRCIA CAVALCANTE DE AGUIAR

É natural de São Luís, MA. Advogada. Professora na Faculdade Pitágoras; pós-graduada *latu sensu* em Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito em Sucessão e Família, através da rede de ensino Luís Flávio Gomes (Rede LFG – UNIDERP), Trabalho e Processo de Trabalho e Penal e Processo Penal através da Rede de ensino Damásio de Jesus (EAD). Mestranda em Direito pela Universidade Portucalense (UPT).

Este artigo apresenta uma discussão acerca de dois institutos: de um lado o abandono afetivo, de outro, a alienação parental, que por vezes são confundidos por se tratar de filhos que sofrem com o abandono ou com a alienação. Contudo, um difere do outro, apesar de, nos dois casos, ocasionarem danos à vítima, ou seja, aos “filhos”. Alguns juristas ainda confundem os dois institutos, dessa forma o artigo traz uma rápida interpretação, na tentativa de diferenciá-los.

São crescentes as contendas acerca do abandono afetivo e da alienação parental nas relações afetivas, os transtornos psicológicos derivados da falta de base, no seio familiar são capazes de provocar sequelas intransponíveis. Isto porque procuramos sempre estar mais próximo das pessoas que se assemelham a nós, no âmbito dos valores fundamentais, para uma vida mais saudável ao desenvolvimento do ser humano, de maneira especial, no que diz respeito à formação cidadã.

É necessário que se avalie a origem da arguição de indenização em favor dos indivíduos, que decidiram intentar reconhecimento judicial, do dever de reparar os danos causados em consequência da ausência de relação de fraternidade, de cooperação, de respeito recíproco, de acolhimento ao outro, no seio da entidade familiar.

Uma ênfase importante a ser considerada também, é a necessidade de que existe da condenação paterna ou materna, de pagar indenização pelo dano psicológico causado, por sua omissão na formação e no desenvolvimento do filho. Que esse omissor assuma o cunho pedagógico, na medida em que deve ser capaz de desfazer comportamentos dessa natureza, assim dificilmente um genitor, que teve de reparar o abandono de um filho, reincidirá no dano em relação a outros, como também será a maior preocupação dos pais, quanto ao seu papel de orientador e formador dos seus descendentes.

Conseqüentemente, sendo o abandono afetivo um instrumento de interesse nas relações familiares, também possuindo a atribuição de aferir maior responsabilidade a estes grupos, isso procede à importância do estudo sobre o tema.

Já o instituto da Alienação Parental é uma forma de maltrato ou abuso, é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição.

Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um dos seus genitores, sem justificativa, de modo que a própria criança ingresse numa trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.

Podemos dizer que o alienador "educa" os filhos no ódio contra o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir que eles, de modo próprio, levem adiante esta situação.

Feitas estas considerações, baseando-se na apreciação da Constituição Federal de 1988, de determinados doutrinadores como também de algumas jurisprudências que são mencionadas, não se pretende esgotar o tema, mas colaborar com pressupostos, que venham garantir elementos para a resolução do problema proposto; buscando, nos mais renomados doutrinadores e estudiosos do direito, uma forma eficaz de garantir que o filho não sirva somente como peça, na relação conjugal ou extraconjugal, mas que sejam especialmente respeitados seus direitos, pois se trata da qualidade mais importante de um ser humano em formação, que é a sua dignidade.

01. A ORIGEM DA FAMÍLIA

A origem familiar, até mesmo na sua forma mais primitiva, constituiu a linhagem da sociedade, uma entidade que precedeu a qualquer norma jurídica, no que se refere ao próprio Direito, este objetivou reger as inúmeras relações entre os indivíduos, decorrentes de determinado momento social como: histórico, moral, cultural, e econômico.

Acentua Fachin (2006), em um de seus elementos críticos:

A família como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico. Mais que fotos nas paredes, quadros de sentido, possibilidades de convivência. Na cultura, na história, prévia a códigos e posteriores a emoldurações. No universo jurídico, trata-se mais de um modelo de família e de seus direitos. Vê-la tão só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um "iceberg". Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno (FACHIN, 2006. p. 14).

O primeiro contato de etnia ao qual qualquer pessoa pertença, formalmente, é chamada de família. A palavra "família" significa, tradicionalmente, todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreendendo os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.

Josserand argumenta que (1952, p. 122), este primeiro sentido é, em princípio, "o único verdadeiramente jurídico, em que a família deve ser entendida: tem o valor de um grupo étnico, intermédio entre o indivíduo e o Estado".

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XVI, dispõe que "a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado". Pois é nessa premissa básica do que venha ser família que se compõe o núcleo central das espécies familiares, logo é possível completar que cabe ao Estado promover a sua proteção, no sentido de tornar efetivas as condições que permitem a realização pessoal de todos os seus membros.

02. ESPÉCIES DA FAMÍLIA BRASILEIRA

O entendimento sobre o que significa a "Família" deve ser cuidadosamente analisado, pois o significado de família hodiernamente é amplo e alicerçado não mais, só pelo casamento perante a igreja, e sim, pelo desenvolvimento social do homem/população.

Este entendimento deve ser analisado através e com base ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da equidade entre os filhos que vieram, seja pela cópula ou

pela adoção, ou inseminação, sempre fundamentado em uma relação de amor, consideração e respeito.

São classificadas da seguinte forma:

Família Matrimonial – Casamento: Essa espécie surgiu no Concílio de Trento em 1563, através da Contrarreforma da Igreja. Ainda em 1988, era o único vínculo familiar reconhecido no Brasil. Decorre do casamento como um ato formal litúrgico.

Concubinato: Chama-se concubinato as relações não eventuais existentes entre homem e mulher impedidos de casar, esta denominação é bem clara no artigo 1.727 do CC: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

União Estável: essa espécie é a relação entre homem e mulher que não sejam impedidos para a realização do casamento.

Para Venosa (2008, p. 36), “anota a importância da convivência entre homem e mulher, de forma não passageira nem fugaz, em convívio como se fossem marido e esposa. Tais características a diferem da união de fato”. Visto a possibilidade de habitação, companheirismo e coexistência notória.

Família Paralela: Essa espécie é a família paralela é aquela que ofende a monogamia, realizada por aquele que possui vínculo matrimonial ou de união estável. Nesta espécie um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família.

Família Monoparental: Essa espécie é a relação agasalhada pelo vínculo de parentesco de ascendência e descendência. Ou seja, é a família constituída por um dos pais e seus descendentes.

Família Ana parental: Essa espécie é a relação que possui vínculo de parentesco, mas não possuindo vínculo de ascendência e descendência. É o exemplo de dois irmãos que moram juntos.

Explica a Mestre Maria Berenice Dias (2007, p. 49):

A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família Ana parental. Como exemplo de família Ana parental, podemos destacar: a) dois irmãos que residam juntos; b) João e Maria, irmãos, residindo com seu primo Francisco; c) tio Donald e seus sobrinhos Huguinho, Zezinho e Luizinho, como é o clássico exemplo da Disney.

Família Pluriparental: Essa espécie é a entidade familiar que surge com os desfazimentos de anteriores vínculos familiares e criações de novos vínculos.

Família ou União Homoafetiva: Essa espécie é aquela decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, as quais se unem para a constituição de um vínculo familiar.

Família Unipessoal: Essa é a espécie composta por apenas uma pessoa.

Em um trecho do seu voto o Ministro Ricardo Lewandowski, destaca que a Lex Maior, conduziu em um sentido coloquial e aberto:

(...) E assim e que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidencia de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se a margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma especifica a assegurá-los. (STF, ADPF 132/ADI 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, trecho do voto Ministro Ricardo Lewandowski. DJ. 05/05/2011).

As famílias se instituem entre pessoas com relação de parentesco entre si, ou não, procedem da união constituída em face da vida em comum, com o surgimento da afetividade que os levam a uma finalidade, que é a convivência familiar.

03. DO ABANDONO AFETIVO

É um sentimento doloroso na vida de um ser humano, é a perda de tudo e de si próprio. O afeto é a proteção dada à criança para o seu pleno desenvolvimento como ser humano. Significa o apoio psicológico e moral, basilar para direcionar a sua vida, e é baseado neles, que determinadas pessoas falam que a família é o alicerce do indivíduo, para uma formação digna, para com a sociedade e a si próprio.

O art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, é alto aplicativo quando, arrola como um dos objetivos fundamentais à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Então, a

solidariedade deve existir nas relações pessoais, logo, abrange as relações familiares. Trata-se da consideração de respeito uns entre os outros. E não se trata apenas de respeito ou de questão patrimonial, mas principalmente da relação afetiva e psicológica.

Já o artigo 227 da Lei Magna, diz que:

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.

É notório que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir, com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação. Pois, aos pais (família) é que compete em primeiro lugar a proteção.

É nessa sequência que a Constituição Federal aborda e com ela, se iniciam os deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, obstando o Estado da responsabilidade de prover toda a sucessão de direitos, que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.

No que tange às punições o direito busca suprir aqueles pais que abandonam o filho materialmente, para isso existem as exigências e as medida repressivas (sanções). Esse tipo de abandono já é assegurado por lei. Porém, não é o pior, pois a falta da proteção financeira pode ser provida por outra pessoa que esteja disposta a ajudar. Todavia, o insubstituível mesmo, é a falta da presença do pai ou da mãe, a carência dos lugares paterno e materna, essa sim é uma forma de abandono gravíssimo, pois jamais poderá ser preenchida por ninguém, a não ser pelos próprios pais, causadores do abandono.

O direito da personalidade trata-se da responsabilidade que a família tem em conectar a criança o sentimento de responsabilidade social, de forma que ela possa adotar sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente acatada. O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo, um dano causado à personalidade do indivíduo.

Hironaka, (2007, p.33), afirma que:

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.

É visível a dificuldade de se comprovar a falta de afeto, tendo em vista que é um dano subjetivo. Mas, qual o dano moral que não é subjetivo? O autor de qualquer ação indenizatória por danos morais não tem que provar o dano, porque é impossível se provar o sofrimento, o que se prova é a ofensa capaz de gerar o dano. No caso concreto o juiz deverá avaliar com prudência, pois se no caso for o filho que se recusa a receber o afeto, não há que se falar em dano.

Para que se configure o abandono afetivo, é necessário que o desenvolvimento da pessoa, esteja relacionado à convivência, a qual é muito mais autêntica e imprevisível do que podemos idealizar. É com base nesses critérios, onde o juiz avalia o dano, onde aparte desse momento passa-se a verificação do posicionamento dos juristas brasileiros, que analisam a matéria em conformidade ao caso concreto.

04.DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome da Alienação Parental é tema complexo e polêmico e foi delineado em 1985, pelo médico e Professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, Richard Gardner, para descrever a situação em que, separados, ou em processo de separação ou em casos menores, por desavenças temporárias, e disputando a guarda da criança, a mãe a manipula e a condiciona para vir a romper os laços afetivos com o outro genitor, criando sentimentos de ansiedade e temor em relação ao ex-companheiro.

Os casos mais frequentes estão associados a situações onde a ruptura da vida em comum cria, em um dos genitores, em esmagadora regra na mãe uma grande tendência vingativa, engajando-se em uma cruzada difamatória para desmoralizar e desacreditar o ex-cônjuge, fazendo nascer no filho a raiva para com o outro, muitas vezes transferindo o ódio ou frustração que ela própria nutre, neste malicioso esquema em que a criança é utilizada como instrumento mediato de agressividade e negociata.

Não obstante o objetivo da Alienação Parental seja sempre o de afastar e excluir o pai do convívio com o filho, as causas são diversas, indo da possessividade até a inveja, passando pelo ciúme e a vingança em relação ao ex-companheiro e mesmo incentivo de familiares, sendo o filho, uma espécie de moeda de troca e chantagem.

Mesmo depois de mais de um ano de aprovação da Lei nº 11.698/08 (Guarda Compartilhada), ainda existem pais ou mães adversos à aplicação da Guarda Compartilhada aos seus casos concretos, e lançam mão da Alienação Parental para manipular emocionalmente seus filhos, para que passem a odiar o outro "pai ou mãe", com argumentos inverídicos, mas de maneira grave e convincente, para mobilizar as autoridades, para impedir as visitas, e até mesmo,

interromper o poder familiar, com acusações de agressões físicas ou molestação sexual, procedentes ou não.

Além de ser um obstáculo à aplicação da Guarda Compartilhada, será uma manobra execrável para afastar o outro pai/mãe da convivência, com o objetivo de destruição definitiva dos vínculos parentais, causando graves prejuízos psíquicos aos filhos e a desmoralização do pai ou mãe acusados e excluídos.

Àquele que busca afastar a presença do outro da esfera de relacionamento com os filhos outorga-se o nome de genitor alienante, sendo que estatisticamente este papel em quase 100% dos casos cabe às mães, e o do genitor alienado, aos pais, pois as mães se colocam como salvadoras e senhoras da razão e elas detêm poder e controle do certo e errado do que é bom ou ruim, sem chance de defesa ao pai, vitimado como o culpado, o agressor, o monstro da relação prevalecendo sempre a verdade criada pelas mães.

Prejuízos psicológicos às crianças a vinculação simbiótica entre elas e os alienadores transformam-na em um estado semelhante ao de uma criança psicótica: o alienador fala, faz e decide tudo por ela; não tem autonomia, independência; assume o discurso do alienador, um fenômeno do "pensador independente" e sua consciência de tudo o que aconteceu, se surgir, será ausente ou tardia.

Em entrevista ao TJ/MS, o Juiz titular da 1ª Vara de Família de Campo Grande, David de Oliveira Gomes Filho, diz que: em geral, de cada 10 processos de separação envolvendo guarda dos filhos em três deles é possível perceber a prática deste comportamento que agora tem previsão legal para punição. Afirma ele também:

Estas crianças herdam os sentimentos negativos que a mãe separada ou o pai separado sofrem. É como se elas, as crianças, também tivessem sido traídas, abandonadas, pelo pai (ou mãe). Com isto, um ser inicialmente mais puro (criança) passa a refletir os sentimentos negativos herdados. Tendem, em um primeiro momento, a se reprimir, a se esconder, perdem o foco na escola, depois se revoltam, criam problemas na escola ou no círculo de amizades. Com o tempo, passam a acreditar que o pai (ou mãe) afastado é realmente o vilão que o guardião pintou. Sentem-se diferentes dos amigos, um ser excluído do mundo, rejeitado pelo próprio pai (ou mãe). Alguns repetem as frustrações amorosas dos pais na sua vida pessoal. Outros não suportam os sentimentos ruins e partem para o álcool ou coisa pior. A formação daquela criança passa a contemplar um vazio, uma frustração que não a ajudará no futuro. Outros, finalmente, ao crescerem e reencontrarem o pai (ou mãe) afastado, percebem que foram vítimas da alienação e se voltam contra o alienador, que passa a ocupar a figura de vilão da história e o feitiço se vira contra o feiticeiro.

Segundo o doutrinador José Francisco Cunha Ferraz Filho: "A dignidade da pessoa humana é o valor - fonte de todos os direitos fundamentais". Tal princípio reconhece a pessoa como sujeito de direito e também como ser individual e social. Complementando o também doutrinador constitucional, André Ramos Tavares aponta que: "é possível visualizar inúmeras situações, nas quais a dignidade da pessoa humana resta violada, como é o caso da qualidade de vida desumana e a prática de medidas como a coação moral".

Nesse sentido, o princípio da DPH tornou um norte quando o assunto é ABANDONO AFETIVO.

Não existe um motivo específico que impulse o Abandono Afetivo, pode inclusive ser multifatorial, é aí que a distinção perante a ALIENAÇÃO PARENTAL ocorre.

Muitos veem uma relação, muitas vezes da mãe intervir no convívio do pai com o filho, e afirmam que essa situação geraria o Abandono Afetivo, o que não ocorre.

O Abandono Afetivo por ser independente e multifatorial não pode ser dado como resultado de uma "ação de terceiros", no caso, a mãe, avós, tios, enfim, quem tenha a criança ou adolescente sob a sua vigilância, autoridade ou guarda, como é o caso da Alienação Parental, a qual é caracterizada pela interferência direta de um desses agentes sobre a criança ou adolescente causando dano ao mesmo quando rejeita o outro.

Faz-se importante diagnosticar de forma específica, ambos os institutos, pois possuem pontos de ação diferenciados.

Define Cristiano Sobral a Síndrome da Alienação Parental (SAP): São manobras para promover a destruição de um dos pais. Uma postura que põe em risco a saúde emocional do filho.

Concluindo, o Abandono Afetivo é instaurado exclusivamente por quem abandona, não tendo como estopim uma ação contra terceiros. A Alienação Parental é causada por um terceiro que interfere diretamente sobre a criança, instaurando na criança, ou adolescente, um repúdio sobre o outro genitor, ou quem detém o VAG (vigilância, autoridade ou guarda).

Então, conclui-se que muitos outros fatores diferenciam esses dois institutos, ampliando a fundamentação específica das ações. É óbvio que também há semelhanças, como um dos princípios atingidos, em destaque a Dignidade da Pessoa Humana e nos dois casos, quem sai perdendo é sempre o filho.

É comum haver conflito entre Abandono Afetivo e Alienação Parental, os quais, muitas vezes, são tratados como sinônimos, ou então, como reflexos um do outro. Na realidade trata-se de institutos completamente distintos e independentes.

05. REFERÊNCIAS

06. BRASIL. Constituição Federal. Vade mecum Saraiva. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei 11.698 de 2008. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2008.

BRASIL, Alienação Parental, lei 12.318/2010, Brasília, DF, Senado Federal, 2010.

BRASIL. Código Civil. Vade mecum Saraiva. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/ADI 4277, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, trecho do voto Ministro Ricardo Lewandowski. DJ. 05/05/2011).

DHNET. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 20/01/2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed. 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. 2006, p. 14.

FERRAZ FILHO, Jose Francisco Cunha; MACHADO. Antonio Carlos da Costa, (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha, (Coord.) Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. IBDFAM, 2007.

JOSSERAND, Louis. Derecho civil: lá família. Buenos Aires: Bosch, 1952.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: 2008, vol. VI p. 36.

<[http:// www.tjms.jus.br/mobile/materia.php?cod=22300](http://www.tjms.jus.br/mobile/materia.php?cod=22300)> Juiz titular da 1ª Vara de Família, David de Oliveira Gomes Filho, Região Metropolitana de Campo Grande. Acesso em 25 de Janeiro de 2016.

SOBRAL, Cristiano. Disponível em:

<<http://www.professorcristianosobral.com.br/apoio/ResponsabilidadeCivil>>. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

“LESÃO À SAÚDE PSICOLÓGICA”:

Revisitando o art. 129, do Código Penal, à luz da Lei Maria da Pena.

ARTENIRA DA SILVA E SILVA SAUÁIA¹

JOSÉ MÁRCIO MAIA ALVES²

Merece atenção como vem sendo conduzido o manejo da violência psicológica prevista na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Pena) na persecução criminal preliminar perante as Delegacias de Polícia e o Ministério Público, para demonstrar a necessidade de uma mudança técnico-jurídica e estrutural na atuação destas Instituições do Sistema de Justiça no enfrentamento da violência psicológica. Pretende-se demonstrar que esse novo olhar pode conduzir a uma maior efetividade do art. 7º, inciso II, da lei.

Duas problematizações conduzirão às impressões críticas propostas: primeiramente, a suposta barreira do princípio da legalidade, do qual a violência psicológica se encontraria esvaziada no direito ordinário atual, o que faria com que essa espécie de violência de gênero necessitasse de outras figuras normativas tipificadas criminalmente para que pudesse aparecer no cenário jurídico, ainda que eclipsada; por fim, a nota de imprescindibilidade de conhecimentos transdisciplinares dos operadores do Direito para que compreendam a extensão do conceito de violência psicológica, com o objetivo de o acomodar nos injustos-tipos de que se serve no ordenamento jurídico.

1 Pós-doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto. • Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia. • Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão, Graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. • Docente e pesquisadora do Departamento de Saúde Pública e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. • Coordenadora de linha de pesquisa do Observatório Ibero Americano de Saúde e Cidadania. Coordenadora do Observatório de Segurança Pública (PPGDIR/UFMA/CECGP). • Psicóloga Clínica e Forense. • Email: artenirassilva@hotmail.com

2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação de Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Promotor de Justiça. E-mail: josemarcio@mpma.mp.br

A formação discursiva de que se revestiu a Lei Maria da Penha remonta a um propósito de resposta institucional aos alarmantes casos de violência doméstica no Brasil. À luz dessa premissa, não parece coerente acoplar todas as formas de violência de gênero previstas no art. 7º da lei a tipos penais preexistentes com singelas cominações legais, como a ameaça, a injúria, a calúnia e o constrangimento ilegal. Fazer isso seria reduzir ou mesmo dissolver os discursos de luta pela dignidade das mulheres em vez de os inserir em um contexto que represente uma colmatação eficaz à norma programática do art. 226, §8º, da Constituição, cuja finalidade é criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações da família.

Não é aceitável que o efeito de sentido que a norma constitucional tenha pretendido atribuir ao signo “coibir” implique, como resposta em forma de prestação jurisdicional, apenas tirar da competência dos Juizados Especiais os crimes que envolvam violência doméstica e possibilitar que a mulher tenha a garantia de medidas de proteção em escala assecuratória crescente em gravidade à medida que se acentue o perigo à sua incolumidade física.

Outra observação necessária revela, na verdade, luz para uma resposta legislativa realmente adequada da Lei Maria da Penha ao discurso de luta de gênero, e se extrai de algumas reflexões que aliam teoria do tipo penal e técnica legislativa.

A questão é que nem sempre o princípio da reserva legal (e não da legalidade) se serve de tipos com condutas criminosas escorregitas. Ao contrário, frequentemente elas se revelam plurais como resultado mesmo do esforço interpretativo sobre normas de extensão da figura típica e elementos normativos do tipo que permitem uma elasticidade tolerável para que o texto da lei alcance adequações que não sejam sugeridas pela letra estrita da norma penal incriminadora. O caput do art. 129 do Código Penal é um exemplo disso.

Quando o texto criminaliza a ofensa à “integridade corporal” ou à “saúde de outrem”, oferece sucessivamente ao intérprete uma elementar objetiva e outra normativa. A primeira diz respeito à agressão ao corpo da vítima enquanto matéria. Trata-se de desfigurar o que se fazia íntegro, que sugere que qualquer alteração fisiológica que o agressor produza na vítima, por menor que seja e que sequer lhe abale o seu cotidiano, deve merecer a censura da lei. Está-se a tratar de resultados naturalísticos claros derivados de um ato comissivo ou omissivo sem se exigir sejam aferidas outras repercussões que se tenham dado na vida da vítima. Aqui o foco é a alteração da integridade física por ela mesma.

Já o signo “saúde” revela-se como uma elementar normativa que desafia um juízo de valor ou técnico que o intérprete lhe deverá atribuir para chegar à adequação típica em cada caso concreto. Note-se que a lei não trata necessariamente do comprometimento à saúde como resultado da ofensa à integridade física. O injusto-tipo dissocia os dois campos de incidência da ofensa: fala de uma que visa unicamente o corpo ou de outra que por qualquer motivo

afete a saúde da vítima. E é nesse momento que eclode a indagação própria das elementares normativas, que no caso do crime do art. 129 pode remeter a uma possibilidade plural de adequação típica: o que se entende por saúde? A partir de seu conceito, o que pode ser considerado como conduta que a ofenda?

Sem pretender enveredar por uma extensa miríade técnica a que o vocábulo “saúde” remete, o homem médio de que se serve o Direito Penal responderia que se entende por saúde tão-somente um estado de boa disposição física e psíquica que proporcione bem-estar ao seu humano. Eis o ponto de estrangulamento da discussão proposta.

Falar em comprometimento à saúde de alguém não significa simplesmente comprometer as suas aptidões físicas, mas também, de alguma forma ou em algum grau, desestabilizar seu equilíbrio emocional, entendendo-o aqui também como equilíbrio psicológico, comprometendo inclusive sua capacidade de pleno exercício de suas funções laborais e ou relacionais. Pensar o contrário seria incursionar equivocadamente pelo já superado erro de Descartes, separando mente e corpo.

Ver a violência doméstica sob a perspectiva da mera violência física e lhe exigir um resultado naturalístico de mero dano fisiológico apequena a sua importância e desvirtua o propósito institucional de a coibir, porque assim, de fato, a violência psicológica na Lei Maria Penha não passaria de um viés informativo, útil apenas e unicamente para atribuir um rito diferente à instrução de um tipo penal que por sua natureza e pela pena que lhe é cominada seria de menor potencial ofensivo. Afora isso e a possibilidade de prisão do agressor em razão de sério risco à integridade física da vítima (medida que beira a obviedade), o que a lei ofereceria para combater a violência de gênero seriam só medidas políticas que se implementariam sob o influxo da prestação jurisdicional, principalmente no que toca às medidas protetivas de urgência.

Talvez esse olhar que definitivamente não converge com a mens legis da Lei n. 11.340/2006 ocorra em razão de um outro equívoco afeto à interpretação acerca da técnica legislativa aplicada à espécie.

É que, a rigor, o legislador não precisaria criar um tipo penal novo para criminalizar a violência psicológica com todas as vicissitudes que a compõe. Na verdade, o caráter de uma *novatio legis in pejus* que denota a coerência do ordenamento jurídico em coibir eficazmente a violência de gênero fez-se sentir apenas (e foi suficiente nesse sentido) com a inserção do §9º do art. 129 do Código Penal, que criou uma qualificadora do crime de lesão corporal para quando a agressão se der em um contexto em que o agente “se prevalecer das relações domésticas”.

Mas atente-se: o legislador majorou a pena do crime de lesão corporal por razões circunstanciais acerca de como ele se puder dar, notadamente em contextos que a lei achou por bem considerar mais gravosos. O que não quer dizer que esqueceu de especificar que essa mesma majoração se daria em caso de violência psicológica, até porque esta é uma das formas de ofensa à saúde, cuja caracterização se extrairá, na verdade, do exercício interpretativo próprio deflagrado pelo elemento normativo “saúde”, compreendido aqui sob o viés de equilíbrio psicológico e ou emocional em função de violência doméstica ou intrafamiliar.

O que parece estar havendo é que o titular da ação penal está interpretando o caput do artigo 129 sob o paradigma da lesão corporal enquanto violência física, sem atentar que já há o reconhecimento pelo ordenamento jurídico (e não precisaria haver!) de uma nova figura que modula o elemento normativo do tipo (saúde), qual seja o conceito de violência psicológica inserto no art. 7º, II, da Lei Maria da Penha. Contudo, a bem do coerente, a violência psicológica é que se encaixa no tipo do art. 129 quando modula o seu elemento normativo.

Faz-se necessário separar aqui a criminalização da violência psicológica por si mesma como conteúdo do elemento normativo do caput do art. 129 do Código Penal (como já visto), da violência psicológica como resultado de um crime mais grave a que o agente deverá unicamente responder em razão do princípio da consunção, ou seja, a ofensa à saúde psíquica terá sido um meio para a prática de um crime mais grave ou um reflexo dele (foi consumida pelo crime), como por exemplo o estupro praticado com grave ameaça. Destaque-se que a finalidade do preparo transdisciplinar do Promotor de Justiça e dos outros operadores do Direito será de pouca ou nenhuma valia neste último caso para a persecução criminal, e de fundamental importância no primeiro, onde reside de fato o grande móvel para uma política eficiente de combate à violência psicológica com base na Lei Maria da Penha.

Assim, faz-se mister considerar que a preocupação com o conhecimento transdisciplinar se justifica com toda força para a caracterização do que poderíamos chamar de violência psicológica per si ou não vinculada a outros tipos de violência. É que independentemente de haver violência física, a identificação de uma situação de violência psicológica requer que o problema apresentado seja minuciosamente abordado. Isso porque os danos se apresentam como resultado de posturas sutis praticadas pelo agressor no dia a dia. A mulher pode perfeitamente não ter sofrido violência física, mas, ainda assim, ter sido aviltada na sua integridade somática e ou psíquica em níveis significativos.

Com efeito, o comportamento insidioso do agressor pode desencadear uma série de assédios psicológicos importantes que podem definir ofensas à saúde somática e ou psíquica da vítima. Marie-France Hirigoyen pontua os que mais comumente eclodem na

relação conjugal: controle, isolamento, ciúme patológico, assédio (perseguição de todas as ordens), aviltamento (minar a autoestima), humilhações, intimidação, indiferença a demandas afetivas e ameaças. Eles podem causar diagnósticos de comprometimentos somáticos e ou psicológicos graves. Tais distúrbios efetivamente requerem que os operadores do direito sejam qualificados em conhecimentos técnicos básicos de psicologia, psiquiatria e clínica médica para serem apontados em processos judiciais como prováveis conteúdos do que a Lei Maria da Penha considera como resultados alcançáveis pela violência psicológica: "prejuízo à saúde psicológica, prejuízo à autodeterminação, dano emocional, diminuição da autoestima, prejuízo ao pleno desenvolvimento, degradação e controle".

Contudo, é importante observar que pelo menos para a propositura da ação penal em razão de uma lesão à saúde de outrem com base no art. 129, do Código Penal, não é imprescindível que o promotor de justiça labore em cognição exauriente para demonstrar o juízo de mera probabilidade criminosa exigido para a formulação da denúncia, que se traduz no texto da lei como "indícios suficientes de materialidade e autoria", além da demonstração do elemento subjetivo da conduta exigido: dolo ou culpa. Já para a prolação da sentença, é de bom alvitre que a vítima seja submetida a atendimento interdisciplinar a título de perícia, para que sejam aferidos tecnicamente os resultados que a violência psicológica provocou, para daí restarem comprovados ou não os elementos necessários à adequação típica.

Frise-se que conhecimentos transdisciplinares se afiguram importantes também nas Delegacias de Polícia para que a violência psicológica não seja somente valorizada quando aflorar no conjunto com outras violências domésticas, notadamente a física.

A falta de percepção prévia da violência psicológica, aliada à postura de não a considerar como espécie autônoma de lesão corporal que comprometa a saúde da vítima, de fato, faz com que essa espécie de violência não apareça nas estatísticas do combate à violência doméstica. Menos aparecem ainda porque os crimes aos quais geralmente se acoplam para conduzir a persecução criminal à luz da Lei Maria da Penha (ameaça, injúria, constrangimento ilegal), têm pena cominada diminuta e, na sua maioria, têm natureza de ação penal privada ou pública condicionada à representação, cuja disponibilidade que provoca na persecução criminal é demasiadamente promovida por mulheres vítimas também do assédio do poder econômico dos agressores e de questões emocionais afetas aos filhos e ao casal, que em geral não permitem o rompimento dos laços conjugais e que geram na ofendida uma tolerância às agressões.

Assim, do enfrentamento crítico da problemática apontada, extrai-se três conclusões:

- 1) quanto à primeira problemática pode-se pontuar que o ordenamento jurídico admite a formulação de ação penal em razão de violência psicológica autônoma como conteúdo da

modulação do elemento normativo "saúde", do tipo do caput do art. 129 do Código Penal, não se servindo essa espécie de violência de gênero apenas para acoplar-se a outros tipos penais como "parâmetro interpretativo" para tão-somente conduzir a persecução penal destes ao âmbito do rito penal ordinário e para garantir a aplicação de medidas protetivas de urgência;

- 2) quanto à segunda, com base na premissa da existência de reserva legal para o crime de lesão corporal por violência psicológica em razão da modulação do elemento normativo "saúde" encontrado do injusto-tipo do caput do art. 129, considera-se que os conhecimentos transdisciplinares e o apoio de equipe interdisciplinar são mais importantes para identificar a violência psicológica nas sutilezas de que se reveste no dia a dia para, de logo e antes de se associar a outras formas de violência, merecer uma postura das instituições do sistema de Justiça que convirja realmente com a norma programática constitucional de "coibir a violência no âmbito das relações da família".
- 3) dessas duas conclusões, extrai-se uma última quanto a necessidade de duas mudanças de postura institucional no âmbito do Ministério Público: uma técnico-jurídica no sentido repensar a interpretação do tipo do caput do art. 129 do Código Penal a partir do poder modulador que o conceito de violência psicológica exerce sobre o elemento normativo "saúde"; e outra, no incremento intelectual e na estrutura de pessoal das promotorias de justiça, no sentido de qualificar os promotores em questões de gênero e dotar as promotorias do serviço interdisciplinar psicossocial para avaliar a incidência de eventos de violência psicológica nos casos que chegam para e deliberação acerca do que foi produzido nas investigações policiais.

Conclui-se que a mudança paradigmática proposta para o combate ao crime de violência psicológica no âmbito familiar pode definir uma punição real aos crimes que constituem a base da pirâmide de violências contra mulheres, o que, em última instância poderia contribuir para frear o crescimento de feminicídios no Brasil, uma vez que este tipo de homicídio é comumente precedido pelos crimes que configuram violência psicológica e ou moral contra as vítimas. Não é possível cogitar a diminuição do índice de feminicídios no país sem o devido enfrentamento e punição dos crimes que comumente os antecedem.

"Quando o texto criminaliza a ofensa à "integridade corporal" ou à "saúde de outrem", oferece sucessivamente ao intérprete uma elementar objetiva e outra normativa. A primeira diz respeito à agressão ao corpo da vítima enquanto matéria. Trata-se de desfigurar o que se fazia íntegro, que sugere que qualquer alteração fisiológica que o agressor produza na vítima, por menor que seja e que sequer lhe abale o seu cotidiano, deve merecer a censura da lei."

TOMO

III

AS GARANTIAS DO RÉU NA FRANÇA DO SÉCULO XVI E O CARÁTER CONTESTADOR DO DIREITO

| MARIA GORETTI CAVALCANTE DE CARVALHO |

Cartas de Perdão O embrião da justiça restaurativa? A MICROANÁLISE NA ESCRITA DE “HISTÓRIAS DE PERDÃO E SEUS NARRADORES NA FRANÇA DO SÉCULO XVI”..... Pág 141

| ANNA GRAZIELLA NEIVA |

Além de Ferir o Princípio Constitucional da Ampla Defesa Pág 155

| ALONSO REIS FREIRE |

IGUALDADE, PRIVACIDADE E O CARÁTER CONTESTADOR DO DIREITO:
Um breve relato de importantes casos julgados pela suprema corte americana..... Pág 159



CARTAS DE PERDÃO: O embrião da justiça restaurativa?

A MICROANÁLISE NA ESCRITA DE “HISTÓRIAS DE PERDÃO E SEUS NARRADORES NA FRANÇA DO SÉCULO XVI”.

Maria Goretti Cavalcante de Carvalho

Doutoranda em História – Turma Especial UNISINOS/UEMA

goretticavalcante2008@yahoo.com.br

01. RESUMO

Análise teórico-metodológica e historiográfica do livro “Histórias de perdão e seus narradores na França do século XVI”, da autora Natalie Zamon Devis. Enfatiza-se a prática historiográfica da autora, adequada à metodologia que definisse o caráter da narrativa histórica nas cartas de remissão e proporcionasse uma ampla ressonância de percepção das ligações recorrentes entre história, literatura e direito, para ler histórias de perdão e narrativas de crimes. Identifica-se a microanálise como um procedimento metodológico, que amplia o trânsito pelo excepcional com o normal e opera na escrita da história. Apresenta-se a busca da autora sobre as cartas de remissão, do Século XVI, na França, naquilo que pudessem ser consideradas uma boa história, como davam conta do motivo e como por meio da narrativa, faziam com que o inesperado ganhasse sentido e introduziam coerência na experiência imediata. Analisa-se com as lentes teóricas da microanálise social, realizada por Geovanni Levi e cultural, de Carlo Ginzburg, sob as abordagens de Jacques Revel e de Ronaldo Vainfas. Indica-se que a micro-história exige um estudo intensivo dos documentos, pertinentes a recortes temáticos, definidos em termos de espaço e temporalidade, e que poderá revelar fatores não observáveis, de um vivido que se articula em estruturas invisíveis.

Palavras-chave: Micro-história. Conhecimento histórico do Direito.

02. ABSTRACT

MICROANALYSIS IN THE BOOK "STORIES OF FORGIVENESS AND ITS NARRATORS IN FRANCE OF CENTURY XVI".

The present work is a Theoretical-methodological and historiographical analysis of the book "Stories of forgiveness and its narrators in France of sixteenth-century," by Natalie Zamon Devis. It emphasizes the author's historiographical practice, the proper methodology to define the character of historical narrative in the letters of remission that would provide a broad resonance of perception of the recurring connections between history, literature and law, to read stories of forgiveness and narratives of crimes. It also identifies microanalysis as a methodological procedure that expands transit through exceptional and normal and operates in the writing of history. It presents the author's search for the letters of remission, in the sixteenth century, in France, in what could be considered a good story, as they gave an account of the reason and how through narrative, made the unexpected gain meaning and introduced consistency in immediate experience. It is analyzed with the theoretical lenses of social microanalysis, performed by Geovanni Levi and cultural of Carlo Ginzburg, in the approaches of Jacques Revel and Ronaldo Vainfas. It indicates that the micro-history requires an intensive study of the documents, the relevant thematic clippings, defined in terms of space and temporality, and that could prove unobservable factors of an experience that is divided into invisible structures.

Keywords: Micro-history. Historical knowledge of right.

03. INTRODUÇÃO

Este texto é sobre a micro-história, concebida como "exposição de uma história para os que a conhecem e também para os que não conhecem, por meio da narrativa de casos miúdos" (VAINFAS, 2002, p. 81), e que depende da atitude inventiva para a produção do conhecimento histórico. E a micro-história é uma questão porque permaneceu durante todo este processo de análise como uma dúvida, uma pergunta, uma procura plena, um problema a resolver, que obrigou nossa leitura a se aprofundar mais e descobrir as escolhas de procedimentos teóricos e metodológicos da autora, quando da sua operação historiográfica, que não foram aleatórias. Os seus objetivos, que estiveram em jogo, foram redefinidos, considerando a qualidade das fontes.

Primeiramente, tentamos encontrar a micro-história; depois, de compreender que ela não é precisamente localizável; depois de defini-la; que ela é percebida como um procedimento; como uma atitude inventiva, durante todo um processo de investigação, motivada por um fascínio, uma descoberta, e que pode ser decisiva na construção de um objeto de pesquisa. Nesta perspectiva, a autora Natalie Zamon Devis, seduzida pela qualidade literária dos textos e suas qualidades “ficcionais”, encontrou razões para as suas escolhas na escrita do seu livro “Histórias de perdão e seus narradores na França do século XVI”¹.

A autora pesquisou cartas de remissão² de muitas regiões da França, em arquivos, orientada pelos textos jurídicos do século XVI e pelos Romances Renascentistas. O seu estudo foi rigorosamente limitado ao século XVI, mas Natalie Davis convida aos seus leitores para, em uma ressonância mais ampla, perceberem as ligações recorrentes entre História, Literatura e Direito, e para lerem histórias de perdão e narrativas de crimes do presente. Bem como, a busca sobre o funcionamento da Justiça criminal francesa, através dos registros do Parlamento de Paris e das Archives da Police de Paris. Mas, o que a autora quis foi enfatizar o quanto seus autores dão às etapas de um crime o molde de uma história, nas narrativas daquelas cartas de remissão.

Portanto, a análise que ora investimos está circunscrita nos conceitos de micro-história, naquilo que possam contribuir para a compreensão desta prática historiográfica. Naquilo que possam manifestar-se do e no escrito, considerando-se que não se trata de produção textual, mas à produção de conhecimento histórico sobre o Direito, em virtude de um confronto necessário com o objeto das investigações: as narrativas das histórias de perdão, na França do Século XVI. Portanto, analisa-se: o que há de microanálise na escrita de “Histórias de perdão e seus narradores na França do Século XVI”, pela autora Natalie Zamon Davis?

Em função disto, foram necessárias algumas orientações analíticas, sem perdermos de vista os seus conceitos e preconceitos.

04. ENTRE CONCEITOS E PRECONCEITOS

Buscamos encontrar a microanálise deste escrito. Lemos que a micro-história se localiza em uma “relação que se poderia qualificar de inventiva com a realidade histórica, [...], atenta à construção do real e ao papel que aí desempenham o observador e seus instrumentos” (REVEL, 2000, p. 19)³.

-
- 1 O Livro apresenta-se organizado em quatro partes: 1- Introdução; 2 - A época em que se contavam histórias; 3 - A raiva e a legítima defesa; 4 - O derramamento de sangue e a voz da mulher. **A Autora prefacia** o Livro retornando ao trabalho que fizera sobre a investigação do caso Martin Guerre. Diz ela: “foi possível descrever como o juiz e o escrivão deram um rumo aos acontecimentos, depois da morte do impostor”. Mas, ainda segunda a Autora, ...foi necessário voltar a alguns Objetivos... - O que dizer das lembranças dos aldeões? - De que recursos culturais eles dispunham para organizar as partidas e os retornos, as identidades e as cumplicidades? - Como era possível identificar tais elementos no modo como narravam?
 - 2 Das centenas de remissões pesquisadas pela autora, foram selecionadas 164 solicitações de homens (1523 a 1568), para examinar em detalhes a estratégia, linguagem, caracterização e motivo da narrativa, procurando assegurar uma abrangência social e geográfica, além de buscar textos que ilustrassem eficientemente o interesse e a gama de estilos literários. E 42 requerentes mulheres.
 - 3 Prefácio em LÉVI, Giovanni. *Herança Imaterial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

Percebemos que a construção de uma historiografia está nas suas determinações anteriores: as finalidades, as necessidades, as alternativas, as escolhas do pesquisador. Nesta perspectiva, foi analisado o propósito da autora quando da seleção dos seus materiais, e atenção às leituras incessantes para que fossem identificadas as regularidades, para poder inferir sobre a microanálise na escrita deste livro.

Procuramos, então, não um jeito de dizer, mas de fazer, da autora. E neste prisma, identificamos alternativas e decisões, o que possibilitou analisar indícios de micro-história. Como uma “invenção de um modo de exposição que contribui explicitamente para a produção de certo tipo de inteligibilidade nas condições definidas” (REVEL, 2000, p. 22).

Constatamos que houve uma forma criativa de lidar com as fontes, apartada da negação do seu conteúdo. Em função disto, sabendo-se que nenhum objeto está pronto, a empreitada foi de procurar o caminho que possibilitou esta construção e, conseqüentemente a produção deste livro.

A análise do texto não foi suficiente, mas a “impressão de uma escrita”⁴ convocou os elementos que possibilitassem lê-las com a referência de uma análise qualitativa, para localizar não o estilo da autora, mas uma postura diante das fontes históricas e as conseqüências disso na escrita como atitude e não como produção textual. Foi preciso descolar a escrita do texto.

E quando descolamos escrita de texto, percebemos a atitude inventiva. Na elaboração deste livro, percebemos a motivação na microanálise. Por isto, foram necessárias algumas considerações acerca de seus conceitos e preconceitos. De quais decisões epistemológicas estão imbricadas no acesso às fontes para emoldurar uma história. E como os conceitos e os preconceitos podem determinar um novo caminho para circunscrever um objeto histórico.

Esclarecendo o caminho das confusões sobre a Micro-história, Vainfas (2002) explica que esta foi por muito tempo confundida com a história das mentalidades desenvolvida, sobretudo na França das décadas de 1960 e 1970, pelo fato de dedicar-se a pequenos enredos, personagens anônimos, aspectos cotidianos das sociedades passadas, quando não a temas extravagantes como a vida de exorcistas, seitas diabólicas, assassinatos atroztes ou brigas conjugais. Porém, o autor alerta sobre os pontos de aproximação entre estes dois campos historiográficos: “estariam certas afinidades temáticas, o apego pela narrativa, a tentativa de estreitar os laços entre história e antropologia ou, quando menos, a adoção de certos conceitos operativos em modelos antropológicos variados” (VAINFAS, 2002, p.13). Embora, o autor ateste que “a confusão entre micro-história e história das mentalidades, além de superficial do ponto de vista teórico, não é nada ingênua, [...] à medida que procura desqualificar o gênero historiográfico em causa animada de um proselitismo político”.

Sugerimos que, para a apropriação do conceito de Micro-história seja necessário compreendermos as suas “principais características que diferenciam da história das

4 Ver em ALMEIDA, Sonia. *Escrita no ensino superior – a singularidade em monografias, dissertações e teses*. São Paulo: Editora Paulistana, 2011.

mentalidades: sua renúncia à história geral, à contextualização sistemática, à explicação, à totalidade e à síntese" (VAINFAS, 2002, p. 51).

Portanto, seria um equívoco declarar que este livro seja um exemplo de história das mentalidades ou do cotidiano. Natalie Davis lançou mão do espírito da micro-história, valendo-se das narrativas, embora tratadas na perspectiva ficcional, para fazer história. A autora iniciou o texto com uma Carta de Remissão⁵, sem apresentá-la convencionalmente em uma contextualização. O texto foi deixando de sê-lo para se transformar em escrita.

Escrita que reflete os procedimentos historiográficos utilizados pela autora, na sua pesquisa, cujos "recortes privilegiados foram: a história de indivíduos; comunidades; pequenos enredos construídos a partir de tramas aparentemente banais, envolvendo gente comum" (VAINFAS, 2002, p.106). Neste espírito da micro-história, o objeto foi construído pela microanálise, mas que não propõe, segundo Jacques Revel (2000), uma revolução epistemológica. Trata-se, segundo o autor, de um procedimento prático – o que não quer absolutamente dizer que não tenha implicações teóricas.

Outro ponto de reflexão é que "a micro-história como uma prática é essencialmente baseada na redução da escala da observação, em uma análise microscópica e em um estudo intensivo do material documental." (LEVI, 1992: 136). E que, ainda segundo Giovanni Lévi, o princípio unificador de toda pesquisa micro-histórica é a crença em que a observação microscópica revelará fatores previamente não observados.

Estes fatores também podem estar imbricados no conceito de Culturas populares, que implica o "conjunto de atitudes, crenças, códigos de comportamento próprio das classes subalternas num certo período histórico" (GINZBURG, 1987, p. 17), mas que também podem estar nas deturpações construídas pelas classes altas, no que se referem às visões de mundo das classes subalternas.

Outro fator interessante na escrita sobre as "Histórias de Perdão" foi a atenção às narrativas construídas em uma circularidade cultural, ou seja, no "influxo recíproco entre cultura subalterna e cultura hegemônica" (GINZBURG, 1987, p. 21). Concordando que o excepcional normal "[...] da cultura do próprio tempo e da própria classe não se sai a não ser para entrar no delírio e na ausência de comunicação. Assim como a língua, a cultura oferece ao indivíduo um horizonte de possibilidades latentes – uma jaula flexível e invisível dentro da qual se exercita a liberdade condicional de cada um". (GINZBURG, 1987. p. 28)

Nesta perspectiva, a análise que segue sobre a prática historiográfica escolhida para a escrita deste livro, orienta-se por conceitos, mas atenta-se aos preconceitos que pudessem gerar equívocos.

5 **Humilde petição de Thomas Manny** (pobre lavrador, de cerca de 40 anos, morador de Sens). A **história de Thomas Manny** – "tem menos suspense que muitas outras petições de graça real – desde a primeira menção da esposa lasciva o leitor sabe quem é a provável vítima -, mas os acontecimentos caminham para um clímax, passando pelas tentativas e humilhações do marido e pela linguagem cada vez mais abertamente sexual: a sífilis curada; a menina da casa de banhos e a *fille de joie* [mulher da vida] de quem ele obtém não satisfação carnal, mas informação; o *paillard* [amante]; e a explosão final: 'Fault-il que je meure pour une putain?'. E a esposa nada arrependida é chamada pelo amante e morta pelo marido no dia de Maria Madalena." (DAVIS, 2001, p. 13)

05. PRIMEIRAS PREOCUPAÇÕES SOBRE A ESCRITA

Apesar do fascínio da autora pela qualidade literária dos textos ou, melhor, com suas qualidades “ficcionais”, ela quis “enfatizar o quanto seus autores dão às etapas de um crime o molde de uma história”. (DAVIS, 2001, p. 16). Portanto, despir os elementos fictícios daqueles documentos para chegar aos fatos reais seria comprometer o “valor documental” das Cartas de Remissão, ou seja, segundo a autora, teria que “corrigir a petição especial de Thomas Manny se quisesse descobrir os fatos que realmente aconteceram em 22 de julho de 1529”, por exemplo.

A autora coloca os aspectos “ficcionais” desses documentos no centro da análise. Diz Davis (2001, p.17): “Por ‘ficcional’ entendo não apenas os elementos fictícios, mas sim – usando um sentido mais amplo, da raiz *ingere* – os elementos formadores, modeladores e construtivos: a elaboração de uma narrativa”.

As preocupações importantes da autora referem-se à apropriação da construção literária das Cartas de Remissão. Verificar a dinâmica social daquelas aldeias, através das narrativas, a exemplo da história de Thomas Manny:

- “Elas constituem fontes preciosas para o estudo das festas, da violência e da vingança em diferentes meios sociais e grupos etários, das atitudes relativas ao rei e das imagens que dele se faziam, e de outras normas sociais e culturais”. (DAVIS, 2001, p. 17).

E mais! Que “é fácil perceber detalhes interessantes sobre o modo como as esposas eram espancadas e sobre a prostituição nas pequenas cidades”. (DAVIS, 2001, p.17). Ou seja, aquelas narrativas possibilitaram a Natalie Davis uma pesquisa de “evidências periféricas, aparentemente banais, incertas, porém capazes, quando reunidas em uma trama lógica, de reconstruir a estrutura e dinâmica de seu objeto” (VAINFAS, 2002, p.109).

Ainda segundo o autor,

“por meio da narrativa amidiada de certo caso, o que se pretende é exibir a relação entre determinado sistema de regras ou determinações históricas da sociedade estudada e as ações individuais: as escolhas que fizeram ou deixaram de fazer os agentes históricos dentro da margem de liberdade pessoal que lhe podia tocar, quer em relação a episódios específicos, quer em relação ao quadro normativo do mundo em que estavam inseridos”. (VAINFAS, 2002, p.130).

O tema deste livro está circunscrito na criação e no caráter dessas histórias de perdão, cuja abordagem historiográfica permitiu “o enriquecimento da análise social, tornando-a mais

complexa, levando em conta aspectos diferentes, inesperados, multiplicados da experiência coletiva" (LEVI, 2000, p.18), considerando os aspectos teóricos e metodológicos sobre o valor documental das narrativas.

06. E PARA DEFINIR O CARÁTER DA NARRATIVA HISTÓRICA?

A autora traçou sua prática historiográfica considerando pontos importantes. E para definir o caráter da narrativa história, consubstanciou sua escrita nas concepções de **Roland Barthes**, **Paul Ricouer** e **Lionel Gossman** quando consensualmente declaram que: "é necessário haver escolhas formativas de linguagem, detalhes e ordem para apresentar um relato que pareça verdadeiro, real, significativo e/ou explicativo tanto para o autor como para o leitor". (DAVIS, 2001, p.17).

A partir das categorias dos retóricos e teóricos literários renascentistas, as cartas de remissão foram consideradas um gênero misto, ou seja: "uma petição judicial destinada a persuadir o rei e a corte; um relato histórico dos atos de um indivíduo no passado; e uma história". (Idem, p.17).

No debate sobre a relação do 'real' e do 'histórico' com o 'ficcional', a autora considera os pressupostos de **Hayden White**: "o mundo não se apresenta à percepção apenas na forma de histórias bem-feitas, com personagens centrais, começo, meio e fim adequados". (Idem, p.17). Segundo Natalie Davis, em cada uma dessas três categorias havia um papel para a elaboração e para a formalização.

"... do artifício da ficção não decorria necessariamente a falsidade de um relato; dele podia muito bem resultar verossimilhança ou verdade moral. Tampouco a formalização ou o embelezamento de uma história significavam necessariamente seu falseamento". (2001, p.18)

Mas, permaneciam preocupações. Pois, segundo Levi (2000), existem lacunas, imprecisões, obscurantismos e ausências. E que, por esta razão, a reconstrução dos acontecimentos e das biografias será, frequentemente, impressionista, alusiva e até, talvez, imaginária, indicações ricas e esporádicas, exigem um esforço de fantasia ativa por parte do leitor.

07. QUAL A BUSCA DA AUTORA SOBRE AS CARTAS DE REMISSÃO?

"O que procuro são mostras de como as pessoas do Século XVI contavam histórias (mesmo no caso especial de uma história de perdão), o que consideravam uma boa história, como davam conta do motivo e como, por meio da narrativa, faziam com que o inesperado ganhasse sentido e introduziam coerência na experiência imediata". (DAVIS, 2001, p.18)

Partindo do pressuposto de que o “real” apenas se manifesta em alguns momentos, mas não se mostra e que “o escrito está do lado do objeto, e, portanto, o estatuto é real e não simbólico” (ZIZEK, 1991, p. 67), localiza-se o que não está do lado do pesquisador: o controle sobre a escrita.

Percebemos que na feitura deste livro, escrever não bastou. Foi necessário observar nos documentos as “simplificações da realidade que tornam mecânicas as relações entre indivíduos e normas e entre decisões e ações.” (LEVI, 2000: p.45). Mas, nas leituras das Cartas de Remissão a autora também quis “acompanhar a variação de suas histórias, dependendo do narrador e do ouvinte, o modo como as regras da trama desses relatos judiciais de violência e perdão interagem com hábitos contemporâneos mais abrangentes de explicação, descrição e avaliação”. (DAVIS, 2001, p. 18). E ao retornar aos “acontecimentos reais” - aparecerão preocupações do historiador social e político – “como passos de uma narrativa ou de uma transação narrativa”. (Idem, p.19).

Davis (2001, p 19) é levada a investigar:

“como esses relatos de indivíduos com um interesse pessoal no caso, com sangue nas mãos, podem ser comparados aos relatos de crimes publicados e aos contos de nomes da literatura como Marguerite de Navarre e Noël du Fail, que podiam ser lidos pelo rei, mas que não precisavam de seu perdão. Qual semelhança existia entre o ‘conto e a novela’ e as histórias de perdão?”

08. E POR QUE AS CARTAS DE REMISSÃO?

Para isto, a autora justifica:

“Porque são uma das melhores fontes de narrativa relativamente ininterrupta proveniente das classes inferiores (na verdade, de outras também) na França do século XVI[...]. São raras as cartas e memórias de camponeses e artesãos; e são numerosos os contratos de casamento, os testamentos e outros documentos, que muito nos revelam sobre as ações, os planos e a sensibilidade de homens e mulheres que não eram capazes nem de neles assinar o próprio nome, embora os documentos estejam repletos de sequências e fórmulas notariais”. (DAVIS, 2001, p.20).

Por meio de uma carta de remissão,

“... (uma vez ratificada por uma corte legal), o perdão real impedia que a pessoa fosse executada e também impedia ou limitava o confisco real de bens que acompanhava a pena, [...] através de citação da fórmula, perdoava o ato [...] e cancelava toda penalidade, multa, e

prejuízo corporal, criminal ou civil que pudesse dela resultar [...] e restaurava ao requerente sua boa reputação e seus bens". (DAVIS, 2001, p.21).

A autora não se propôs mostrar outra coisa que não fosse a criação e o caráter dessas histórias de perdão. O seu papel não foi ler a realidade inscrita nas cartas de remissão, mas uma invenção, não na dicotomia verdade X invenção, mas "na integração, sempre assinalada pontualmente, de 'realidades' e 'possibilidades'". (GINZBURG, 1991, p. 183). Neste passo, a autora foi em busca de:

09. A ÉPOCA EM QUE SE CONTAVAM HISTÓRIAS

Neste item, as análises sobre as cartas de remissão proporcionaram à pesquisadora e aos seus leitores conhecer como eram contadas as histórias de perdão.

"Era este o momento em que personagens importantes, ou pelo menos com ligações importantes, deveriam intervir. A história era contada a um notário real e a seus funcionários, às vezes pelo requerente, às vezes por seus parentes – 'ses parentes et amys charnelz' [seus parentes e amigos carnis] -, às vezes por um advogado". (DAVIS, 2001, p.26)

Quanto aos autores de narrativas,

"para cada carta de remissão havia pelo menos duas pessoas, às vezes mais, envolvidas em sua composição. O notário real e seus funcionários preparavam um rascunho junto com o requerente ou seu representante e depois o registravam no pergaminho final. Os notários ou secretários reais [...] constituíam a elite do mundo dos escribas, possuíam um lucrativo escritório real". (DAVIS, 2001, p. 33)

Este foi um dos pontos mais importantes, no que se refere ao apego às narrativas: "o cuidado no uso das fontes e a profusão delas". (VAINFAS, 2002, p.100).

Sobre a escrita das cartas de remissão:

"O notário que a redigia era responsável pelo palavreado da introdução e da conclusão. Ele teria aprendido as fórmulas quando jovem... [...] O secretário, ou seu escrevente, podia enfeitar o preâmbulo com outros fatos que fizessem o requerente parecer mais digno de piedade. A maior contribuição dos secretários aparecia nas fórmulas de conclusão. Alguns dos que buscavam graça e misericórdia haviam também discutido seu caso com um advogado, principalmente os requerentes mais abonados, com dinheiro para pagar. A pessoa que procurava o perdão devia contar o que acontecera 'com sua própria boca', conforme determinava para todas as ações criminais..." (DAVIS, 2002, p. 35)

Mas, aqui, a questão que interessa à autora é justamente “o papel do homem da lei na criação inicial da história, isto é, da carta de remissão”.

10. E QUANTO ÀS HISTÓRIAS BEM CONTADAS?

“O fato de carta de remissão ter sido bem-sucedida leva a pensar se fazia alguma diferença a história contada pelo requerente ser verdadeira e/ou bem construída, caso ele tivesse bons contatos na corte”. (DAVIS, 2002, p. 35).

Segundo a autora, a análise dessa questão pode nos permitir uma maior compreensão do “ficcional”, da habilidade criativa nas histórias de remissão. Em se tratando de micro-história, isto não dá margem para se concluir que esta prática transforme a verdadeira história em ficção. “A micro-história, na verdade, não inventa fatos, embora especule muito, passando ao leitor as dúvidas do historiador e os dilemas miúdos da pesquisa”. (VAINFAS, 2002, 102).

A autora pontua que os privilégios desempenhavam importante papel, pois os relatos fornecem uma “visão de dentro” - assim como “os caprichos do favor do rei -, que é colocada lado a lado com o conteúdo das cartas de remissão”. (DAVIS, 2002, p.81). Isto quer dizer que, “em si mesma a história de remissão era irrelevante para o sucesso de um pedido de perdão?” – Pergunta a autora. “Só em alguns poucos casos, quando o solicitante era alguém excepcionalmente próximo do rei, os méritos da carta deixavam de importar”. (DAVIS, 2002, p. 81).

11. OUTRAS OBSERVAÇÕES IMPORTANTES...

Sobre os registros das narrativas, podem-se verificar os deveres dos notários –

“‘ouvir com diligência’, enquanto o secretário real tinha instruções especiais para usar a terminologia apropriada ao assunto – termos graves para assuntos de peso, familiares para assuntos familiares”. (DAVIS, 2002, p. 43)

Sobre as orientações do secretário ao requerente – “que ele deve relatar os acontecimentos verdadeiros, tais como aconteceram, sem acrescentar nada que não possa provar, e sem silenciar sobre nada que possa ser revelado pelas testemunhas” (Idem, p. 43).

E, o que concluir, a respeito da autoria da carta de remissão?

“Ela surge do intercâmbio entre diversas pessoas sobre os acontecimentos, os pontos da lei e o estilo da Chancelaria. Todos os autores conservam certas ligações com as tradições narrativas, literárias e/ou orais, mas o registro da remissão, do qual participam o secretário

fidedigno e o advogado, privilegia o relato a pessoa que pede perdão. o notário faz a moldura do documento e introduz o rei e o solicitante" (Idem, p. 46).

Contudo, segundo a autora, "mesmo sendo produto de uma colaboração, a carta de remissão ainda pode ser analisada nos termos da vida e dos valores da pessoa que quer salvar a própria vida por meio de uma história". (Idem, 46).

A autora explorou sistematicamente aquelas histórias, questionando o tipo de tempo de que elas lançavam mão, ou seja: "recorriam a contextos históricos ou acontecimentos além das vidas dos atores envolvidos para fundamentar o ocorrido, para justificar ou dar coerência às ações? A data em que um insulto era proferido ou o fato de uma faca ter sido sacada de repente seriam mais importantes que a precisão jurídica?" (Idem, p. 48). Muitas petições eram lidas como se os textos fossem escritos por romancistas.

As histórias não eram apresentadas com a moldura de tempo histórico. E em geral, não recorriam à explicação histórica. Mas, a autora enfatizou o que era peculiar: na "época em que contavam histórias"; na relação da "raiva e a legítima defesa"; e no "derramamento de sangue e a voz da mulher".

Nas análises das cartas de remissão, Natalie Davis constata que a referência temporal de tipo mais amplo desempenha de fato um importante papel nas narrativas de remissão: as datas de festas e rituais, por exemplo: "O narrador usa o quadro ritual ou festivo para ajudá-lo a justificar e atribuir sentido ocorrido. O santo do dia conduz e julga a ação; a ação expõe alguns dos perigos e dos conflitos latentes à festa". (Idem, p. 53).

Outro aspecto importante, na escrita deste livro, é que a autora utilizou sempre expressões, como: "*talvez*", "*não temos como saber*", "*o mais provável*", "*nunca saberemos se..*". Estas são mais adequadas para as "explicações históricas" no procedimento metodológico que utiliza a microanálise.

Enfim, foram muitos os pontos interessantes, portanto encerramos com uma constatação de...

"como a carta de remissão, embora se trate de um esforço coletivo entre notário, responsável pela fórmula, o advogado conselheiro (eventualmente) e o requerente, pode ser usada como fonte aproximada para o talento narrativo e para os estilos das pessoas do século XVI. [...] A história de perdão limitava-se, evidentemente, às tramas que eram remissíveis, mas sem dúvida mostra as habilidades narrativas agindo com persuasão realista e a favor de interesses próprios" (Idem, p. 161).

E mais, que:

“algumas das ‘mulheres simples’ e dos ‘pobres lavradores’ acabam se mostrando possuidores de mais talento retórico ou de mais recursos narrativos naturais do que os letrados. As histórias de perdão mostram que ‘justificar invenções’ era prática efetuada com frequência em sociedade, [...]”. (Idem, p. 161-162).

A autora pede perdão aos leitores deste livro. Pelos risos espontâneos diante de situações hilárias encontradas nas cartas de remissão:

“O que torna essas histórias engraçadas? A forma breve? O fato de ser a história de terceiros, de outrem? O prazer da surpresa ou do subterfúgio? Em todo caso, a mistura de riso e horror não era estranha ao século XVI” (Idem, p. 165)

E pontua que

“[...] talvez haja algo mais profundo do que o prazer que o leitor sente com uma história que aconteceu com outras pessoas. [...] as pessoas confessavam seus pecados ‘como se contassem uma história’. Transformar um ato terrível em uma história é uma maneira de se distanciar do fato: na pior das hipóteses uma forma de auto-enganar-se; na melhor, uma maneira de perdoar a si mesmo”. (Idem, p. 166)

12. CONCLUSÃO

Após as leituras e análises do livro em questão, conseguiu-se chegar a uma impressão de historiografia criando para isso um conceito para a Escrita do livro “Histórias de perdão e seus narradores na França do século XVI”: Escrita Inventiva, pois não traduz apenas o mesmo daquelas fontes; não é apenas uma representação do conhecimento histórico, mas, uma transliteração, o novo, o inventado, o produzido. Foi nesta perspectiva historiográfica que Natalie Davis produziu conhecimento histórico, também sobre o Direito.

As necessidades que contornam a escrita da história, por vezes, são determinadas pelo imediatismo, pelo burocrático, que não se lança à experiência de uma pesquisa exaustiva de fontes variadas, para não perder tempo. Esta escrita contenta-se com o suficiente das informações que são disponibilizadas nos arquivos.

Não considerar o texto, mas as atitudes de escrita é desatar a possibilidade de inventar, mas com a convicção de que:

“em matéria factual – especialmente nela – o rigor do historiador deve prevalecer, e isto vale tanto para os ‘grandes’ fatos da política ou da economia, como para os ‘pequenos’ fatos

da vida cotidiana das aldeias ou de 'personagens anônimos', isto é, os não pertencentes ao panteão dos personagens oficiais da história". (VAINFAS, 2002, P.103)

Concluimos que a escolha da micro-história, como prática historiográfica, possibilita a liberdade do *pôr-de-si* através da invenção do novo com os utensílios que a operação historiográfica oferece. Aqui se pode localizar a microanálise do trabalho de Natalie Davis sobre a historiografia que inventou. Sobre uma história do Direito que, apesar de uma temporalidade remota, é pertinente às reflexões atuais sobre a Justiça Restaurativa e mediações de conflitos, por exemplo.

Evidenciamos a pesquisa do excepcional das "Histórias de perdão", na busca da normalidade nas redes de comunicação e de eventos nas vidas daquelas pessoas, nas suas redes de relações sociais. Segundo Lima (2006), relações sociais formam redes, e não apenas cadeias ou trilhas, precisamente porque cada pessoa e grupo constitui um ponto de encontro, ou nó, de muitas relações.

Apesar da brevidade deste texto, mas o objetivo foi analisar a escolha metodológica da autora, considerando a sua escrita inventiva e a captura de o inscrito nas cartas de remissão, bem como os seus questionamentos de pesquisa e suas necessidades. Enfim, sentir a atitude investigativa da autora, e de como se responsabiliza pela produção do conhecimento histórico, ao tempo que oferece ao leitor experiências únicas de compreensão social e cultural de uma determinada sociedade, e temporalidade.

Nesta análise, implicou o valor do processo de construção do livro, e não no produto. Não para ver teorias e metodologias melhores ou piores, mas para compreender que o campo do conhecimento do Historiador é específico, abre-se à crítica, mas não está fechado a determinado procedimento metodológico. E estas escolhas estão evidentes nas suas atitudes, em um *pôr-de-si*, que é único. E que abriu espaço para o desejo de inventarmos nas futuras páginas de alguma historiografia, sobre uma realidade concreta, para a reconstrução do fato histórico. Bem como para produzirmos conhecimento jurídico, com o foco nas resoluções de problemas reais.

6 Ver em ALMEIDA, Sonia. *Escrita no ensino superior – a singularidade em monografias, dissertações e teses*. São Paulo: Editora Paulistana, 2011.

13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Sonia. *Escrita no ensino superior – a singularidade em monografias, dissertações e teses*. São Paulo: Editora Paulistana, 2011.

DAVIS, Natalie Zamon. *Histórias de perdão e seus narradores na França do Século XVI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*. O cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição. São Paulo, Companhia das Letras, 1987.

LEVI, Giovanni. Sobre a micro-história. In: BURKE, Peter (org). *A escrita da história*. Novas perspectivas. São Paulo: UNESP, 1992. (P. 133-16)

_____. *A herança imaterial: trajetória de um exorcista no Piemonte do século XVII*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

LIMA, Henrique Espada. *A micro-história italiana: escalas, indícios e singularidades*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

VAINFAS, Ronaldo. *Os protagonistas anônimos da história: micro-história*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

ZIZEK, Slavoj. *O mais sublime dos histéricos: Hegel com Lacan*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

ALÉM DE FERIR O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA

Anna Graziella Neiva **ADVOGADA**,

*Pós Graduada em Direito Constitucional, concluindo MBA em Direito Tributário na FGV,
Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas no CECGP/Universidade Portucalense*

A divulgação dos pedidos de prisão preventiva de três importantes lideranças do PMDB suscita mais do que uma defesa elementar. O processo, que tramitava há semanas no mais alto grau de sigilo, Supremo Tribunal Federal, desconhecido até mesmo pelos acusados, consiste em extrema e perigosa afronta às garantias constitucionais brasileiras.

O vazamento da informação, em nuance criminosa, evidencia a deliberada intenção de pré-julgamento e de condenação moral dos citados. Sobre tal expediente, utilizado, reiteradas vezes, por interesses escusos neste período tumultuado de crise nacional, espera-se que o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, cumpra a manifestação feita publicamente de investigar e punir os responsáveis, zelando assim pela condução das elevadas finalidades de uma instituição com dever de defender os direitos sociais e individuais, a ordem jurídica e o regime democrático. As declarações do senhor Nestor Cerveró, ao comentar a prisão do senador cassado Delcídio do Amaral, de que tal orientação partira de algum membro do Ministério Público Federal representam grave mácula a esta instituição.

A avalanche de vazamentos das delações com conteúdos direcionados a interesses escusos, no atual momento da política brasileira, demonstra uma lacuna no ordenamento jurídico nacional. Tanto é assim que a Câmara dos Deputados agora analisa um projeto de lei que criminaliza a divulgação do conteúdo dos depoimentos tomados no âmbito da delação premiada. A pena prevista varia de 1 a 4 anos de reclusão, além de multa.

O deputado autor do PL 4.372/16 é o advogado Wadih Damous (PT-RJ), ex-presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro. De acordo com o deputado, o objetivo é "evitar que os vazamentos destruam a honra e a intimidade de pessoas sobre as quais não pesam acusações formais". A proposta também altera a lei da delação premiada (Lei 12.850/13), para permitir a homologação judicial do acordo apenas quando o acusado ou indiciado estiver respondendo ao processo ou à investigação em liberdade. Tal modificação preservaria o requisito essencial da delação premiada, qual seja, seu caráter voluntário e evitaria que a prisão cautelar fosse usada como instrumento de pressão psicológica.

A acepção da palavra *lei*, originária do latim *ligare*, que significa "aquilo que liga", nos permite vislumbrar o sentido das leis ao estabelecerem os elementos normativos que intervêm em um fenômeno que transcorre solto. Com fulcro em todos os casos já ocorridos na Operação Lava Jato, fica evidente a importância do mencionado projeto, vez que trará mais segurança jurídica e uma maior certeza de que as delações serão utilizadas nos moldes legais estabelecidos, sem elasticidades que comprometam o direito ao contraditório, à ampla defesa, assim como resguardará eventuais réus de uma condenação social antecipada por meio da imprensa nacional.

É inquestionável que conversas gravadas pelo próprio delator, em ambiente amistoso, por óbvio, aniquilem o princípio jurídico da ampla defesa e do contraditório, bem como desqualifiquem o conteúdo ali contido. Conselhos e orientações dadas a um suposto amigo, em conversas gravadas em ambiente informal, não podem se elevar à legitimidade de provas, obtidas de forma ilícita.

De acordo com a imprensa o Procurador Geral da República julgou dita reunião como fato típico disposto na Lei 12.850/2013, que estabelece no parágrafo 1º do artigo 2º a seguinte conduta criminosa: "Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa".

O pedido enviado ao STF abriria, em tese, um precedente para prender qualquer cidadão que emitisse uma opinião, prática somente adotada nos mais abjetos regimes ditatoriais - além de ferir mortalmente a Súmula 145, do STF, que anula a legitimidade de provas oriundas de flagrantes previamente preparados. O ordenamento jurídico do país determina que até mesmo o Ministério Público e a Polícia Federal precisam de autorização judicial para violar o sigilo telefônico e a privacidade de qualquer cidadão.

A crítica ao teratológico pedido de prisão cinge-se à sua total discrepância com posicionamentos e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em situações jurídicas análogas. Atenta-se aqui contra dois princípios de relevância extrema dentro de uma Carta

dita republicana e democrática, quais sejam, a liberdade de expressão e a liberdade de reunião – que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais titularizados pela pessoa humana.

Nessa esteira, válido rememorar valioso acórdão proferido pelo ministro Celso de Mello:

“A Constituição Federal expressamente preceitua que a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública. Em qualquer assunto, é livre a manifestação do pensamento, por qualquer meio, sem dependência de censura, respondendo cada um, na forma legal, pelos danos que cometer. Não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião (pacífica e sem armas) do povo para exercitar o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos. À Polícia não assiste, de modo algum, o direito de localizar ‘meetings’ e comícios. Não se concede ‘habeas-corpus’ a indivíduo não indicado nominalmente no pedido.”

No dito acórdão o Ministro transcreveu trecho da petição do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), presente naqueles autos:

A proibição do dissenso equivale a impor um ‘mandado de conformidade’, condicionando a sociedade à informação oficial – uma espécie de ‘marketplace of ideas’ (OLIVER WENDELL HOLMES) institucionalmente limitado. Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório (‘chilling effect’), culminando, progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão (...).

Em uma sociedade embasada em preceitos democráticos é intolerável aceitar qualquer repressão ao direito do pensamento e manifestação. Sobre essa mesma temática rememora-se a ADPF 187 em que o Supremo Tribunal Federal emitiu posicionamento jurídico forte em favor do direito constitucional a liberdade de expressão e o direito de reunião.

O açodamento movido por interesses divergentes da legislação subtrai a justiça, compromete o discernimento necessário em todo julgamento e inverte a lógica de qualquer investigação: delatores transformam-se em heróis e delatados em vilões. Em pelo menos duas conversas telefônicas divulgadas pela imprensa, o “herói” de mais esta delação, o ex-presidente da Transpetro, Sérgio Machado, foi o mesmo que adjetivou o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, de “mau caráter”.

As considerações aqui tecidas poderiam ser interpretadas pelo viés da superficialidade

como se fossem a mera defesa de um ex-presidente da República que, aos 86 anos, é alvo do pior achincalhe de sua vida pública, após a divulgação de um obscuro pedido de prisão domiciliar. Porém, a insegurança institucional que ameaça a República vai além do esdrúxulo pedido de prisão a José Sarney – justamente o homem que conduziu o Brasil do período ditatorial para a democracia, garantindo estabilidade para a instituição do Estado Democrático de Direito. É preciso ainda ratificar que, com a promulgação da Constituição Brasileira o Ministério Público auferiu independência e o Poder Judiciário ascende institucionalmente. A discussão acadêmica acerca do ativismo judicial é tema novo que ganha destaque somente a partir da primeira década desse século, vez que guarda relação íntima com a promulgação da Carta Magna.

Não existem fatos isolados. É preciso a análise que devolva ao cidadão a compreensão mais profunda e isenta de belicosidade. Por que membros do governo do PT, flagrados em conversas comprometedoras sobre malversação de recursos públicos, não tiveram prisão preventiva solicitada pela Procuradoria-Geral da República? A quem interessaria o vazamento das informações de um pedido de prisão de membros da cúpula do PMDB, ao que tudo indica, com fragilidades jurídicas já amplamente criticadas pelos mais renomados juristas do país? Até onde a submissão dos poderes ao Ministério Público pode chegar? Com que finalidade usa-se a coerção da opinião pública para pressionar membros da mais alta corte do país, o STF, a decidirem sobre pedidos de prisão ao arrepio das leis brasileiras?

Chegamos a tal ponto em que não é mais possível delimitar onde começa a judicialização da política e a politização da justiça. No entanto, o Brasil tem pressa, precisa e vai superar a mais grave crise da história recente da República.

IGUALDADE, PRIVACIDADE E O CARÁTER CONTESTADOR DO DIREITO:

Um Breve Relato de Importantes Casos Julgados
Pela Suprema Corte Americana

Alonso Reis Freire¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo expõe alguns importantes casos julgados pela Suprema Corte norte-americana ao longo de mais de cem anos relacionados diretamente a dois importantes valores: igualdade e privacidade.

A história desses direitos nos Estados Unidos é dramática. Muitos foram os casos julgados pela Suprema Corte, até os dias atuais, abordando esses dois princípios tão caros ao constitucionalismo e à democracia. Alguns, contudo, foram mais emblemáticos que outros.

No segue, faço breves relatos dos casos que julgo mais paradigmáticos no que diz respeito a esses dois importantes direitos. Nenhum juízo de valor é feito a propósito das decisões tomadas pela Suprema Corte norte-americana. Deixo essa tarefa ao leitor. Meu propósito é apenas relatar alguns dramas e algumas vitórias para, ao final, tentar chamar atenção para o caráter contestador do Direito, que é confirmado pela retrospectiva das decisões tomadas pela Suprema Corte norte-americana e pelo pressuposto geral de que, ainda que em uma democracia constitucional os juízes possam ter a última palavra, ela não será melhor apenas por essa razão.

¹ Doutorando em Direito Público pela UERJ • Mestre em Direito Constitucional pela UFMG • Professor da UNICEUMA e UFMA

01. DRED: A CHANCELA JUDICIAL DA INJUSTIÇA

Nascido no Estado da Virgínia, o escravo Dred Scott mudou-se com seu senhor para St. Louis, onde, em 1833, foi vendido a John Emerson, um médico-cirurgião do exército. A carreira militar de Emerson os levou, entre outros lugares, ao Illinois e ao Wisconsin, à época territórios norte-americanos onde os escravos eram considerados livres. Em Wisconsin, Scott casou-se com a também escrava Harriet Robinson, cuja propriedade foi transferida a Emerson. Em 1838, durante viagem ao oeste da Louisiana, Emerson casou-se com Eliza Irene Sanford, cuja família morava em St. Louis. Enviado pelo exército norte-americano à Florida, em 1842, Emerson reencontrou sua família somente um ano depois quando, passando algum tempo, veio a falecer. Os escravos continuaram trabalhando para a senhora Emerson e eram ocasionalmente alugados.

Em 6 de abril de 1846, Dred e Harriet Scott ajuizaram duas ações em desfavor de Irene Emerson, pleiteando suas liberdades com base no direito do Estado do Missouri. Como era alto o custo para as duas ações, somente ao processo de Dred foi dado andamento. Apesar disso, a decisão nele tomada estender-se-ia à sua esposa. Como decidido em *Rachael vs. Walker*, importante precedente estadual de 1837, o retorno ao Missouri de um escravo que houvesse residido em um Estado ou Território livre, como era o caso de Dred, fazia dele um homem livre. No Missouri havia, portanto, o princípio de que “uma vez livre, para sempre livre”.

Por motivos incertos, o juiz anulou o processo de Dred, vindo a extingui-lo em 1847. O caso foi novamente arguido em 1850, quando o tribunal, sem hesitar, o declarou livre. Contudo, os três anos que antecederam a essa decisão foram fatídicos: enquanto pendia o julgamento, as remunerações de Dred ficaram retidas até a corte definir ser ele um homem livre ou um escravo. Entrementes, a senhora Emerson casou-se novamente, e mudou-se para New England com o marido, deixando seus negócios a cargo do irmão, John Sanford.

Quando a Corte declarou Dred livre, a possível perda da quantia correspondente às remunerações retidas pela senhora Emerson levaram John Sanford a recorrer, em nome da irmã, à Suprema Corte do Missouri, onde o caso recebeu a designação *Scott vs. Emerson*. Após alguns acontecimentos históricos associados à escravidão, o caso de Dred tomou outro rumo. Afirmando que “os tempos agora não eram os mesmos de outrora”, e declarando que o direito do Missouri não seria ditado por “forasteiros defensores da liberdade”, a Suprema Corte deste Estado reverteu a decisão.

O caso chegou à Suprema Corte norte-americana, onde recebeu nova designação: *Scott vs. John F. A. Sandford* (o sobrenome do demandado - Sanford - foi escrito de forma errada

nos registros da Suprema Corte). Na oportunidade, os advogados de Sanford questionaram o poder do Congresso Nacional de abolir, por meio do Compromisso de Missouri, a escravidão em alguns territórios dos Estados Unidos, haja vista que os escravos eram propriedade privada protegida pela Constituição Federal, de acordo com o Artigo IV, seção 2. A questão, portanto, não mais era saber se o Estado do Missouri deveria reconhecer a condição de escravo a Dred, mas se algum dia foi ele livre, segundo o direito dos Estados Unidos.

O juiz Roger Taney, presidente da Corte, foi encarregado de redigir a decisão em nome de uma maioria formada por 7 juizes, na qual declarou que, embora fossem os negros cidadãos dos Estados-membros da federação, não o eram dos Estados Unidos, o que lhes impossibilitava acionar a justiça federal. Assim, por faltar a Dred legitimidade para agir em um juízo federal, o processo não poderia ser julgado, o que, entretanto, não impediu a Corte de declará-lo ainda escravo. Isto porque a Corte entendeu ter o Congresso excedido sua autoridade ao abolir a escravidão em alguns territórios norte-americanos, visto não lhe ter sido tal competência outorgada pela Constituição Federal. Somando-se a isto o fato de os escravos serem bens protegidos pela mesma Constituição, a Corte viu-se obrigada a declarar inconstitucional o Compromisso de Missouri. Por último, disse a Corte, um escravo que, tido por livre em um território, se mudasse a outro, onde reconhecida a escravidão, veria sua situação regida pela lei deste último, a ser interpretada por seus próprios juizes e tribunais. Desse modo, declarado Dred escravo pela mais alta Corte do Missouri, era essa uma decisão a cujo reconhecimento e respeito estava a Suprema Corte norte-americana obrigada.

Embora vergonhoso, Dred é considerado um dos casos mais importantes da história constitucional norte-americana. Foi um dos estopins para a Guerra Civil e, ao mesmo tempo, a base para revisão da interpretação dos princípios da igualdade e devido processo legal, anos mais tarde, nos principais casos envolvendo questões raciais, como *Plessy vs. Ferguson* e *Brown vs. Board of Education*.

O caso Dred1 foi julgado nos dias 6 e 7 de março de 1857, e decidido por 7 votos contra.

02. NAACP VS. ALABAMA: UM SEGREDO IMPORTANTE

No curso de um processo entre a NAACP - National Association for Advancement of Colored People [Associação Nacional para o Progresso da População Negra] e o Estado do Alabama, em que o procurador-geral do Estado alegava que a NAACP tinha violado uma lei estadual que exigia a qualificação de pessoas para que pudessem iniciar qualquer tipo de negócio no estado, um tribunal, a pedido estado, ordenou a NAACP a divulgar uma lista com os nomes de todos os seus empregados, diretores, colaboradores e membros associados, a fim

de averiguar se todos eram ou tinham sido qualificados. De fato, as autoridades do Alabama desejavam evitar as atividades da NAACP em seu território ou mesmo impedir a continuação das já porventura iniciadas, devido a vários acontecimentos ocorridos contra as políticas segregacionistas praticas no estado. Tanto que, no processo, alegaram que a NAACP estivera diretamente envolvida em um famoso protesto político, ocorrido em 1955, conhecido como Montgomery Bus Boycott, mais precisamente um boicote ao sistema de transporte da cidade de Montgomery como crítica à política de segregação racial no sistema de transporte público estadual. Alegaram também o constante apoio que a NAACP vinha dando a estudantes negros que pleiteavam suas admissões na universidade estadual, e a responsabilizavam pelos tumultos, prisões e danos ao patrimônio público ocorridos devido aos protestos estudantis.

A NAACP respondeu alegando que a lei estadual referida não se aplicava a associações como a NAACP e que o real intuito do Estado do Alabama ao mover a ação era o de restringir os direitos constitucionais às liberdades de expressão e associação dos membros e da associação como um todo. Como alternativa, a NAACP aceitou qualificar seus membros, desde que a ordem para a divulgação dos nomes dos seus associados fosse revogada. O tribunal não aceitou a proposta. A NAACP se recusou, então, a cumprir a ordem quanto à divulgação dos nomes dos seus membros associados, alegando o receio de que, uma vez divulgados os nomes, seus membros poderiam passar a sofrer assédios e intimidações, como já havia ocorrido tempos antes em outros estados.

Diante do não cumprimento da ordem, o tribunal condenou a NAACP por desobediência judicial, multando-a inicialmente em U\$ 10.000, e julgando o caso a favor do Estado do Alabama.

A NAACP recorreu, então, à Suprema Corte norte-americana, alegando que a ordem que a compelia a divulgar uma lista contendo os nomes dos seus associados violava a cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda à Constituição Federal norte-americana, sendo, além disso, injustificada, uma vez que o Estado do Alabama não precisava realmente saber quem seriam os membros associados a NAACP.

A Corte estava diante da seguinte questão: pode o poder público compelir uma organização política a divulgar os nomes dos seus membros? A resposta da Corte foi “não”.

A Corte, por meio do juiz John Marshall Harlan II, decidiu que, se a divulgação dos nomes dos membros de uma expressiva organização pudesse pôr em risco suas liberdades de associação e expressão, então o poder público não pode compeli-la a tanto.

A cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda à Constituição norte-

americana inclui as liberdades de associação e expressão, ambas necessárias, segundo a Corte, à defesa efetiva das causas que uma organização, como a NAACP, defende. Obrigar esse tipo de organização a divulgar os nomes dos seus associados poderia comprometer essas liberdades da associação e dos próprios membros individualmente considerados, uma vez que possibilitaria expô-los a represálias por suas crenças e pelo o que defendem. A NAACP provou que a divulgação dos nomes de seus associados em outros estados fez com que eles fossem colocados em listas negras, demitidos e ameaçados. Sob essas circunstâncias, compelir a NAACP a divulgar os nomes dos seus associados reduziria as liberdades de expressão e associação do grupo e de cada um deles, afirmou a Corte.

O Estado do Alabama, por outro lado, não demonstrou um motivo suficiente para justificar essa consequência restritiva aos direitos constitucionais da NAACP e de seus associados. A NAACP estava disposta a divulgar apenas os nomes dos seus diretores e empregados. Além disso, a NAACP, constatou a Corte, não estava usando esse argumento como artifício para obter imunidade perante uma investigação a ser feita pelo poder público. Esse caso ilustra o procedimento que a Suprema Corte norte-americana usa para analisar ações do poder público que envolvem ameaças a direitos fundamentais. Esse tipo de caso geralmente envolve a aplicação de uma análise minuciosa, que a Corte chama de *strict scrutiny*. Sob a análise de *strict scrutiny*, para a Corte, deve haver um interesse público suficientemente justificado para a restrição de direitos constitucionais a fim de pôr em prática alguma meta ou finalidade pública. Ou seja, significa que, se o interesse almejado pelo Estado puder ser realizado por meios menos restritivos, então ele é injustificado e, portanto, inconstitucional. Se, porém, não houver outro meio menos restritivo, então, a Corte considera-o como justificado e, assim, constitucional.

Um dos argumentos utilizados pelo Estado do Alabama para sustentar sua posição foi a decisão em *Bryant vs. Zimmerman*, de 1929, em que a Suprema Corte declarou constitucional uma lei promulgada pelo Estado de Nova York que exigia a divulgação de listas de membros de organizações que exigiam promessas formais de lealdade. Contudo, o juiz Harlan afirmou que o caso *Bryant* não poderia ser resgatado para o caso presente, tendo em vista que, naquele, a organização tinha natureza violenta e propósitos discriminatórios. Tratava-se da Ku Klux Klan, que se recusava a dar informações às autoridades sobre seus locais de atividades. O juiz Harlan esclareceu que, em *Bryant*, a ordem para que a Ku Klux Klan divulgasse os nomes dos seus membros era necessária, o que não ocorria no presente caso.

O juiz Harlan reconhecia que as duas legislações eram muito semelhantes em seus propósitos. Contudo, acreditava também que ambas eram amplas demais. Elas tinham

uma amplitude excessiva (overbreadth)², e isso as tornaria inaplicáveis em algumas circunstâncias. Nas palavras do juiz Harlan, repetidas quase sempre nos casos semelhantes e posteriores julgados pela Suprema Corte, “o objetivo do Estado de controlar ou evitar atividades constitucionalmente sujeitas à regulamentação não pode ser realizado por meio de significados amplos o bastante para invadir o âmbito das liberdades protegidas”. Com isso, a Corte afirmou que esse tipo de legislação não pode ser aplicada a toda e qualquer organização ou em toda e qualquer circunstância. Ou seja, a constitucionalidade desse tipo de legislação depende da forma como ela é interpretada, o que, nos dois casos, dependeu de a quem ela era aplicada.

O caso³ foi julgado em 30 de junho de 1958, e decidido à unanimidade.

03. BROWN: A ESTRATÉGIA PARA A IGUALDADE

As decisões em Brown são resultado de uma campanha de quase vinte anos feita pela NAACP. Em meados da década de 1930, a NAACP ajuizou diversas ações nos estados e na justiça federal, questionando a política de segregação racial em lugares públicos e em ambientes escolares, conhecida como regime “Jim Crow”⁴. Com isso, tentava-se abolir este regime e melhorar, sobretudo, a educação pública dos afro-americanos. O principal obstáculo à pretensão da NAACP era o precedente criado em Plessy vs. Ferguson, julgado em 1896, no qual a Suprema Corte decidiu, por 7 votos contra 1, que a segregação racial em locais públicos era “razoável” e não violava a Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda. Para a NAACP, não era interessante confrontar Plessy diretamente. A estratégia era derrubá-lo aos poucos.

O regime “Jim Crow” começou a ruir em 1938, quando a Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucional restringir o acesso de estudantes negros à faculdade de Direito da Universidade do Missouri, em Missouri ex rel. Gaines vs. Canada. Decisões posteriores

-
- 2 Essa técnica de decisão, conhecida como overbreadth doctrine, foi amplamente usada durante os anos em que a Suprema Corte norte-americana foi presidida por Earl Warren (1953-1969). Tempos depois, ela sofreu várias modificações e restrições. Mas essa técnica é geralmente utilizada para se estabelecerem exceções para a aplicação de determinadas leis. Normalmente, um litigante alega que a lei é inconstitucional “como aplicada” a ele. O litigante convence o juízo, e esse separa os aspectos inconstitucionais da lei, invalidando suas aplicações “inapropriadas”.
- 3 National Association for Advancement of Colored People vs. Alabama, Ex Rel. Patterson, 347 U.S 449 (1958).
- 4 O “regime Jim Crow” eram leis estaduais e locais decretadas nos estados sulistas e limítrofes nos Estados Unidos, em vigor entre 1876 e 1965, e que discriminavam afro-americanos, asiáticos e outros grupos minoritários. A “era Jim Crow” se refere ao tempo em que esta prática ocorria. As leis mais importantes exigiam que os locais, escolas e transportes públicos tivessem instalações separadas para brancos e negros. Jim Crow era o nome de um personagem representado por Daddy Rice, um comediante da década de 1830 que pintava seu rosto com carvão vegetal e dançava e cantava em espetáculos, caricaturando uma pessoa negra tola, que fazia e dizia disparates. Por volta de 1950, essa personagem, que estereotipava a inferioridade dos negros, tornou-se negra nos espetáculos de sátira. Tornou-se depois também um apelido para as leis e atos racistas.

patrocinadas pela NAACP continuaram enfraquecendo o regime; na maioria dos casos, a questão envolvia transporte público e educação.

O maior passo se deu em 1948, quando o Procurador-Geral dos Estados Unidos assinou, pela primeira vez, uma petição, na qualidade de *amicus curiae*, no caso *Shelley vs. Kraemer*, o que sinalizou apoio à estratégia da NAACP. Em 1950, um outro importante passo foi dado: a Corte, em *McLaurin vs. Oklahoma State Board of Regents*, declarou inconstitucional a segregação nas escolas técnicas, estendendo a mesma decisão às faculdades de Direito em *Sweatt vs. Painter*.

O maior desafio para NAACP era conseguir uma ordem judicial que impusesse aos Estados o fim da segregação racial.

A Corte passou o verão de 1953 refletindo sobre a possibilidade de concessão da ordem, quando o destino interveio: o juiz Fred Vinson, até então presidente da Corte, e que redigiu a decisão dos casos *Sweatt* e *McLaurin*, hesitando em impor, por meios judiciais, o fim da segregação nos Estados, morreu subitamente. Para ocupar seu lugar, o presidente Dwight Eisenhower indicou o ex- governador da Califórnia, Earl Warren. Naquele ano, Warren convenceu os demais juízes a decidir o mérito e deixar a discussão sobre a ordem judicial para outra ocasião. Por essa razão, fala-se em “Brown I” e “Brown II”.

Em “Brown I”, a Corte afirmou que a doutrina do “separados, mas iguais”, firmada em *Plessy*, “não tinha mais lugar no campo da educação pública”. Como dizem os analistas, se em “Brown I” teve-se uma “clareza moral sem fundamento teórico”, em “Brown II”, decidido um ano depois, faltaram as duas coisas.

A NAACP havia formulado o pedido de ordem judicial que determinasse imediata integração racial ou que, pelo menos, estabelecesse um prazo para tanto. A Corte, receando ser recepcionada com hostilidade e violência a decisão que acolhesse o pedido da NAACP, limitou-se a exigir que os Estados procedessem à integração racial “à toda velocidade possível”. Assim, uma Corte, firme quanto ao mérito em 1954, mostrava-se agora bastante insegura, a ponto de tomar uma decisão ambígua, senão vazia, quanto à ordem para concretizar o direito à igualdade entre negros e brancos, que havia reconhecido. Por conta disso, vários obstáculos e dificuldades foram postos pelos Estados para efetivar a integração racial.

“Brown I”⁵ foi julgado em 17 de maio de 1954, e decidido à unanimidade. “Brown II”⁶ foi julgado em 31 de maio de 1955, e decidido à unanimidade.

5 *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (“Brown I”)

6 *Brown vs. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955) (“Brown II”).

04. LOVING: UMA VITÓRIA COLORIDA

No caso *Pace vs. Alabana*, julgado em 1883, a Suprema Corte norte-americana declarou constitucional uma lei do Estado do Alabama que punia com maior severidade a prática sexual inter-racial. Tendo em vista que os praticantes da relação sexual recebiam a mesma punição, não havia, sustentava a Corte, violação à Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda. Tal entendimento tornou-se conhecido por "igual discriminação" ou "exceção igual à igual proteção". Em *Shelley vs. Kraemer*, julgado em 1948, a Suprema Corte recusou-se a aplicar o precedente firmado em *Pace*. Anos mais tarde, tornou-se evidente a inconsistência de *Pace* face ao princípio da não-discriminação, enunciado em *Brown vs. Board of Education*, de 1954.

Richard Perry Loving, um homem branco, e Mildred Jeter, uma mulher negra, para esquivarem-se da "lei antimiscigenação" do Estado da Virgínia, a Racial Integrity Act, de 1924, que proibia e punia a união inter-racial, resolveram se casar no Distrito de Colúmbia. Ao retornarem àquele Estado, foram condenados e sentenciados a um ano de prisão. A sentença, contudo, poderia ser suspensa sob a condição de que o casal deixasse a Virgínia. Mudaram-se então para o Distrito de Colúmbia, onde ajuizaram uma ação para desconstituir a referida decisão. Na década de 1960, a Virgínia era um dos dezesseis Estados do sul dos Estados Unidos que adotavam tais leis.

A Suprema Corte norte-americana declarou inconstitucional a lei estadual por entender que estabelecia uma classificação racial proibida pela Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda. "Sob a nossa Constituição", afirmou o presidente Earl Warren, "contrair ou não contrair matrimônio com uma pessoa de outra raça é uma liberdade do indivíduo e não pode ser infringida pelo Estado". Com essa decisão, a Corte anulou *Pace*, e pôs fim a restrições legais ao casamento baseadas na raça.

O caso *Loving*⁷ foi julgado em 12 de junho de 1967, e decidido à unanimidade.

05. ROE: UMA MENTIRA QUE VALEU A PENA

No início da história americana, considerava-se o aborto uma prática mais perigosa que o próprio parto, diante da precariedade da incipiente medicina praticada no país naquela época. Isso tornava a prática do aborto algo muito raro e arriscado. Por esse motivo, os legisladores do século XIX não consideravam necessário tornar o aborto uma prática criminosa.

7 *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

No entanto, quando os avanços na medicina tornaram o aborto uma prática mais segura, alguns Estados, já nas últimas décadas do século XIX, passaram a proibi-la, sustentando a necessidade de proteção da saúde e vida da gestante. Com o advento do Comstock Act, uma legislação federal aprovada em 1873, instrumentos e drogas utilizados para provocar abortos ou que servissem como contraceptivos passaram a ser considerados materiais “obscenos”.

No início do século XX, conservadores e reformistas começaram a promover políticas de controle de natalidade, como forma de reduzir o número de membros das famílias, sobretudo das mais pobres. Convencidos da necessidade, 48 Estados americanos aprovaram, então, legislações que apoiavam o controle da natalidade em seus territórios. A descriminalização do controle de natalidade realçou a liberdade individual das mulheres, mas o uso de drogas e métodos contraceptivos não garantia, por si só, o direito à autodeterminação reprodutiva às mulheres. Relações sexuais poderiam ocorrer sem o consentimento das mulheres, dada a obrigação legal imposta a estas de satisfazerem os desejos de seus maridos, quando unidos em matrimônio. Mesmo quando as mulheres passaram a ter a liberdade de utilizar métodos contraceptivos, estes, contudo, ainda não eram tão confiáveis.

No início da segunda metade do século passado, a tão chamada revolução sexual foi responsável, a um só tempo, pelo desenvolvimento da ideia de igualdade de gênero e pelo aumento das pesquisas de drogas e novos métodos contraceptivos. Contudo, a despeito dos grandes avanços científicos nesta área, observou-se também, nas décadas de 1960 e 1970, um aumento significativo de situações e circunstâncias nas quais as mulheres desejavam praticar abortos. Começava, então, o desenvolvimento da noção de um direito constitucional à autonomia sexual.

Na metade da década de 1960, o aborto ainda era considerado uma prática ilegal em todos os estados americanos, exceto quando considerado único meio de salvar a vida da gestante. Em 1965, no famoso caso *Griswold vs. Connecticut*, a Suprema Corte pôs fim às legislações estaduais que proibiam a compra e criminalizavam o uso de drogas e instrumentos que provocassem abortos por casais não unidos em matrimônio. A Suprema Corte afirmou existir uma “zona de privacidade” à qual o Estado não deve ultrapassar, declarando com isso que as mulheres tinham o direito à autodeterminação sexual.

No início da década de 1970, após a descoberta de que Taladomida - uma droga que muitas mulheres americanas tomavam para diminuir os enjoos matinais - poderia causar malformações congênitas de fetos e com a grande divulgação do caso da americana Sherry Finbine, que viajou à Suécia para realizar um aborto ao temer que seu filho nascesse com alguma deficiência mental ou física, a pressão pública pela descriminalização do aborto cresceu como nunca antes em todos os Estados Unidos.

No caso Roe, discutia-se a constitucionalidade de uma lei do Texas que criminalizava o aborto, salvo se sua prática fosse para proteger a vida da gestante. Era igualmente posta em dúvida a constitucionalidade de leis que autorizavam, desde que atendidas certas condições, a prática abortiva, como uma lei do Estado da Geórgia, que a permitia quando aprovada por uma junta médica do hospital em que seria realizada.

A decisão da Corte, redigida pelo juiz Harry Blackmun, estabeleceu que os Estados têm o legítimo interesse de proteger a vida do feto, o que entretanto não lhes outorgava o poder de proibir o aborto em qualquer fase da gravidez. Blackmun dividiu então a gravidez em três períodos ou trimestres. Durante o primeiro trimestre, a mulher teria o direito irrestrito de realizar o aborto. Seria inconstitucional qualquer condição ao seu exercício, como a prévia internação ou a aprovação por uma junta médica do hospital. Durante o segundo trimestre, os Estados só poderiam restringi-lo caso o aborto apresentasse ameaça à vida da gestante. Somente no terceiro trimestre é que os Estados teriam o legítimo interesse de proibir a prática do aborto para proteger a vida do feto, a menos que a gestação pusesse em risco a vida da mãe.

O juiz Blackmun fundamentou sua decisão com base no direito à privacidade, que decorria da Cláusula do Devido Processo Legal da Décima Quarta Emenda, e os juízes dissidentes, Byron White e William Rehnquist, criticaram a Corte por ter ela reconhecido um direito não previsto na Constituição norte-americana, embora já o sido em *Griswold vs. Connecticut*, julgado em 1965, quando a Corte declarou inconstitucional a legislação estadual que proibia casais unidos em matrimônio usar drogas ou outros meios contraceptivos.

Em Roe, a Corte, de fato, deixou claro que qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez, antes, portanto, do sétimo mês, seria inconstitucional. Desse modo, os Estados só poderiam proibir o aborto para proteger a “vida” do feto no terceiro e último trimestre

Anos depois, porém, alguns Estados ainda assim tentaram impor limites à prática do aborto. Em *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, de 1976, a Corte declarou inconstitucionais leis que exigiam o consentimento de esposo ou parentes para que as mulheres pudessem realizar abortos.

A Corte, entretanto, vacilou algumas vezes. Em *H.L. vs. Matheson*, julgado em 1981, a Corte sustentou ser constitucional a exigência de comunicação aos pais pelo médico, quando a gestante fosse menor, e ao cônjuge ou pai da criança. Em *Planned Parenthood Association of Kansas vs. Ashcroft*, de 1983, a Corte chegou a sustentar a necessidade de prévia internação da gestante. Contudo, em *Ohio vs. Akron Center of Reproductive Health*, de 1990, e em *Hodgson*

vs. Minnesota, de 1991, a Corte declarou que exigência de autorizações a serem obtidas dos pais era inconstitucional

Em *Planned Parenthood of Southeastern vs. Casey*, julgado em 1992, a Corte, no entanto, tomou uma decisão inesperada pela maioria dos americanos e juristas. É interessante observar que nos casos envolvendo o direito à privacidade, a Suprema Corte vem construindo a ideia de que leis que afetam a vida familiar e escolhas sexuais pessoais são tão íntimas que as pessoas devem ter a liberdade de fazerem suas próprias opções, não as deixando a cargo de decisões coletivas.

Após mais de 35 anos, a decisão do caso *Roe* ainda é uma das mais polêmicas na história da Suprema Corte americana. A ação foi ajuizada em nome de Jane Roe para assegurar que a verdadeira requerente, Norma McCorvey, não tivesse os fatos a respeito de sua gravidez revelados perante a Corte.

O caso *Roe*⁸ foi julgado em 22 de janeiro de 1973, e decidido por 7 votos contra 2.

06. BOWERS: O SEXO SEM CONEXÃO COM A PRIVACIDADE

Michael Hardwick, um garçom homossexual da cidade de Atlanta, Estado da Geórgia, foi preso por praticar sexo oral com outro homem em seu próprio quarto. Um policial que foi à casa de Michael Hardwick para prendê-lo por não ter pago uma multa por consumo de bebida alcoólica em local público, os descobriu. A ordem para adentrar a residência foi dada por um amigo de Hardwick, que tinha dormido em sua casa e que não sabia que Hardwick estava em seu quarto.

A sodomia, definida pelo Estado da Geórgia como “qualquer ato sexual envolvendo os órgãos sexuais de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra de mesmo sexo”, era considerada crime, com pena de detenção de até vinte anos. Os promotores estaduais não propuseram ação penal contra Hardwick, que, entretanto, questionou a constitucionalidade da referida lei perante a justiça federal. O requerido era o Procurador-Geral do Estado, Michael J. Bowers.

A corte distrital rejeitou os argumentos de Hardwick. Contudo, em uma decisão acirrada, a Corte Federal de Apelações da Sétima Região reformou a decisão, afirmando que a lei em questão violava o direito fundamental de Hardwick à privacidade.

8 *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

O caso foi então levado à Suprema Corte norte-americana, que se recusou a considerar a proteção à sodomia como exigência do direito à privacidade. A Corte entendeu que decisões anteriormente tomadas sobre o direito à privacidade, em casos como *Griswold vs. Connecticut*, de 1965, ao declarar inconstitucional uma lei de Connecticut que criminalizava o uso de qualquer meio contraceptivo por casais unidos em matrimônio, e em *Roe vs. Wade*, de 1973, ao permitir o aborto, não poderiam ser consideradas precedentes para o caso, pois, como o juiz Byron White afirmou na decisão redigida em nome de uma pequena maioria, estavam elas limitadas a questões que envolviam “família, casamento ou procriação”, coisas que “não tinham conexões” com a prática homossexual.

Ao negar o direito à privacidade a *Hardwick*, estava, portanto, a Corte, declarando ser permitido aos Estados criminalizar a relação sexual entre homossexuais adultos que a praticassem de livre e espontânea vontade.

Hardwick foi representado perante a Suprema Corte por Laurence H. Tribe, advogado e professor de Direito Constitucional em Harvard, que elaborou sua defesa com fundamentos dezessete anos mais tarde utilizados na decisão do caso *Lawrence vs. Texas*, que anulou *Bowers*.

Michael *Hardwick*, infelizmente, não viu o Direito Americano reconhecer a sodomia como prática protegida pelo direito à privacidade; direito este, a propósito, não estabelecido expressamente na Constituição Federal norte-americana e em nenhuma de suas emendas. Ele faleceu em junho de 1991, devido a complicações decorrentes da AIDS

O caso *Bowers*⁹ foi julgado em 30 de junho de 1986, e decidido por 5 votos contra 4.

07. ROMER: A PROIBIÇÃO DA DESPROTEÇÃO

Com a expansão do movimento gay nos Estados Unidos nas décadas de 1980 e 1990, a necessidade de definição da “posição constitucional” dos homossexuais norte-americanos passou a ser uma questão de ordem. Diferentemente do que ocorria em relação a outros grupos, como o dos afro-americanos, a Suprema Corte recusava-se a tratar a legislação sobre os gays como “suspeita”

Como vimos, acima, em *Bowers vs. Hardwick*, julgado em 1986, a Corte recusou-se a declarar nula uma lei do Estado da Virgínia que proibia a sodomia.

⁹ *Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

Passados dez anos, os homossexuais ganharam maior visibilidade, o que lhes custou conflitos diretos com cristãos e outros grupos conservadores que ainda hoje condenam relações entre indivíduos do mesmo sexo.

O contraste entre a prática sexual tradicional e o estilo de vida gay tornou-se particularmente nítido no Colorado, Estado norte-americano que, embora bastante conservador, abrigava cidades liberais, como Denver, Aspen e Boulder

No início da década de 1990, tais cidades aprovaram leis que criminalizavam o preconceito ou a discriminação contra homossexuais. Em resposta a essas legislações progressistas e liberais, grupos religiosos fundamentalistas e outros defensores dos “valores da família” apoiaram e fizeram aprovar uma emenda à Constituição do Colorado que tornava nulo qualquer ato do poder público destinado à proteção das pessoas de acordo com a sua orientação sexual ou estilo de vida

Grupos gays ativistas, organizações liberais, inclusive religiosas, a American Civil Liberties Union [União Americana em prol das Liberdades Cívicas], bem como NAACP ajuizaram uma ação contra a referida emenda na Suprema Corte do Estado do Colorado, que a declarou inconstitucional sob o fundamento de que violava a Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda.

O Estado do Colorado, por meio de seu governador, Roy Romer, levou a questão à Suprema Corte norte-americana e sustentou que a emenda não discriminava os homossexuais: simplesmente revogava direitos especiais que lhes havia sido concedidos e que, entretanto, não foram estendidos a outros grupos.

Representados por Richard Evans, ativista gay coordenador de uma pesquisa sobre o HIV, em Denver, os críticos da emenda alegaram que a sua promulgação refletia o preconceito, por parte de uma maioria do Estado, contra os homossexuais

O juiz Anthony Kennedy, que redigiu a decisão em nome da maioria, manteve a decisão da corte estadual, evocando dois principais argumentos do famoso voto dissidente proferido pelo juiz John Marshall Harlan no caso *Plessy vs. Ferguson*, julgado em 1896: “A Constituição”, transcreveu Kennedy, “não conhece nem tolera classes entre cidadãos”, tendo a emenda em questão o único propósito de “torná-los [os homossexuais] desiguais em relação a todos os demais”. Kennedy, porém, negou-se a reconhecer que a legislação sobre os homossexuais deveria ser tida por “suspeita”. O mais importante, todavia, foi a conclusão da Corte de que a criação de direitos “especiais” para proteger homossexuais constituía simplesmente uma manifestação do princípio da igualdade

A partir de então, os Estados ficaram impedidos de legislar com o propósito de “desproteger” minorias.

O caso *Romer*¹⁰ foi julgado em 20 de maio de 1996, e decidido por 6 votos contra 3.

08. LAWRENCE: O TRIUNFO GAY

Em 11 de setembro de 1998, John Geddes Lawrence, 60 anos, e Tyron Garner, 30 anos, foram encontrados praticando sodomia, quando o xerife Joseph Quin entrou no apartamento daquele, localizado no subúrbio de Houston, capital do Texas, após receber do vizinho de Lawrence, Roger David Nance, falsa denúncia de que teria ocorrido troca de tiros no local. Nance confessou ter mentido e passou 15 dias detido.

Lawrence e Garner foram presos em flagrante por violarem a lei anti-sodomia do Estado do Texas, e libertados após pagarem fiança de 200 dólares.

Condenados em primeiro grau à pena de multa, recorreram à Corte Criminal do Texas, perante a qual requereram a rejeição das acusações, sustentando a inconstitucionalidade da lei texana com base na Cláusula da Igual Proteção da Décima Quarta Emenda, argumento não acolhido pela Corte.

Em 2001, pediram revisão pela Corte de Apelações Criminais do Texas, que a indeferiu. O caso chegou à Suprema Corte norte-americana, perante a qual os requerentes foram defendidos por Laurence Tribe, advogado e professor de Direito Constitucional em Harvard.

juízes, rejeitou a fundamentação do caso *Bowers vs. Hardwick*, de 1986, pela qual a condenação das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo era uma velha e difundida “tradição” norteamericana. Na decisão, redigida pelo juiz Anthony Kennedy, citou-se a descriminalização da sodomia em outros países, como Inglaterra, para demonstrar que a visão ocidental sobre o homossexualismo havia mudado. Kennedy afirmou também que os casos mais recentes sobre o direito à privacidade, *Planned Parenthood of Southeastern vs. Casey*, de 1992, e *Romer vs Evans*, de 1996, enfraqueceram os argumentos de *Bowers*. O juiz Antonin Scalia, autor do principal voto dissidente, e conhecido como um conservador originalista e textualista, declarou lamentar que “a Corte tenha tomado partido na guerra cultural”.

O caso *Lawrence*¹¹ foi julgado no dia 26 de junho de 2003, e decidido por 6 votos contra 3.

10 *Romer vs. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

11 *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

CONCLUSÃO

A história constitucional da igualdade e da privacidade ainda não acabou nos Estados Unidos. Há, ainda, muita desigualdade e invasão à privacidade. Contudo, erros e acertos constituem aspectos de uma história de tropeços e levantes que podem conduzir a vitórias.

O Direito não pode ser compreendido apenas como um conjunto de escolhas feitas por alguém no passado. Ele não se esgota em nenhum catálogo, muito menos na vontade de autoridades com poderes sobre nossas vidas. Lembrando o maior jurista dos últimos 70 anos, o Direito é definido pela atitude, pela luta, pela auto-reflexão. E mais que isso. Trata-se de “uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância”¹². Esse caráter contestador, concordo com Ronald Dworkin, é confirmado pela retrospectiva das decisões tomadas pelos tribunais e pelo pressuposto de que, ainda que os juízes possam ter a última palavra, ela não será melhor apenas por essa razão.

Penso que é isso que os casos relatados aqui, como exemplos, podem nos ensinar.

NOTA EXPLICATIVA

O Poder Judiciário norte-americano adota um sistema oficial de referência às decisões da Suprema Corte e demais tribunais. Tomemos o seguinte exemplo:

Roe vs. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

“Roe vs. Wade” é o nome abreviado do caso. Quando muito conhecido, costuma-se citá-lo apenas pelo nome da parte ativa (“Roe”), porém somente quando esta não é uma unidade da federação ou uma entidade norte-americana que haja figurado em muitos casos julgados pela Suprema Corte. No exemplo, Roe é o nome do demandante (plaintiff), parte ativa de uma ação; recorrente ou apelante (appellant), parte ativa de um recurso; ou requerente (petitioner), parte ativa de uma ação cuja competência originária pertence à Suprema Corte ou a uma alta corte de determinada jurisdição norte-americana. Wade é o nome do demandado (defendant), parte passiva de uma ação; recorrido ou apelado (appellee), parte passiva de um recurso; ou requerido (respondent), parte passiva de uma ação cuja competência originária pertence à Suprema Corte ou a uma alta corte de determinada jurisdição norte-americana. 2. “410” é o

12 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, p. 413.

número do volume do repertório no qual a decisão da corte em *Roe vs. Wade* foi publicada. 3. "U.S." é a abreviação do repertório. No exemplo, *United States Reports*. 4. "113" é o número da primeira página da decisão publicada no volume 410 do *United States Reports*. 5. "1973" é o ano em que a Corte decidiu o caso *Roe vs. Wade*.

Até 1874, nas referências oficiais às decisões da Suprema Corte norte-americana constavam, além dos dados acima, o nome do editor contratado pela Corte para publicar os volumes por ela compilados. Tome-se, por exemplo, *Scott vs. Sandford*, 19 How. (60 U.S.) 393 (1857). "19 How." foi a abreviatura utilizada para informar que a decisão constava do repertório número 19, publicado pelo editor Benjamin Chew Howard, responsável pelas publicações da Suprema Corte, entre os anos 1843 e 1860, período em que publicou, ao todo, 24 volumes: do número 42 ao 65.

TOMO IV

IDEIAS POLÍTICAS DE VIEIRA E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA

| JOÃO BATISTA ERICEIRA |

As ideias políticas e jurídicas do Padre Vieira. Pág 177

| SARA FERNANDA GAMA |

A Participação Política Feminina e Aspectos Fundamentais da
Reforma Eleitoral no Brasil: Lei 12.034/2009. Pág 187

| NELSON MORAES RÊGO |

“Antítese Entre Jusnaturalismo e Juspositivismo”. Pág 199



AS IDEIAS POLÍTICAS E JURÍDICAS DO PADRE ANTÔNIO VIEIRA

João Batista Ericeira

*Presidente da Amad,
Membro da Academia Ludovicense de Letras e
Coordenador do Núcleo de Ciência Política do CECGP
Presidente da Academia Maranhense de Letras Jurídicas
Diretor da Escola Superior de Advocacia - ESA/OAB-MA*

Iniciando evoco o Seminário que coordenei entre os dias 4 e 5 de Setembro de 1997, no auditório da Academia Maranhense de Letras, em parceria com a Secretaria de Cultura do Estado, a Academia, o Conselho Seccional da OAB, a UFMA, o Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito, e o Consiglio Nazionale dele Richerche da Itália. De Roma vieram os professores Sonia Netto Salomão e Silvano Peloso, da Università di Roma "La Sapienza". Aquele evento recordava os 300 anos da morte do imperador da língua, ocorrida na cidade de Salvador em 18 de julho de 1697. Ali se discutiu a ampla e profunda influência por ele exercida na cultura luso-brasileira. As reflexões expressadas na ocasião, tal como Vieira procedia em seus sermões, são aqui recolocadas, pela óbvia razão de continuarem tendo a mesma validade. Tento demonstrar a existência de um pensador do Direito no inexcedível orador sacro. Senão vejamos.

Começo estas pálidas reflexões sobre a luminosa obra do Padre Antônio Vieira, citando-lhe um apotegma: "as artes ou ciências práticas não se aprendem só especulando, senão exercitando. Como se aprende a escrever? Escrevendo. Como se aprende a esgrimir? Esgrimindo. Como se aprende a navegar? Navegando".

O orador sacro, o estadista, o teólogo, o criador da língua, teve sensibilidade também para a ciência jurídica? Por certo. Não há campo da atividade humana que tenha escapado ao exame do gênio de Vieira. Há quem entenda ser o Direito mera peça de retórica, nesse diapasão, não poderia deixar de ser examinado pelo gênio da oratória sacra.

Mas não é tarefa fácil para mim, simples leguleio forense, na parqueza da bibliografia disponível, localizar as pérolas do seu pensamento sobre a arte, a ciência ou a técnica denominada Direito.

Os romanos, imbuídos do mesmo senso prático de que era acometido Vieira, definiam a ciência do Direito como a que estuda as coisas humanas e divinas, obviamente, a serviço de fins eminentemente pragmáticos.

Aos romanos interessava dominar pelas armas para impor a língua, o comércio, a cultura e as leis do Império. O Direito era instrumento da dominação de Roma nas terras bárbaras conquistadas. Assim o foi na Península Ibérica, de onde herdamos as instituições políticas, a cultura e o Direito. Vieira depois profetizaria o Quinto Império Mundial, sediado em Portugal, fadado a preservar os valores da civilização ocidental e cristã.

Síntese da alma luso-brasileira deixou múltiplas marcas em nossa herança cultural, incluindo o Direito. Era o homem da ação, nele, o verbo materializava-se em sermões, relatórios e cartas com propósitos eminentemente práticos, como expressava: "para falar ao vento bastam palavras; para falar ao coração, são necessárias obras".

Como religioso, movia-lhe a ideia-força teológica de levar as almas para Deus, nessa linha, o Direito Natural dos Homens é mero reflexo da "*Lex Aeterna*", manifestada na racionalidade da natureza humana. Tal como concebida pela "*Suma Teológica*" de São Tomás de Aquino, esta por sua vez recepcionaria dos pressupostos da filosofia aristotélica. O silogismo desta se faz presente na estrutura da pregação, por exemplo, do Sermão de São Antônio aos Peixes, proferido na festa do seu patrono, em São Luís, assim:

Exórdio (conceito predicável) - a frase do Evangelho: "vos estis sal terrae" [Vós sois o sal da terra], indagando sobre a razão de o sal da terra, a palavra de Deus, não frutificar.

Introito – plano a seguir no desenvolvimento.

Invocação – a Maria, mãe de Jesus, e "senhora do mar".

Argumento/desenvolvimento – plano do sermão. Louvores gerais dos peixes; Louvores de alguns peixes em particular. Defeitos gerais dos peixes; Defeitos de alguns peixes em particular.

Conclusão e peroração - aos peixes, para que louvassem sempre a Deus.

Sabia, contudo separar as esferas do poder, o temporal, o espiritual, colocando obviamente aquele a serviço deste. Distinguia o Direito Natural das leis temporais. Estas se legitimavam se tivessem de acordo com aquele, ao contrário, seriam injustas.

Sobre o poder temporal, no Primeiro Sermão da Terceira Domingo do Advento, pregado na Capela Real, no ano de 1644, revela-se mais uma vez o racionalista na versão tomista: "O poder tudo consiste em poder algumas coisas, e não poder outras; consiste em poder o lícito e justo; e em não poder o ilícito e injusto, e só quem pode e não pode desta maneira é todo poderoso".

Soldado da Companhia de Jesus, ardentemente apegado ao pensamento de São Tomás de Aquino, que admite o Direito de rebelião contra o príncipe injusto, é por outro lado ousado, ao refutar os argumentos de autoridade filosóficos e científicos da época, Sustentou em pleno século XVII: "Os pilotos e marinheiros portugueses souberam mais e filosofaram sobre um dia de vista, que todos os sábios do mundo em cinco anos de especulação". Motivo da afirmação: os descobridores haviam desbravado e encaminhado almas e terras para o Império espiritual da fé católica.

Sobre as atrocidades cometidas pelos colonos no Maranhão na pessoa das silvícolas a quem defendia, sob o argumento de pertencerem à unidade adâmica, dotados, portanto de alma imortal, admoestou-os: "Quem trouxe ao Maranhão a praga dos holandeses (referindo-se a invasão de 1641)? Quem trouxe a praga das bexigas? Quem trouxe a esterilidade? Estes cativeiros". E completava: "Ah fazendas do Maranhão, se esses mantos e essas capas se torcessem haviam de lançar sangue".

E sentenciava condenando em nome de Deus, as sevícias, as torpezas, as crueldades da escravidão, mandando ao inferno os colonos praticantes das arbitrariedades. Tomado de amor pelo Maranhão, mas não menos de indignação pelos atos cometidos pelos colonos, em prejuízo dos silvícolas, e de sua missão nestas terras, no Sermão da Quinta Domingo da Quaresma, proferido em São Luís, em 1654, lembrou o abecedário composto por Dregálio, enfatizando as palavras iniciadas por M, a eles verberando para dizer: "M de Maranhão; M de murmurar; M de motejar; M de maldizer; M de malsinar; e, sobretudo M de mentir. Mentir com as palavras, mentir com as obras, mentir com os pensamentos, que de todos e por todos os modos aqui se mente".

No estilo vieiriano o sentimento, a emoção, encandeiam-se na mais pura lógica tomista- aristotélica com o desiderato de servir a Igreja e ao reino português. Afora as praxes das Ordenações e os velhos textos do Direito Romano, o pensamento jusfilosófico do seu tempo impregnava-se integralmente da retórica teológica. Afinal, o Direito e a Teologia são retóricas persuasivas, a primeira caudatária do poder temporal, a segunda, veículo do poder espiritual. Para Vieira ambas imbelicavam-se no regaço do fim maior: salvar as almas para Cristo.

Antônio Vieira erigiu-se a condição de advogado da causa dos índios que o chamavam de Paiçu, quer dizer, pai grande na língua tupi. Desejava salvá-los pela catequese, pela persuasão, pela conquista do coração, abominava a utilização da força bruta da civilização dos colonos.

Defendia de forma avançada para a época, a partir de vanguardismo antropológico sem precedentes, despido de preconceitos etnocêntricos, o respeito aos hábitos e costumes de aborígenes e de africanos. É o precursor do sincretismo religioso brasileiro que evoluiu incorporando elementos de crenças indígenas e africanas nos cultos da Igreja Católica.

Outra causa que o apaixonou foi a dos cristãos novos, obrigados a emigrarem de Portugal, deixando um país empobrecido economicamente, pode-se dizer falido, chegando a perder a independência política para a Espanha em 1580, com o desaparecimento do Rei Dom Sebastião, no norte da África, na batalha de Alcácer- Quibir. Foram sessenta anos de domínio espanhol.

Restaurada a independência de Portugal pela dinastia Bragança em 1640, ascendeu ao trono o duque do mesmo nome, com o título real de Dom João IV, logo se fez o estadista, o diplomata, no afã de crescer e fazer prosperar o reino, que na profecia da "História do Futuro", seria o Quinto Império, exercido temporalmente pelos príncipes, instrumentos da missão evangelizadora dos pastores da Igreja Católica. Principiando por Dom João IV, fadado a ressuscitar para inaugurar o novo tempo, na linha da tradição sebastianista.

Na obra de Vieira, fundem-se de forma quase perfeita, em conteúdo e forma, a razão, a intuição, o sofrimento, a paixão.

Acreditava no poder da profecia, do Direito revelado, pressupondo ser o amor a sua principal lei. Dele fala com todas as letras: "usar de razão e amar são duas coisas que não se juntam. Tudo conquista o amor quando conquista a alma, porém o primeiro rendido é o entendimento. Ninguém teve a vontade febricitante que não tivesse o entendimento frenético. O amor deixará de variar, se for firme, mas não deixará de tresvariar, se é amor... O amor é um espírito sempre inquieto, e quem aquieta muito, sinal é que ama pouco. E porque o amor não sabe aquietar, por isso não pode dormir. Talvez adormecerão os sentidos, mas o amor sempre vela, porque sempre lhe faz sentinela o coração". (Série Sermões do Mandato- 1645).

O Direito Natural de Antônio Vieira, revelado pelas escrituras bíblicas, lhe fez pagar o preço do exílio em Roma e da prisão no Porto e Coimbra, mas a ele nunca renunciou. Fez da sua pregação uma obra de vida.

Percursor da luta abolicionista, da causa dos Direitos Humanos nas Américas, é, sem dúvida alguma, um dos mais importantes vultos da cultura não apenas luso-brasileira, mas também da ibero-americana.

Cultuá-lo, festejá-lo, é o mínimo que podemos fazer, nós, os herdeiros de sua pregação, de sua pedagogia, resultantes que somos do cadinho de raças que ele sonhou e que se materializou.

Pois para ele, todos os sonhos da profecia eram realizáveis, inclusive o de vivermos em uma sociedade regida pela lei do amor, pelo Direito da Justiça.

Fruto do espírito dominante do tempo em que viveu, transcendeu ao período seiscentista ou barroco, tal como sustentei no texto "Vieira e as CEBs" incluído no livro "A Reinvenção do Judiciário", publicado pela OAB, utilizado em uma reunião da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Ali, advogo a tese de que a Teologia da Libertação e as Comunidades Eclesiais de Base têm raiz vieiriana, partem do postulado jusnaturalista da unidade adâmica, que nos faz a todos iguais, filhos do mesmo Deus, titulares do Direito de rebelião contra o príncipe injusto.

É inquestionável a atualidade da pregação vieiriana. A escravidão, por exemplo, desapareceu ou mudou a forma? Infelizmente continua nas modalidades da servidão financeira e tecnológica a que estão sujeitos os pobres do mundo, condenados a doença e a morte pelos novos amos, os donos do capital financeiro e tecnológico.

Quando se fala de Governança Mundial retorna a utopia vieiriana de um Império Mundial, alicerçado nos hodiernamente chamados Direitos Fundamentais do Homem, na essência, ligados ao cristianismo, tão falados, mas tão desprezados nestes tempos de globalização.

Na comemoração do quarto centenário do nascimento do seu nascimento, em 12 de março de 2008, escrevi artigo sob o título "As Cinzas de Vieira" para traduzir o quanto a nossa pátria, a língua portuguesa, lhe era devedora ao longo de quatro centúrias de evolução da última flor do Lácio inculta e bela, utilizando a consagrada expressão de Olavo Bilac. Principiei citando o sermão da quarta-feira de cinzas da Quaresma de 1670, pregado na igreja de Santo Antonio dos Portugueses, em Roma, quando assegurou: "o pó em que nos haveremos de nos converter é visível, (está à vista), mas o pó presente, o pó que somos, como poderemos entender essa verdade?" O orador continuou dissertando sobre a efemeridade e fragilidade da vida terrena, e sobre a certeza da vida eterna. No seu tempo, a Igreja Católica e o Império português, as duas instituições a que servia, eram os centros da vida pública. O Brasil começava a ser povoado, intensificava-se a exploração da cana-de-açúcar, do algodão, que fariam a fortuna dos senhores de engenho. A vida privada desenvolvia-se nas casas grandes e senzalas, como

descreveu Gilberto Freire. O Maranhão dava os primeiros passos da colonização, planejada pela União dinástica que se zera entre Portugal e Espanha, encerrada pela rebelião do Duque de Bragança, o Dom João IV, amigo de Vieira, que o serviu como diplomata em várias missões.

A metrópole fazia-se presente na pessoa dos representantes do rei, donatários de capitanias, governadores, com séquito armado; de funcionários da Justiça, e dos padres jesuítas, ordem religiosa do notável pregador, nascido a 6 de fevereiro de 1608, em Lisboa.

Com a idade de seis anos, sua família deixou a capital do Império luso para sediar-se na Bahia, pois seu pai Cristóvão Vieira Rovasco, era funcionário do reino, desde 1609 exercendo o cargo de escrivão do Tribunal da Relação. Criou-se em Salvador. Completados quinze anos ingressou no Colégio dos Jesuítas. A invasão holandesa obriga a comunidade jesuítica a refugiar-se em uma aldeia indígena, em seguida, transfere-se para o Colégio da ordem religiosa em Olinda, onde principia a ensinar retórica, a arte em que se tornou inigualável. Ordena-se sacerdote em dezembro de 1634, ponto de partida de uma carreira ascendente que o faz ser nomeado pregador régio dez anos depois, diplomata, desempenhando missões junto aos governos da França e da Holanda, com vistas à devolução das terras da colônia invadidas pelos holandeses de denominação protestante.

O padre Vieira caíra nas graças do rei de Portugal, Dom João IV, a quem induz a criação da Companhia Geral do Comércio do Brasil, com o fito de desenvolver a colônia, alvo da cobiça internacional pela potencialidade de suas matérias-primas.

Para explorá-la, atraiu o capital judaico, negociou o repatriamento de judeus, expulsos da península ibérica pela perseguição movida pelo Tribunal da Inquisição. Tornou-se alvo dos inquisidores portugueses, que o processaram acusando-o de heresia, por suas teses condescendentes em relação ao capital a aos juro, mas, sobretudo pelo exercício do dom da profecia. Para ele, o Quinto Império Mundial cristão, luso-brasileiro, seria sediado no Brasil. O breve tempo de vida de um homem é curto, assim, Dom João IV, seu protetor, ressuscitaria para governar por longo período de paz entre os homens de fé católica do ocidente.

Vieira possuía efetivamente o dom da profecia, que consiste em antever o futuro. Duzentos anos depois do seu nascimento, em 1808, a sede do Império português, transferiu-se para o Rio de Janeiro com o traslado do príncipe real, depois Dom João VI, e a família imperial para o Brasil. Os historiadores são unânimes em sustentar a tese de que a mudança da família real para a colônia brasileira garantiu a integridade territorial e política de Portugal e do Brasil, transformados em Reino Unido a Algarves.

Portugal só pôde manter-se independente por força das riquezas da colônia, dela explorou os produtos agrícolas, o ouro, arrecadou impostos, garantidores da integridade territorial, política e linguística do hoje indiscutível mercado lusófono.

Portugal só pôde manter-se independente por força das riquezas da colônia, dela explorou os produtos agrícolas, o ouro, arrecadou impostos, garantidores da integridade territorial, política e linguística do hoje indiscutível mercado lusófono.

A busca da unidade política do Brasil, Portugal, dos países de língua portuguesa da África, da Ásia, das comunidades que falam a língua em todas as partes do mundo é essencial para a preservação futura do idioma e de sua cultura, nela incluída a fé cristã. Na sua compreensão o Quinto Império Mundial era o Estado luso-brasileiro, instrumental da propagação da fé católica, da construção do reino eterno, já que o desta terra se faz do pó dos homens de agora e dos de amanhã.

Na verdade, Vieira, afrodescendente, sua mãe, Maria de Azevedo, era filha de uma negra, falava português com sotaque baiano, é um dos principais construtores da língua portuguesa. Gênio político anteviu o fenômeno da globalização. Na condição de visitador da Companhia de Jesus, pregou nos púlpitos do Maranhão, da Bahia, de Portugal e de Roma, sempre denunciando os vícios dos colonos, dos funcionários do Rei e do próprio clero. Depois extasiou o Papa, a Rainha Cristina da Suécia, Recusou o convite por ela feito para ser confessor.

Naquela quarta-feira de cinzas comemorava-se os 400 anos do seu nascimento, afirmei então: o seu corpo retornou ao pó de onde veio, como verberou no sermão de cinzas de 1670, mas a sua palavra é eterna, como prova a sobrevivência da nossa pátria, a língua portuguesa, no dizer de Fernando Pessoa, que o celebrou nos versos constantes de "Mensagem", de 1934, único livro aliás publicado ainda em vida pelo poeta, que relata haver se emocionado às lágrimas ao ler pela primeira vez um texto de Vieira. Intitula-se "Antônio Vieira":

O céu estrela o azul e tem grandeza. Este, que teve a fama e a glória tem, Imperador da língua portuguesa. Foi-nos um céu também.

No imenso espaço seu de meditar, Constelado de forma e de visão, Surge, prenúncio claro do luar, El-Rei D. Sebastião.

Mas não, não é luar: é luz do etéreo. É um dia; e, no céu amplo de desejo, A madrugada irreal do Quinto Império Doira as margens do Tejo.

O poeta Pessoa, com Camões e Vieira, integra a tríade básica, o alicerce da língua portuguesa. Vejamos em suas palavras a emoção da primeira leitura do mago da retórica:

Não choro por nada que a vida traga ou leve. Há, porém páginas de prosa quem têm feito chorar. Lembro-me, como do que estou vendo, da noite em que, ainda criança, li pela primeira vez numa seleta, o passo célebre de Vieira sobre o rei Salomão: 'fabricou Salomão um palácio...!'

E fui lendo, até o m, trêmulo, confuso; depois rompi em lágrimas felizes, como nenhuma felicidade real me fará chorar, como nenhuma tristeza da vida me fará imitar. Aquele movimento hierárquico da nossa clara língua majestosa, aquele exprimir das ideias nas palavras inevitáveis, correr de água porque há declive, aquele assombro vocálico em que os sons são cores ideais – tudo isso me toldou do instinto como uma grande emoção política. E, disse, chorei; hoje, relembrando, ainda choro.

Não é – não – a saudade da infância, de que não tenho saudades: é a saudade da emoção daquele momento, a mágoa de não poder ler a primeira vez aquela grande certeza sinfônica." (Fernando Pessoa).

Sua obra é vasta, do apurado até agora resultou: duzentos sermões; seiscentos e cinquenta cartas publicadas após a sua morte; a História do Futuro, editada pela primeira vez em 1718; Defesa perante o Tribunal do Santo Ofício, de 1957. A Clavis Prophetarum veio à luz em Portugal em 2000. Especialistas acreditam ser possível encontrar outros textos de sua autoria ainda não conhecidos. Exemplo disso é o discurso proferido na Academia Real de Roma em 1674, a publicação originária, em italiano, data de 1709. A versão portuguesa é de 1710. Integra o tomo XIV dos Sermões, de tradução atribuída a Dom Francisco Xavier de Meneses, o Conde da Ericeira, seu amigo e correspondente. Achado pela pesquisadora Sonia Netto Salomão, esta tomou o original italiano, deu-lhe nova tratamento, por tratar-se de disputa filosófica, travada com o padre Girolamo Cattaneo, este último defendendo o filósofo Demócrito e a primazia do riso, cabendo a Vieira a defesa da hegemonia das lágrimas. O trabalho de autoria da professora Sonia, desenvolvido no âmbito do Programa de Estudos Vieirianos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro mereceu a publicação da Editora 34 em 2001. O primoroso texto é, em verdade, a redescoberta do Antônio Vieira filósofo de largo alcance, do profundo conhecedor dos pré-socráticos. Quantos trabalhos seus ainda poderão ser redescobertos?

Muito teria a dizer neste humílimo panegirico, pequeno para a glória do patrono, do orador sacro, do homem de Estado, do diplomata, do filósofo, do amante da Justiça. Sobre ela asseverou: "A verdade é filha legítima da justiça, porque a justiça dá a cada um o que é seu. E isto é o que faz e o que diz a verdade, ao contrário da mentira. A mentira, ou vos tira o que tendes, ou vos dá o que não tendes; ou vos rouba, ou vos condena. A verdade não: a cada dia um dá o seu, como a justiça." (PAIS, 2010, p. 85).

Concluindo, pergunto-me, existiriam o Brasil e o Maranhão não fora Vieira e as suas ideias de constituição da Companhia de Comércio do Brasil, de povoamento da Colônia, da pregação política, que considerava a arte das artes, devendo esta por obrigação colocar-se a serviço do bem comum da sociedade, pautada pelo Direito e pela lei do amor.

Ensinou para sempre como se pratica a verdadeira política:

Importa que daqui por diante sejais mais repúblicos e zelosos do bem comum e que este prevaleça contra o apetite de cada um, para que não suceda que, assim como hoje vemos a muitos de vós tão diminuídos, vos tenhais a consumir de todo.

(PAIS, 2010, pag. 73). [*Sermão de Santo Antônio aos Peixes*]

Encerro utilizando os versos de Chico Buarque de Holanda para a música de Sivuca, na composição João e Maria: “pela (sua) Lei, a gente era obrigado a ser feliz (...)”.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 1992.
- ERICEIRA, João Batista. *A reinvenção do judiciário: coletâneas de artigos publicados de 1996 a 1999*. São Luís: ESA/OAB, 2006.
- JANOTTI, Maria de Lourdes Monaco. *João Francisco Lisboa: Jornalista e Historiador*. São Paulo: Ática, 1977.
- MORAES, Jomar. *Apontamentos de literatura maranhense*. São Luís: Editora Sioge, 1977.
- LISBOA, João Francisco. *Obras de João Francisco Lisboa*. 4 ed. vol. IV. São Luís: Edições AML, 2012.
- MEIRELES, Mario M. *Panorama da literatura maranhense*. São Luís: Imprensa Oficial, 1955.
- PAIS, Amélia Pinto. *Padre Antônio Vieira: o imperador da língua portuguesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- TIM, Emerson. *318 citações do Padre Antônio Vieira: escolhidos por Emerson Tim*. São Paulo, SP: Tordesilhas, 2011.
- SARNEY, José. *O imperador Antônio Vieira*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- VIEIRA, Antônio. *As lágrimas de Heráclito: fixação dos textos, introdução e notas de Sonia N. Salomão*. São Paulo: Ed. 34, 2001.
- VIEIRA, Antônio. *Essencial Padre Antônio Vieira: organizações e introdução de Alfredo Bosi*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.
- VIEIRA, Antônio. *Sermões: Tomo primeiro*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor.
- VIEIRA, Antônio. *Sermões: Tomo segundo*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro-Editor.
- VIEIRA, Antônio. *Sermões*. Rio de Janeiro: Editora Três, 1974.
- Nota- ELOGIO AO PATRONO DA CADEIRA Nº 02 da ACADEMIA LUDOVICENSE DE LETRAS, PADRE ANTONIO VIEIRA, proferido pelo Professor João Batista Ericeira em sessão da Academia, dia 28 de junho de 2014.



A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA E ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA REFORMA ELEITORAL NO BRASIL: **Lei 12.034/2009**

Sara Fernanda Gama

1. Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.
2. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA)
3. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)
4. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas no CECGP/Universidade Portucalense.

Ao longo da história as mulheres ocuparam, recorrentemente, posição social diferente dos homens, em virtude de regulamentações consuetudinárias e legais patriarcais que lhes impuseram distintas condições de emancipação, liberdade e comportamento. Tal situação de desigualdade pode ser aferida por fatores econômicos, políticos, religiosos, dentre outros, resultantes de uma estrutura de opressão, inclusive no seio da família, célula-mãe da sociedade.

Por meio da religião, observa-se como é antiga a questão, tal como se infere de uma rápida leitura bíblica, no evangelho de João¹, que relatam a atitude de espanto dos discípulos de Jesus Cristo, quando este concedeu tratamento natural e igualitário a uma mulher no poço de Samaria.

Dando um salto na história, observa-se que a Revolução Francesa (1789- 1799), movimento influenciado por filósofos iluministas, idealizando uma nova sociedade fundamentada na trilogia liberdade, igualdade e fraternidade, contraditoriamente, mantinha posturas de negação igualitária à participação das mulheres na política, bem como, em outros aspectos civis.

Em reação a tal situação sociocultural, surgiu no curso da história o chamado "movimento feminista", que inicialmente lutava por emancipação, igualdade e libertação das mulheres,

¹ E a mulher respondeu: Eu sei que o Messias, que se chama Cristo, vem; quando ele vier nos anunciará todas as coisas. E Jesus lhe disse: Sou eu, o que está falando contigo. Então os seus discípulos chegaram e se admiraram de estar ele falando com uma mulher (Jo.4:25-27).

e, posteriormente, resultou em ideias mais amplas que enfatizam a necessidade de uma transformação social e do próprio direito no tocante à mulher.

A questão da igualdade de gênero no Brasil tem por base legal a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso I2, que declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, garantia esta, meramente formal, que requer constantemente do Estado medidas afirmativas para dar efetividade à isonomia de condições e direitos.

Em decorrência do texto constitucional; dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, bem como, pela extrema pressão social advinda dos movimentos feministas, ensejou-se uma produção legislativa infraconstitucional visando ampliação e proteção dos direitos das mulheres, dentre elas, as Leis nº 12.034/09 de 29 de setembro e Lei 13.165/15 de 29 de setembro, que alteraram as Lei nº 9.504/97 de 30 de setembro (Lei das Eleições) e 9.096/95 de 19 de setembro (Lei dos Partidos Políticos), e serão analisadas no presente trabalho, em referência às reformas que trouxeram para incentivo à participação feminina na política.

01. UM OLHAR NO TEMPO NO TOCANTE AO SUFRAGISMO E DIREITO DE VOTO DA MULHER

O feminismo é uma revolução sociocultural do século XX, em busca de representações do feminino e da posição da mulher em sociedade, se orientando, na primeira onda, por ideias da filosofia jurídica liberal dos séculos XVIII e XIX, no sentido de exigir igualdade de tratamento para homens e mulheres perante a lei. Sobre o tema, Morisson (2006) informa que:

Sob a bandeira do feminismo liberal, as mulheres alcançaram a maior parte de suas vitórias legislativas e judiciais, inclusive o direito ao voto, à igualdade de salários, benefícios sociais, acesso ao trabalho e à educação; foi assim também que conquistaram o direito de participar de júris e o direito condicional de optar pela interrupção da gravidez. (p.581).

Paralelamente ao feminismo liberal, citado pelo autor, havia o feminismo radical, que pregava a necessidade de ir além, acusando o liberalismo jurídico de ignorar a realidade de poder e dominação masculina, ao formular princípios aparentemente neutros na pauta de igualdade sexual. As feministas radicais viam, e, porque não dizer, vêem as diferenças culturais, sociais, econômicas e legais entre homens e mulheres como produto da própria dominação masculina existente no campo das ideias e do comportamento. Sobre o feminismo radical, Morrison (2006, grifo nosso) afirma:

2 Segundo a Constituição (1988): Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Ao criar essa imagem de imparcialidade, o Estado de Direito mostra-se cego ao fato de que opera no sentido de reforçar as desigualdades estruturais que preexistem ao apelo ao direito, e que também são intrínsecas à jurisprudência do direito. Porque, se os sujeitos do direito a ele vêm na condição de cidadãos, como criaturas portadoras de direitos na modernidade, o sujeito da mulher enquanto portadora de direitos é de identificação e construção masculinas. Reinvidicar a proteção da lei é reinvidicar a proteção de alguma coisa já estabelecida no ponto de vista masculino – aplicar o direito abstrato é aplicar aquilo que foi construído segundo a perspectiva do homem. (p.585).

Nesse contexto de luta por igualdade de gênero, é importante lembrar nomes de mulheres que, influenciadas pelo feminismo, tiveram papel fundamental na conquista de direitos, dentre elas, Marie Olympe de Gouges, nascida em 1748, França, participante ativa dos movimentos políticos da Revolução Francesa. Foi ela quem publicou em setembro de 1791, a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, semelhante à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tentando sensibilizar os líderes revolucionários a aplicarem às mulheres o princípio da igualdade jurídica proclamada pela Revolução. Pelo fato de censurar a condenação do Rei Luiz XVI e por publicar a peça “As Três Urnas ou a Salvação da Pátria”, em favor dos Girondinos (ala conservadora da Revolução), teve sua decapitação ordenada por Robespierre, em julho de 1793, sendo guilhotinada em novembro de 1793 (Souza, 2003).

Oportuno ressaltar que na França pós revolução, as mulheres tiveram direitos civis alargados, passando a ser possuidoras de plena capacidade jurídica, podendo realizar contratos, comparecer em juízo e efetuar qualquer ato sem o acordo do marido, entretanto, boa parte desses direitos foi eliminada da legislação francesa pelo Código Civil de 1804, elaborado por Napoleão Bonaparte.

Em relação aos direitos políticos, a cidadania política da França revolucionária compreendia, basicamente, ter direito de pertencer à guarda nacional; ter o direito de exercer cargo público e de votar e ser votado para o parlamento nacional, os quais eram negados à mulheres desde os primórdios da monarquia, motivo pelo qual, à época da Convenção Nacional (1792/1795), os deputados, sob pressão social, resolveram se pronunciar sobre o direito da mulher em votar e ser votada para o parlamento, resultando na decisão negativa de 30.10.1793. O relator do processo foi o deputado Jean-Pierre André Amar, advogado, que fundamentou seu voto contrário, alegando a diferença dos sexos, nos seguintes termos:

O homem é forte, robusto, nascido com uma grande energia, de astúcia e coragem, quase exclusivamente destinado a tudo o que exige força, inteligência, capacidade, inclinado às meditações profundas e sérias. Ao contrário, as mulheres são caracterizadas pela fraqueza física, moral e intelectual [...]; elas não têm a força moral e física que exige o exercício dos

direitos políticos (Godineau, 2003, p.223).

O filósofo e matemático Nicolas Condorcet, também deputado durante a Convenção Nacional, foi um dos poucos iluministas que defendeu a igualdade de direitos entre homens e mulheres, após a negativa acima mencionada, protestou na imprensa dizendo que, "*sem o menor escrúpulo, privaram uma metade da espécie humana dos 'direitos civis'*". Ao fazerem isso, os constituintes violaram o princípio da igualdade dos direitos" (Marand-Fouquet, 1993, p.86, grifo nosso).

Na doutrina de Ferreira (2010) os franceses não foram capazes de reconhecer a importância das mulheres em todo o processo pré e pós Revolução Francesa, tendo sido nesse momento histórico que se delineou o modelo de cidadania que conhecemos nos dias atuais, tal como se infere das declarações de um dos líderes da revolução, conforme Riot-Sarcey (1994, citado por Ferreira, 2010):

Todos os habitantes de um país devem nele gozar do direito de cidadão passivo, todos têm direito à proteção de sua pessoa, de sua propriedade, de sua liberdade, [...] mas nem todos têm direito a tomar parte ativa na formação dos poderes públicos, nem todos são cidadãos ativos. As mulheres pelo menos no estado atual, as crianças, os estrangeiros e também aqueles que não contribuam em nada para sustentar o estabelecimento público não devem em absoluto influir na coisa pública. (p.65).

A exclusão das mulheres era justificada pelos filósofos, pais dos princípios liberais, como se observa da fala de Rousseau, relacionada à falta de liberdade religiosa feminina: toda jovem deve ter a religião de sua mãe, e toda mulher a de seu marido. Ainda que essa religião seja falsa, a docilidade que prende a mãe e a família à ordem da natureza elimina, junto a Deus, o pecado do erro", segundo Rousseau (1973, p.439).

Importante anotar que o país que fez uma revolução democrática, norteadas pela trilogia da liberdade, igualdade e fraternidade, somente concedeu à mulher o direito pleno de votar e ser votada para o Parlamento em 1944, enquanto a maior parte da Europa já concedera cidadania política ao sexo feminino nas duas primeiras décadas do século XX.

Na luta pelo direito das mulheres em elegerem e serem eleitas, surgiu o movimento sufragista, no qual destaca-se o nome de Emmeline Pankhurst, nascida no Reino Unido (1858), fundadora da Organização Social da Mulher e Políticas da União (WSPU), que buscava recrutar mulheres da classe trabalhadora na luta pelo voto, nas mesmas condições que os homens (Sinkim, 2015a).

Outra inglesa importante nessa busca foi Emily Wilding Davison (nascida em 1872), que se integrou à WSPU em 1906. Durante sua militância pelo sufragismo

Emily Davison tomou atitudes drásticas buscando chamar atenção para a causa, enfrentando autoridades, sofrendo prisões e efetuando greves de fome. Em junho de 1913, durante o Derby, corrida de cavalos mais importante da Inglaterra, tentou agarrar as rédeas do cavalo de propriedade do Rei George V, motivo pelo qual fraturou o crânio faleceu (Sinkim, 2015b).

A morte trágica da feminista não surtiu resultado imediato quanto ao pretendido direito de voto para mulheres, e, segundo algumas versões biográficas, a sociedade parecia estar mais preocupada com o estado do cavalo do Rei, chamado Anmere do jôquei que o montava, enquanto Emily Davison foi condenada socialmente como uma fanática.

As ações de protestos empreendidas pelas sufragistas apenas vieram a obter um parcial sucesso com a aprovação do Representation of the People Act, em 1918, o qual estabeleceu o voto feminino no Reino Unido. Conforme alguns historiadores, tal conquista de voto foi motivada mais pela atuação do movimento das sufragistas na Primeira Guerra Mundial (1914-1918) quando as mesmas deixaram as ruas e assumiram importante papel nos esforços de guerra (Souza, 2003).

Estes fatos denotam o quanto foi difícil introduzir a noção de "igualdade de gênero" na ordem social e na própria existência jurídica, haja vista que os danos, limites e restrições de direitos sofridos por mulheres pareciam invisíveis. O século XX foi decisivo para o reconhecimento de um extenso rol de direitos humanos, trazendo, por consequência, conquistas para as mulheres, entretanto, apesar do avanço, atualmente, em pleno século XXI, ainda não se pode afirmar que as mulheres desfrutam de igualdade efetiva com os homens.

As estatísticas demonstram que o sexo masculino continua desfrutando de maior acesso à educação, remunerações melhores e maior participação na política. Muito há a para ser alcançado, e, neste sentido, não é demais registrar a opinião de Morrison (2006) sobre o papel do feminismo pós-moderno:

A questão que se coloca é a luta por aquela humanidade que se encontrara além do passado que nós fomos, e que ainda está por desenvolver num futuro que poderia ser. Nesse sentido, seja o que for que pensemos sobre qualquer pensadora feminista, o feminismo atua como uma exigência de considerar quem somos, e qual seria um 'nós' verdadeiramente social; ele nos pede que nunca deixemos de levar em conta o que é que pode unificar e embasar nossas verdadeiras diferenças. (p.613).

Ao situar o Brasil nessa reflexão libertária, destaca-se Nísia Floresta, primeira mulher a protestar pelo direito de educação formal para mulheres e Isabel Dillon, primeira mulher a se candidatar, sem êxito, à Constituinte de 1891, ambas consideradas pioneiras na luta

por cidadania. Somam-se a elas muitas outras como, por exemplo, Leolinda Daltro e Gilka Machado, fundadoras do Partido Republicano Feminino em 1910.

Em nosso País, somente em 1932 foi decretado o direito de voto feminino, entretanto, Segundo Ferreira (2010, pp.72-73) a conquista “não significou para as mulheres uma mudança substancial nos valores sociais então vigentes, pois continuaram submetidas a uma estrutura patriarcal conservadora e a um modelo de cidadania que privilegiava a imagem pública como espaço masculino”.

Nessa esteira, reconhecendo a minoritária participação da mulher na política nacional, foram implantadas no decorrer dos anos, ações afirmativas com o objetivo de estimular a participação feminina, valendo destacar a chamada “Lei de Quotas para mulheres”, ou Lei nº 12.034/09 e Lei nº Lei 13.165/15, as quais trataremos a seguir.

02. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA REFORMA ELEITORAL NO BRASIL INTRODUZIDOS PELAS LEIS Nº 12.034/2009 E Nº 13.165/2015 RELACIONADOS À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA FEMININA

De acordo com Rodrigues (2010), poucas foram as mulheres eleitas no ano de 2006 para cargos políticos. Num total de 2.498 candidatas, foram eleitas 173 mulheres, sendo 4 (quatro) senadoras, 46 (quarenta e seis) Deputadas Federais

(46) e 123 (cento e vinte três) Deputadas Estaduais/Distritais (123). Nenhuma mulher foi eleita Governadora no 1º turno e 5 candidatas disputaram o segundo turno.

Aristóteles afirmava que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais à medida em que se desigualem. Os números acima descritos, embora sejam apenas um recorte, demonstram um déficit isonômico da participação política feminina.

Visando uma mudança de cenário, em sede de produção legislativa, a Lei nº 12.034/09 modificou, dentre outros, os arts. 44 e 45 da Lei 9.096/95 (Lei dos

Partidos Políticos), acrescentando incisos e parágrafos a respeito da aplicação dos recursos do Fundo Partidário, em benefício da criação e manutenção de programas de promoção da participação política feminina, e, ainda, garantia de percentual de tempo na propaganda eleitoral para mulheres, nos seguintes termos:

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

v - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total.

§0 partido que não cumprir o disposto no inciso V do caput deste artigo deverá, no ano subsequente, acrescer o percentual de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) do Fundo Partidário para essa destinação, ficando impedido de utilizá-lo para finalidade diversa.

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento).

§ 2º O partido que contrariar o disposto neste artigo será punido:

I - quando a infração ocorrer nas transmissões em bloco, com a cassação do direito de transmissão no semestre seguinte;

1/- quando a infração ocorrer nas transmissões em inserções, com a cassação de tempo equivalente a 5 (cinco) vezes ao da inserção ilícita, no semestre seguinte. (grifo nosso).

A mesma Lei nº 12.034/09 modificou, outrossim, o art. 10 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) acrescentando o § 3º, determinando aos Partidos Políticos e Coligações a reserva de vagas no mínimo de 30% e máximo de 70% para candidatos de cada sexo, nos seguintes termos:

Art. 10 – Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

A modificação nos dizeres do corpo legislativo substituiu a expressão legislativa que antes era de “deverá reservar 30% das vagas”, para o termo preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo, o que enfatiza o caráter obrigatório do dispositivo (Serejo, 2016, p.172).

A lei em destaque foi chamada “Lei de quotas para mulheres”, tendo em vista a inexpressiva participação feminina na política, que ensejava a interpretação de que o parágrafo § 3º acrescentado, apesar de mencionar percentuais referentes a candidaturas de ambos os sexos, na prática, somente se aplicaria às mulheres. Neste diapasão, oportuna a lição de Gomes (2010):

Note-se que, conquanto se aplique indistintamente a ambos os sexos, a regra em apreço foi pensada para resguardar a posição das mulheres, que tradicionalmente não desfrutam de espaço relevante no cenário político, em geral controlado por homens.

Também nesses domínios, a discriminação contra a mulher constitui desafio a ser superado. Ainda nos dias de hoje, é flagrante o baixo número de mulheres na disputa pelo poder estatal, fato de todo lamentável em um país em que elas já são maioria nas universidades, respondendo ademais, por expressiva fatia dos mercados de trabalho e consumo. (p.229).

Após as modificações legislativas mencionadas, nas eleições de 2014 houve um considerável aumento da participação de mulheres, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que informa ter ocorrido uma elevação percentual de 46,5% de candidatas em todo o Brasil, em comparação a 2010. O total de mulheres chegou a 8.131, ou seja, 31,07% do total de candidatos/as que era de

26.172 (Ramos, Graça, Andrade, e Soares, 2014).

Importante registrar que se forem considerados apenas os números de candidaturas aptas, o total seria bem inferior, ou seja, 6.449 mulheres, num total de

22.530 registros. Descontando-se as candidaturas inaptas, o percentual de candidaturas femininas caiu para 28,62%, abaixo da cota de 30% mencionada na lei, ainda assim, foi uma participação superior ao percentual das eleições de 2010, que foi de 22,43%, com 5.056 candidatas (Ramos et al., 2014).

Posteriormente, a Lei nº 13.165/15, que efetuou ampla reforma da legislação eleitoral, manteve os conteúdos legais acima mencionados, a respeito das quotas para candidaturas de ambos os sexos, à exceção dos arts. 44 e 45 da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95), que tratam das destinações dos recursos dos fundos partidários e propaganda partidária gratuita e ampliaram o leque de garantias nos seguintes termos:

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total;(Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 2º A Justiça Eleitoral pode, a qualquer tempo, investigar sobre a aplicação de recursos oriundos do Fundo Partidário.

§ 5º O partido político que não cumprir o disposto no inciso V do caput deverá transferir

o saldo para conta específica, sendo vedada sua aplicação para finalidade diversa, de modo que o saldo remanescente deverá ser aplicado dentro do exercício financeiro subsequente, sob pena de acréscimo de 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento) do valor previsto no inciso V do caput, a ser aplicado na mesma finalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 5o-A. A critério das agremiações partidárias, os recursos a que se refere o inciso V poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, mantidos em contas bancárias específicas, para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 7o A critério da secretaria da mulher ou, inexistindo a secretaria, a critério da fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, os recursos a que se refere o inciso V do caput poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, mantidos em contas bancárias específicas, para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas

do partido, não se aplicando, neste caso, o disposto no § 5o. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

IV - promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere o art. 49. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015).

Em suma, as novas disposições do art. 44 determinam aplicação dos recursos oriundos do Fundo Partidário para criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, no mesmo percentual de 5% da lei anterior, entretanto, previram reprimenda mais rigorosa em caso de descumprimento pelo partido político, que deverá depositar o saldo não utilizado numa conta específica, sendo vedada a aplicação para finalidade diversa, com obrigação de aplicá-los para os mesmos desígnios no exercício financeiro subsequente, sob pena de acréscimo de 12,5% do valor, ou utilizado em futuras campanhas eleitorais de candidatas do partido, a critério da Secretaria da Mulher.

O art. 45 que trata do tempo de propaganda eleitoral, com a redação atual, garante com exclusividade, que seja observado o mínimo de 10% do programa e das inserções em propagandas partidárias descritas no art. 49 da mesma lei.

Os números outrora analisados demonstram que disposições legislativas promovidas pela primeira reforma eleitoral (Lei nº 12.034/09) modificaram os números estatísticos da participação política feminina entre as eleições de 2010 e 2014, logo, espera-se que a segunda reforma ocorrida com a Lei nº 13.165/15, represente maior estímulo e fomento às mulheres na disputa por cargos políticos representativos, uma das lutas fundantes do movimento feminista.

CONCLUSÃO

A política move os seres humanos em sua sociabilidade, de modo que homens e mulheres agem politicamente para serem livres e iguais no exercício do poder que se incorpora aos valores dos sujeitos sociais por meio da cultura, educação e legislação, dentre outros fatores.

Verifica-se, portanto, que a participação feminina na política deve ser tratada sob o prisma da questão de gênero, que vai muito além da simples igualdade formal entre os sexos, tal como estabelecido constitucionalmente, requerendo mudanças e ações afirmativas, como as promovidas pelas legislações mencionadas, posto que a paridade de assentos entre homens e mulheres no cenário político pode ser superada por incentivos e campanhas educativas capazes de fomentar uma igualdade mais substancial.

BIBLIOGRAFIA

João. (2008). In: Bíblia Sagrada Almeida Século 21: Antigo e Novo Testamento.

São Paulo: Vida Nova.

Ferreira, M. M. (2010). Os bastidores da tribuna: mulher, política e poder no Maranhão. São Luís: EDUFMA.

Godineau, D. (2003). Les femmes dans la société française 16 - 18 siècle. Paris: Armand Colin.

Gomes, J. J. (2010). Direito eleitoral. Belo Horizonte: Dei Rey.

Marand-Fouquet, C. (1993). A mulher no tempo da revolução. Tradução Maria Mello. Portugal: Inquérito.

Morrison, W. (2006). Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes.

Ramos, D., Graça, E., Andrade, G., & Soares, V. (2014). As mulheres nas eleições de 2014. Brasília: Secretaria de Política para as Mulheres.

Rousseau, J.-J. (1973). Emílio ou da educação (2ª ed.). São Paulo: Difusão Européia do Livro.

Serejo, L. (2016). Direito eleitoral: atualizado conforme o novo CPC: Lei 13.165/2015: Jurisprudência Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey.

Souza, I. (2003). A mulher e a Revolução Francesa: participação e frustração.

Revista da Uni-RN, 2(2), 111-124.

WEBGRAFIA

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1998). Brasília. Acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (2006). Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília. 2006. Acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm.
- Lei n. 12.034/09 de 29 de setembro. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Brasília. 2009. Acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm.
- Lei n. 13.165/15 de 29 de setembro. Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Brasília. 2015. Acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm.
- Lei n. 9.096/95, de 19 de setembro. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília. 1995. Acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm.
- Lei n. 9.504/97 de 30 de setembro. Estabelece normas para as eleições. Brasília. 1997. Acesso em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm.
- Rodrigues, A. (2010). Mulheres eleitas em 2006: o desafio é cada vez maior. Acesso em http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1593&Itemid=155.
- Simkin, J. (2015a). Emmeline Pankhurst. Acesso em <http://spartacus-educational.com/WpankhurstE.htm>.
- Simkin, J. (2015b). Emily Wilding Davison. Acesso em <http://spartacus-educational.com/Wdavison.htm>.



“ANTÍTESE ENTRE JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO”

Nelson M. de Moraes Rêgo¹

01. CONSIDERAÇÕES GERAIS

À guisa de introdução, consideremos que muito mais que uma sempiterna polarização dicotômica, a comparação entre direito natural e direito positivo traz, em sua essência, uma reflexão séria e profunda sobre o universo jurídico. Assim é que, a abordagem desta temática exige, para quem assim se permite tal exercício filosófico, um levantamento de conhecimento que transpassa o pragmatismo forense, alcançando sinceras preocupações epistemológicas.

Na verdade, a possibilidade em apreço deve ser prática contínua, não somente para quem está contextualizado na *práxis* científica do Direito; mas, também, deveria ser a preocupação jusfilosófica de qualquer ator do direito, ante a necessária oxigenação e renovação do pensar cotidiano, imprescindível a qualquer desses profissionais do Direito. Em tempos de *densificação* social cada vez mais aguda, a prática de simples juízos de subsunção entre o ontológico e o deontológico, já não conseguem abarcar as demandas que surgem na “tecitura” social. Assim, a perscrutação crítica – e necessariamente jusfilosófica – do mundo jurídico, e como tal, mundo real, da realidade fenomênica, precisa ter espaço reservado nessa abordagem do “complexo incindível espaço-tempo-matéria, que constitui o universo social”.²

É oportuno considerar que as escolas do *jusnaturalismo* e do *positivismo jurídico* são em si, insuficientes para explicar, de forma satisfatória, o Direito. Não obstante, estas duas correntes jurídicas contribuíram (e contribuem) significativamente para a compreensão do *fenômeno jurídico*.

1 O autor é Juiz Titular da Vara Especial de Combate a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de S.Luís – MA; Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/ES; Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra/PT; Licenciado em Filosofia e em Teologia; Professor Universitário:UFMA e ESMAM; Pres. da Seccional/MA do IMB – Instituto dos Magistrados do Brasil e membro do IBDP- Instituto Brasileiro de Direito Processual.

2 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, *A Ciência do Direito, Conceito, Objeto e Método*, (2ª Ed.), Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p.114.

Para alguns pensadores jurídicos da escola epistemológica crítica, a dialética seria um passo a mais nessa dicotomia (naturalismo e positivismo).

Para outros, signatários do pós-positivismo, como Ronald Dworkin³ e Robert Alexy⁴, os preceitos de ordem moral e a normatividade dos princípios na solução de casos concretos são reconvidados, para uma melhor compreensão da forma de ver a Ciência do Direito, tanto em seu aspecto teórico quanto prático, *enquanto direito vivo e concreto*. Os princípios jurídicos segundo Dworkin encerram em si mesmo uma justificativa deontológica, com fundamentação filosófica e com a centralização no meta-princípio da *dignidade da pessoa*. Já para Robert Alexy, os princípios são mais ou menos cumpridos; sem invalidação quando não observados *in concretum*. São os *postulados*, entendidos enquanto *princípios*. Pode-se visualizar na obra de Dworkin alguns outros *meta-princípios* como o da razoabilidade e da proporcionalidade, que tem sido tão festejados pela comunidade jurídica e considerados abundantemente nos pretórios em muitas jurisprudências, com incidência em vários ramos do Direito.

Talvez o traço decisivo para se entender o pós-positivismo, seja mesmo a visão alargada para além do legalismo, que contemple os princípios, notadamente os de espectro constitucional e que se alicerça em uma razão objetiva, com o alcance de valores e de uma normatividade de princípios.⁵

02. DO JUSNATURALISMO

De pronto, é necessário clarificar que Direito Natural – ou numa acepção mais dinâmica, *jusnaturalismo* – não é expressão de natureza singular, mas, sim, essencialmente plural. Em seu bojo, tal expressão abarca diversas correntes que abrangem séculos, e mesmo milênios, de evolução do conhecimento jurídico.

3 DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, (Título Original: *Taking Rights Serious*, 1977, Londres; Trad. Marta Gustavino), Ariel Derecho, 5ª Reimpresión, Barcelona, 2002

4 ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã, *Theorie der Grundrechte*, 2006), Malheiros Editores, São Paulo, 2008, pp.90/91: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. 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. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (negritos nossos).

5 É possível extrair-se da obra de Luís Roberto Barroso os seguintes pontos caracterizadores do pós-positivismo: 1º) Trata-se de um conjunto difuso de ideias que ultrapassa o legalismo estrito do positivismo normativo; 2º) Não recorre às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. É dotado de uma razão objetiva; 3º) Sua grande marca é a ascensão de valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios. Dotado, portanto, de valores e princípios normativos; 4º) Identifica-se com a essencialidade dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos; 5º) Reintrodução de ideias, sem abandono da Lei, como Justiça e legitimidade; 6º) Retorno da discussão ética do direito – numa eticização do Direito. Vide Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 4ª ed, Saraiva, S. Paulo, 2013.

A polissemia do Direito Natural – ou, nas palavras de Reale, “Direito Ideal”⁶ – é assumida conforme o núcleo semântico que sustenta a sua estrutura jusfilosófica no tempo histórico em que estiver contextualizada. Assim, apesar da utilização da mesma expressão, não há que se falar que o Direito Natural estudado (e defendido por alguns) na contemporaneidade se revela como o mesmo Direito Natural, por exemplo, do período helenístico ou na baixa Idade Média. Nessa mesma inteligência, o escólio de Agostinho Ramalho Marques Neto, quando assevera a amplitude do jusnaturalismo nas seguintes letras:

“O jusnaturalismo é uma corrente de pensamento jurídico tão ampla, que podemos afirmar que, tomado em seu sentido lato, o termo engloba todo o idealismo jurídico, desde as primeiras manifestações de uma ordem normativa de origem divina, passando pelos filósofos gregos, pelos escolásticos e pelos racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até chegar às modernas concepções de Direito Natural (...).”⁷

Como é perceptível, a amplitude do Direito Natural é fruto da sua própria evolução histórica. Assim, seguindo o ensino de Miguel Reale⁸, a ideia do jusnaturalismo surge desde os primórdios da cultura helênica (com Aristóteles e com os estóicos), foi perscrutada pelos pensadores escolásticos (com Agostinho e Tomás de Aquino), e, por fim – na roupagem que tem se denominado novo jusnaturalismo – restou analisada pelos modernos, Spinoza, Leibniz e Grócio. Então, como já referido, ao longo da evolução histórica do Direito, o jusnaturalismo teve diversos núcleos semânticos, sucedendo-se sobre a natureza humana, a razão.

Exemplificadamente tomemos alguns exemplos pontuais das diversas manifestações do Direito Natural. No jusnaturalismo clássico, de Cícero a Tomás de Aquino, o cerne da abordagem torna-se mais antropológica, apesar de ainda ser perceptível traços da perspectiva teológica. Conforme ensina Alberto Ribeiro Gonçalves de Barros, nesse período, “acentuam-se a procedência divina do direito natural, o seu caráter normativo como critério de conduta virtuosa e a identificação de suas normas por um processo de inquirição intrínseca à razão humana”. Já, por sua vez, mais especificamente quanto à perspectiva divina do Direito Natural, o referido professor afirma:

“...os Padres da Igreja utilizaram mais a expressão lei natural, entendida como a expressão da razão e da vontade de Deus e, por isso, eterna e imutável, do que direito natural. Eles consideravam que o lugar por excelência da lei natural tinha sido aquele estado de justiça perfeita e de feliz harmonia que caracterizava a origem inocente da condição humana, destruído pela desordem do pecado original. Assim, distinguiram a lei de natureza absoluta,

6 REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, (12ªed.), S. Paulo, 1987, p.97.

7 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, *Op. Cit.*, p.133.

8 REALE, Miguel, *Op. Cit.*, pp. 97 a 100.

encontrada no homem incorruptível, no estado de graça primitivo, da lei de natureza relativa, ajustada às mudanças do homem, após a Queda.”⁹

Por outro lado, modernamente, o Direito Natural apresentou facetas que distinguiram, mais uma vez, outra significação para tal movimento jurídico. Conforme leitura de Agostinho Ramalho Marques Neto¹⁰, o jusnaturalismo, na sua acepção moderna, teve como principais nomes Pufendorf, Grotius, Thomasius e Leibniz. Dentre estes, Grotius e Pufendorf teriam o mérito de romper gradativamente com o enlace teológico que ainda persistia em dominar a acepção jurídica do Direito Natural até então. Assim, mais detalhadamente, pode-se afirmar que “foi com Grotius que se iniciou verdadeiramente o processo de laicização do Direito, mediante uma gradativa emancipação em relação ao pensamento escolástico...”¹¹. Além disso, já no ensino de Thomasius, a Moral assume aspecto fundamental no Direito juntamente com a razão, ambos sendo regentes da conduta humana.

Como se observa, o Direito Natural, diferentemente do que comumente se pensa pejorativamente, não é simplista. As correntes e as nuances jusnaturalistas¹² demonstram que, como fruto de uma longa análise histórica e, mais recentemente, científica, o tempo trouxe uma maior gravidade acadêmica. Logo, não é possível, numa abordagem crítica e epistemológica do Direito, omitir qualquer menção ao Direito Natural não somente pela sua importância histórica, mas, também, para seu papel coadjuvante – e, por vezes, protagonista – da realização/leitura do fenômeno jurídico. Ademais, é de ressaltar que a própria distinção entre Direito Natural e Direito Positivo acaba por ter a benéfica situação de demonstrar a amplitude do existir jurídico. Em outras palavras, a própria existência dessa dualidade – que de nenhuma maneira esgota o universo do Direito – traz, em si, a possibilidade de uma crítica contínua. Dessa maneira, as teses e as antíteses entre jusnaturalismo e juspositivismo servem como espaço para uma ininterrupta lapidação do Direito.

03. DO JUSPOSITIVISMO

Deve-se iniciar esta concepção jurídica do *juspositivismo*, a partir da tipologia de Hans Kelsen, que classifica os diversos tipos de pensamento jurídico e filosóficos, desde as concepções mais primitivas e/ou metafísicas de sociedade e de Direito até as concepções

9 BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de, “Direito Natural em Cícero e Tomás de Aquino” in *Direito e Filosofia: A Noção de Justiça na História da Filosofia*, PISSARA, Maria Constança Peres (Coordenadora); Atlas, São Paulo, 2007, pp. 46/47.

10 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, Op. Cit. p. 133 a 136.

11 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, Op. Cit. p. 134.

12 Pode-se catalogar, atualmente só na Alemanha, mais de 200 (duzentas) espécies de neo-jusnaturalismo existentes. Com isso, não se pode afirmar que o positivismo suplantou, em essência, ao naturalismo.

juspositivistas mais recentes. Assim, para Kelsen, a necessidade de encontrar apoio em uma esfera transcendente se deve a uma espécie de sentimento de “faltas” ou a um “complexo de inferioridade”¹³

As numerosas variantes do positivismo jurídico resultam de diversas interpretações e do peso que se dê a dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento jurídico ou dotado de autoridade e o da *eficácia social*. A todas essas variantes positivistas é comum o fato de que o Direito depende do que é imposto e/ou é eficaz. Com efeito, todas as teorias não positivistas sustentam a tese da vinculação entre Direito e Moral. Isto é, o conceito de Direito para os não positivistas deve ser definido de maneira tal que contenha elementos morais.

Os elementos da *eficácia social* e da *legalidade* conforme o ordenamento jurídico podem não apenas serem combinados reciprocamente de maneira muito diferente se não, serem interpretados diferentemente. Esta é a razão porque existe uma imensa variedade de conceitos positivistas. Estes, podem ser divididos em dois grupos principais: a) conceitos de Direito primariamente orientados à eficácia e b) conceitos de Direito primariamente orientados à instauração normativa. O advérbio “primariamente” põe de manifesto que, em geral, a orientação só representa uma acentuação, quer dizer, que o outro não é excluído totalmente. Um exemplo clássico de um conceito de Direito orientado à instauração normativa se encontra em John Austin, que concebe o Direito como constituído por ordens ou normativas: “*Every law or rule...is a command* “. Sendo que uma *ordem ou norma* é definida pelo fato de está garantida por uma *sanção*:

“A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded”¹⁴

Dessume-se então que, nem toda “ordem” ou norma é Direito, se não aquela que emana de uma instância politicamente superior. Resumindo da obra de Austin, pode-se dizer que este jurista inglês define o Direito como a totalidade das normas de um soberano respaldadas por sanções.

No século XX os representantes mais importantes de um positivismo jurídico orientado à instauração normativa são Hans Kelsen e Herbert Hart. Kelsen define o Direito como “uma ordem (Comando) normativa-coativa”, cuja validade se baseia em uma norma fundamental pré-suposta: “Portanto, se deve agir conforme às normas promulgadas e de acordo a esta

13 KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado, (Trad. Luis Carlos Borges), Martins Fontes, S. Paulo, 1997, pp.599 e 600.

14 AUSTIN, J. 1985, Apud ALEXY, Robert, El Concepto y la Validez del Derecho, Gedisa Editorial, (trad. Jorge M. Seña), 2ª ed. Barcelona, 2004, p.24.

Constituição, que sejam, em termos gerais, e eficazes".¹⁵

Segundo Hart, o Direito é um sistema de regras que pode ser identificado recorrendo-se à regra do reconhecimento (rule of recognition). A função desta regra é correspondente à norma básica de Kelsen. Entretanto, seu status jurídico é de um tipo totalmente distinto, vez que sua existência é um fato social: "What the Queen in Parliament enacts is Law", é este o núcleo da regra do reconhecimento, que Hart formula, com respeito ao sistema jurídico inglês.¹⁶

Não é demasiado ressaltar que, conquanto hajam muitas concepções juspositivistas, é comum a todas elas unicamente a tese de separação entre Direito e Moral. O juspositivismo foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. Como bem explica Luís Roberto Barroso:

"o homem chegara a sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais".¹⁷

As teses fundamentais do juspositivismo, em apertada síntese, podem ser assim expressas: a) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; b) o conhecimento científico é objetivo; funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; c) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.¹⁸

Com efeito, ressalta-se destas linhas mestras caracterizadoras do pensamento filosófico positivista, a compreensão de que a aplicação desses fundamentos supra referidos, vai ao sentido de pretender-se criar uma Ciência do Direito, com características análogas às ciências exatas e naturais, que utilizam, basicamente o método empírico e dedutivo, para

15 KELSEN, Hans, Teoria Pura do Directo, Op. Cit., pp.45 e ss.

16 HART, 1961:107, Apud ALEXEY, Robert, Op. Cit., p.26.

17 BARROSO, Luís Roberto, Curso de Directo Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 4ª ed, Saraiva Editora, S. Paulo, 2013, p.261.

18 Cfr. BARROSO, Luís Roberto, Curso de Directo Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Op. Cit., p.261.

formular suas hipóteses científicas. Esta busca de objetividade científica desconsidera a mera especulação filosófica - e mesmo esta, que desde Thomas Hobbes já havia rompido com a Teologia Escolástica medieval, focando sua atuação na razão humana, agora é sucedida pelo empirismo cartesiano. Conseqüentemente, este ponto de ruptura, importa em que o Direito é separado da Moral e dos valores transcendentais e metafísicos. O Direito obtém um objeto próprio e científico, a norma jurídica. Direito, é, portanto, norma jurídica. Sua essência. É ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa.

Urge que a Ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade.¹⁹

04. PARA ALÉM DA ANTÍTESE, UMA SÍNTESE DO PENSAMENTO JUSNATURALISTA E JUSPOSITIVISTA?

O problema central da polêmica acerca do conceito do Direito é a relação entre Direito e Moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos²⁰, seguem existindo duas posições básicas: a positivista e a não positivista (naturalista). Todas as teorias positivistas sustentam a tese da separação entre Direito e Moral. Segundo ela, o conceito de Direito deve ser definido de forma tal que não inclua nenhum elemento moral. Tal tese da separação pressupõe que não existe nenhuma conexão conceitual necessária entre Direito e Moral, entre aquilo que ordena o Direito e aquilo que exige a Moral ou entre o Direito que é e o Direito que deve ser. O grande positivista Hans Kelsen resumiu esta posição com a fórmula: "por isso, qualquer conteúdo pode ser Direito".²¹

É de se observar que com a teoria hegeliana do Direito, a posição dogmática atinge sua máxima expressão, superando o dualismo entre Direito Natural e Direito Positivo, pois no processo dialético em que o real e o pensamento se identificam, não há que falar em dever ser ou em valores jurídicos, porque tudo se resolve na realidade jurídica como expressão do espírito objetivo.²²

19 Oportuna a advertência de que não se encontra no âmbito do Direito, a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. Estas estão melhor inseridas no âmbito da Filosofia do Direito.

20 Para só mencionar um exemplo, a pergunta de Alcebiades dirigida a Péricles e que nos informa Xenofontes: "Así, pues, cuando un tirano se apodera del Estado y prescribe a los ciudadanos lo que deben hacer, ¿es esto también una ley?" (Xenofontes 1917:16) Apud ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Op. Cit., p.13

21 KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, (trad. João Bati sta Machado), 6ª ed, Armênio Amado Editora, Coimbra, 1984

22 REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, Ed. Saraiva, (12ªed.), S. Paulo, 1987, p.162. Ainda, nesta festejada obra clássica: "Coube aos filósofos do Direito contemporâneos renovar algumas teses fundamentais do hegelismo, mas superando suas extremadas posições dogmáticas

05. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

É consabido que não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afetado e dirigido. Ora, o Direito é um elemento essencial da comunidade: o homem nasce, cresce, vive (e morre) no seio da comunidade e jamais se separa dele. Havendo uma Ciência Jurídica, esta há de ser, eminentemente, uma ciência prática.²³ Indissociável, portanto, esta ideia do Direito como regramento social, cujos sujeitos interagem-se entre si, em suas mais variadas relações, com o produto cultural de uma determinada sociedade e em um determinado tempo.

O contra-ponto entre o jusnaturalismo e o juspositivismo permite um enriquecimento de ideais nucleares do Direito, com ampla fundamentação conceitual e axiológica, que possibilita um “enriquecimento” ao Pensamento Jurídico, à Filosofia e à própria Ciência do Direito.

23 Aos romanos cabe o inesquecível mérito de terem fundado, com o pragmatismo que lhe era tão característico, a mais viva de todas as ciências, a Ciência do Direito. E, inegavelmente, com e através do Direito se tornaram grandes e fortes, com uma duração de seu Império que transcendeu 1.400 anos.

TOMO
V

SOCIEDADE DE RISCO

| ROBERTO CARVALHO VELOSO |

A Responsabilidade Penal na Sociedade de Risco..... Pág 209

| ANA LUIZA ALMEIDA FERRO |

Edwin Sutherland: o crime de colarinho
branco e o crime organizado. Pág 231

A RESPONSABILIDADE PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Roberto Carvalho Veloso¹

Resumo: Este estudo pretende realizar um diagnóstico da atual sociedade de risco, quando a ordem do dia é o desejo de sensação de segurança e a prevenção de condutas indesejadas, gerando a criação de tipos penais abertos, o recrudescimento das penas e a consequente expansão do Direito Penal. Nesse quadro, vão perdendo força princípios basilares da responsabilidade penal, como o da culpabilidade e o da legalidade. Palavras chaves: Sociedade de risco. Responsabilidade penal. Direito penal

Sumário: 1. Introdução. 2. As características do Direito Penal na sociedade de risco. 3. A responsabilidade penal da pessoa jurídica na sociedade de risco. 3.1. A responsabilidade individual por atos da pessoa jurídica. 3.2. A responsabilidade penal da pessoa jurídica por seus atos. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

01. INTRODUÇÃO

Nas sociedades pós-industriais e na era da globalização², o incremento tecnológico do sistema de produção e consumo transformaram a realidade social, fazendo surgir novos bens jurídicos a serem protegidos e novas condutas a serem analisadas e estudadas no âmbito do Direito Penal. Há até uma tendência de se dizer que o progresso tecnológico e o aumento das facilidades de transporte e comunicação indicam o desenvolvimento econômico de uma determinada sociedade, sendo uma das suas consequências a sofisticação da criminalidade. Nesse contexto, surge a macrocriminalidade, realizada por uma organização criminoso ou por uma empresa constituída para a prática de atos ilícitos. Isso não é, porém, privilégio das sociedades desenvolvidas, como ilustra Cervini e Adriasola³, uma vez que, apesar da

1 Juiz Federal no Maranhão. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. Professor Doutor do Uniceuma. Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal do Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pernambuco. E-mail: velosorc@uol.com.br

2 - Mercado define globalização como sendo uma cadeia de processos econômicos, políticos, científicos e culturais, que vão desde a mundialização da economia até a revolução e transformação tecnológica, modificando o cenário das condições da vida social que hoje se descreve com a palavra globalização. (MERCADO, Pedro. *Proceso de globalización, el estado y el derecho*. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Ediciones Akal, 2005, p. 119)

3 CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 10.

evidência de que o desenvolvimento econômico propicie as condições ideais para a eclosão da macrocriminalidade, não se pode esquecer que as mais graves violações às normas penais de proteção à atividade econômica financeira são conhecidas das sociedades subdesenvolvidas ou em desenvolvimento, como é o caso dos países da América Latina.

É importante deixar de logo registrado que o crime organizado⁴ possui caráter transnacional, ultrapassando o espectro de aplicação das leis penais nacionais. Dessa forma, os crimes de lavagem de dinheiro e os seus crimes-meio – financeiros, tributários, fraudes bancárias – ganham maior grau de sofisticação e ciência e se tornam difíceis de apuração e repressão pelas autoridades nacionais. Outro fator importante na análise da macrocriminalidade é o uso e o abuso do poder político, econômico ou intelectual. Para Adeodato⁵, o poder não seria um elemento concentrado como atributo de uma pessoa ou grupo, mas uma relação divisível, que pressupõe a existência de uma sociedade altamente complexa.

A esses fatores deve-se somar, na análise da macrocriminalidade, a especialidade profissional. Cervini e Adriasola⁶ afirmam que o acréscimo dessa especialização profissional tem como maior manifestação o domínio funcional operativo dos meios tecnológicos, de modo que tal circunstância pode incidir de forma autônoma e determinante para que muitas condutas nocivas não sejam alcançadas pelo sistema penal. A atividade da macrodelinquência é realizada, na maioria das vezes, sob o manto de uma legalidade aparente. As organizações criminosas avançadas atuam de uma maneira que parece lícita, com uma fachada que esconde a verdadeira faceta, sendo imperioso reconhecer que, para sobreviverem e se viabilizarem sob aparente legalidade, estabelecem contatos e apoios no legislativo, no executivo e no judiciário, além, é claro, de no ramo empresarial. A macrodelinquência, demonstrando seu alto poderio financeiro, na sua atividade criminosa movimentava grandes somas de dinheiro, como se pode, por exemplo, constatar no comércio ilegal de entorpecentes. Coyle⁷ diz que quatrocentos bilhões seriam provenientes do tráfico de drogas empregando perto de 20 milhões de pessoas, dispostos de 70 a 100 milhões de consumidores.

Isso acontece nos tempos atuais de uma sociedade de risco⁸, a qual, para Buergo⁹ apresenta três características. A primeira seria a mudança dos perigos atuais em relação aos de outras

4 O delito empresarial ou societário não se equipara ao crime organizado, principalmente no que se refere ao seu combate. Não é de pensar, por exemplo, na infiltração de agentes policiais e no instituto da delação premiada nos delitos societários, a não ser que se trate de uma empresa mafiosa.

5 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

6 CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 22.

7 COYLE, Diane. *Sexo, drogas e economia: uma introdução não-convencional à economia do século 21*. São Paulo: Futura, 2003, p. 38.

8 Buergo afirma que foi o sociólogo alemão Ulrich Beck que desenvolveu o modelo teórico da sociedade de risco, rapidamente incorporada às reflexões sobre a evolução atual do Direito não só no âmbito penal, mas também em outros ramos do ordenamento, predominantemente nos Direitos Civil e Mercantil. (BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 23)

9 BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 25-30.

épocas, como desastres naturais ou pragas, para a exploração e manejo de energia nuclear, produtos químicos, recursos alimentícios, problemas ecológicos e tecnologia genética, entre outros. Essas ameaças da modernização e da globalização são consequências do progresso tecnológico, na maioria das vezes não previstos e inicialmente dirigidos a finalidades positivas. A segunda característica é a complexidade organizativa das relações de responsabilidade, o que dificulta a investigação e o desvendamento das condutas lesivas em razão da constante substituição dos contextos de ação individual por outras, de caráter coletivo, de sorte que a responsabilidade pelos fatos se ramifica cada vez mais por meio de processos para os quais contribuem várias pessoas, físicas ou jurídicas. A terceira é a sensação de insegurança subjetiva, que provoca uma demanda crescente por mais legislação penal, na busca de uma proteção objetiva, fazendo o binômio risco-insegurança com que os indivíduos reclamem ao Estado a prevenção ao risco e a otimização dos recursos de segurança.

Pérez¹⁰ defende que, além dessas características, deve-se incluir a resistência psicológica dos indivíduos ao caso fortuito, o que leva, como consequência, à eliminação de espaços de risco permitido, ao incremento das infrações de deveres de cuidado e à proposta de aumento da tipificação de delitos de perigo. Outro fator relevante para essa expansão seria uma identificação social mínima com o autor, tornando-se a lei penal na Carta Magna da vítima.

02. AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade de risco produz um novo Direito Penal, que se caracteriza principalmente por uma política não de descriminalização, mas de criminalização. O legislador se preocupa muito mais com a parte especial do Código Penal e com a legislação extravagante que com a parte geral e o sistema de penas e medidas de segurança, o que implica o surgimento de novos tipos penais em áreas como meio ambiente, tributação, economia, processamento de dados e criminalidade organizada¹¹.

Outro aspecto importante é o incremento da utilização do Direito Penal como instrumento de controle social, sendo o Direito Penal de risco usado como mecanismo formal de controle das fontes de perigo de origem sistêmica¹². Garland¹³ esclarece que no momento atual não há uma transformação das instituições, o abandono de velhas práticas e instituições e a criação de outras, nem ocorrem processos de abolição, como houve quando se desmantelaram o

10 - PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales: especial referencia al ámbito económico. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Ediciones Akal, 2005, p. 263

11 - Vide HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

12 - Vide GARLAND, David. La cultura del control. Barcelona: Gedisa, 2001.

13 - GARLAND, David. La cultura del control. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 276.

cadafalso e a força e em seu lugar se construíram penitenciárias. Não existem notícias de um processo de construção de instituições comparável com os tribunais juvenis, o serviço do livramento condicional e a individualização da pena: ao contrário, o sistema de justiça penal se expandiu enormemente no que se refere à quantidade de judicialização dos casos ao número de funcionários e aos elevados gastos orçamentários, sem mencionar a construção de estabelecimentos penais.

No atual estágio de evolução do Direito Penal é realmente extraordinário o avanço dos delitos de perigo abstrato. É constatável, pelo simples acompanhamento do trabalho do legislador penal, a crescente utilização de tipos de perigo abstrato, de delitos de consumação antecipada e de punição a atos preparatórios, a fim de oferecer respostas rápidas de controle de condutas.

Hassemer¹⁴ afirma ser cada vez mais patente, sobretudo no Direito Penal Econômico e no do meio ambiente, que os pressupostos tradicionais da imputação individual se constituem obstáculo para uma política criminal eficaz. Com efeito, a imputação individual, principal virtude do Direito Penal tradicional, tornou-se um óbice, ao emprego dos meios jurídicos do novo Direito Penal, inserindo-se esta tendência, a agravação das penas e os tipos penais abertos.

Há, assim, uma inclinação pelo desapego aos bens jurídicos individuais e a opção legislativa pela proteção dos bens jurídicos supra-individuais ou universais, exatamente porque a introdução de bens jurídicos com perigos difusos é uma das características do Direito Penal atual. É que, segundo Buergo¹⁵, o alijamento da proteção de bens jurídicos individuais ou mesmo a preterição do conceito de bem jurídico caracteriza um Direito Penal sem tanta relação com o castigo e a repressão a danos individuais concretos, mas fortemente ligado à mera inobservância de normas organizativas, ou seja, com a proteção de condições ou bases de segurança e a prevenção de perturbações sociais.

03. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO

3.1 A responsabilidade individual por atos da pessoa jurídica

Não se pode negar que a empresa seja geradora de riscos. Na sociedade pós-industrial, o consumo exagerado e o avanço tecnológico justificam a existência de riscos ditos coletivos ou de massa, porém os indivíduos veem a necessidade de limitá-los para que não fujam ao

14 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 60

15 15 - BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 69.

controle e não produzam lesões a bens juridicamente protegidos¹⁶. A empresa é, pois, uma fonte de riscos para bens fundamentais como a vida e a saúde, quer no processo de produção, quando causa acidentes no trabalho pelo manuseio da máquina, quer com os próprios bens produzidos pela atividade industrial, com a elaboração de mercadorias e alimentos em grande escala, quer ainda pela liberação dos dejetos industriais, como a emissão de gases tóxicos e o descarte de produtos radioativos.

Zuñiga Rodríguez¹⁷ afirma que o progresso das pessoas jurídicas, em particular as sociedades anônimas e as de responsabilidade limitada, foi concebido pela análise do custo-benefício entre risco e responsabilidade. Os membros das sociedades limitam-lhe o risco pela determinação da responsabilidade na própria pessoa jurídica, produzindo-se, nesses casos, uma cisão entre quem atua e quem se responsabiliza pelo fato o que significa que há, na atuação de pessoa jurídica, uma dissociação entre a ação e o sujeito jurídico imputável.

Por essas razões, diversos autores desde 1990, travam essa discussão sobre a obsolescência do Direito Penal tradicional em face da macrocriminalidade econômica¹⁸. Surge, então, a ideia de um novo Direito Penal, destinado a alcançar a pessoa jurídica a partir da necessidade de uma política criminal e eficaz, daí que Hassemer e Muñoz Conde¹⁹ defendem que deve prescindir de conceitos metafísicos, reconhecendo nos tradicionais pressupostos da imputação jurídico-penal um obstáculo a uma concepção preventiva. Ou seja, a imputação individual, típica do Direito Penal tradicional, deve adaptar-se às novas exigências do mundo atual.

Já existem, aliás, algumas definições do novo Direito Penal. Cardoso²⁰ diz que o Direito Penal de risco se caracteriza pela pretensão de se desenvolver como um Direito Penal preventivo, que enfrente as novas grandes ameaças da sociedade moderna antecipando a proteção de bens jurídicos mediante a criação de tipos penais abertos, os quais devem ser preenchidos pelo juiz, além da punição em grande escala dos atos omissivos.

16 Ramonet diz que o volume de negócios da General Motors é superior ao PIB da Áustria e que cada uma das cem empresas globais mais importantes do mundo (controlam 70% do comércio internacional) e vende mais que exporta qualquer dos 120 países mais pobres, sendo que essas macroempresas controlam 70% do comércio mundial. (RAMONET, Ignacio. Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas. Barcelona: Grijalbo Mondadori, 2002, p. 20)

17 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 269.

18 - Esse termo é utilizado por SILVA, Juari C. A macrocriminalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

19 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 16.

20 CARDOSO, Fernando Navarro. El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). Serta: In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2004, p. 1324.

Outra tendência é a mitigação do princípio da culpabilidade, punindo-se pela mera realização do ato, sob uma presunção ou simplesmente por fato atribuído a terceiro, com a aplicação da analogia entre tipos legais. Por fim, e principalmente, resolve-se a possibilidade de punição penal da pessoa jurídica, como se vê em países europeus, a exemplo da França.

Sejam pertencentes ao sistema jurídico anglo-americano, sejam ao de codificações da Europa continental, a maioria dos países reconhece que a responsabilidade penal tem como princípio maior a legalidade. No Brasil, tal princípio decorre da Constituição Federal (art. 5º, XXXIX): *nullum crimen, nulla poena, sine praevia legem*.

Assim, deve ser antes de tudo considerada a premissa de que punir requer autorização expressa da Constituição e da lei.

Há, no Brasil, previsão constitucional e legal de punição penal da pessoa jurídica pelos atos lesivos ao meio ambiente. Isso é o que se infere da leitura do art. 225, § 3º, da Constituição Federal: "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" Autores há, no entanto, que defendem que a Constituição Federal admitiu a responsabilidade penal da empresa, indistintamente, para todos os crimes e não só para os ambientais. Ribas²¹, por exemplo, afirma categoricamente que essa admissão está no seu art. 173, § 5º, que estabelece que a pessoa jurídica é responsável nos atos contra a ordem econômica, não discriminando expressamente a que se referia, o que leva a concluir que se trata de todas as espécies de responsabilidade, inclusive a penal.

Tal posição, porém, encontra sérios obstáculos diante do princípio da culpabilidade e da legalidade (art. 1º, XXXIX, da CF), este último, em razão de, fora dos casos ambientais, não haver lei que estabeleça a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mesmo nos crimes ambientais, que há lei tipificando condutas a serem praticadas por pessoa jurídica, é difícil, no âmbito penal, falar-se em responsabilização da pessoa jurídica porque toda a doutrina a respeito da conduta punível está fundada em quatro elementos básicos: 1) ação; 2) tipicidade; 3) antijuridicidade; 4) culpabilidade.

Segundo Roxin²², ação é uma conduta humana relevante no mundo exterior, dominada ou ao menos dominável pela vontade, de modo que, para ele, não são ações em sentido jurídico os efeitos produzidos por forças naturais ou animais, nem os atos de uma pessoa jurídica.

21 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Questões relevantes de direito penal tributário. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 97-98.

22 ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2. ed. t. 1. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 194.

Luzón Peña²³ afirma que a diferença entre as condutas do homem e os fenômenos naturais ou dos atos dos animais é a sua dependência da vontade, cujo conceito é mais amplo que os de finalidade ou intencionalidade, já que pressupõe a existência de uma consciência e inteligência do aparato cerebral e do sistema nervoso central, ou, em outras palavras, da instância anímica-espiritual que, na terminologia psicanalítica, se denomina “eu”.

Essa também é a posição de Jescheck e Weigend²⁴, segundo a qual as pessoas jurídicas somente têm capacidade de atuar por meio das pessoas físicas, pelo que não podem ser castigadas por si mesmas, além do que, em relação a elas, a desaprovação ético-moral não produz nenhum resultado, porque a reprovação culpável apenas pode alcançar as pessoas individuais e não membros não intervenientes ou vinculados a uma massa patrimonial. A punição de coletivos de pessoas é, assim, incompatível com o Direito Penal tradicional, especialmente se se considerar os conceitos de ação e culpabilidade, postulando ainda o autor que para se punir a pessoa jurídica é necessária a criação de outras regras e categorias, ainda mais que, existindo as penalidades administrativas, as sanções penais são inócuas.

Essa posição tem fundamento no aforisma *societas delinquere non potest*, gerado a partir da teoria da ficção, desenvolvida por Savigny²⁵, segundo a qual as pessoas jurídicas não existem no mundo real e não podem por isso, realizar os elementos típicos de uma conduta punível. Para os adeptos da teoria da ficção, na atual estrutura do Direito Penal não se concebe uma pessoa jurídica com poderes para refletir e agir, o que significa que somente respondem pelos delitos praticados no âmbito de uma empresa as pessoas físicas na medida de suas culpabilidades, já que o agrupamento em si não se submete a nenhuma pena.

Para Dotti²⁶, a melhor compreensão da norma leva à conclusão de que tanto a pessoa física quanto a jurídica podem ser responsabilizadas civil, tributária e administrativamente, porém a responsabilidade penal permanece com natureza eminentemente humana. Segundo Dotti²⁷, a pessoa jurídica, também chamada de pessoa moral, ou no dizer de outros autores,

23 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de derecho penal: parte general I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 475.

24 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 243.

25 Apud RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 25. ed. atual. v.1. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65.

26 DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995, p. 187

27 DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995, p. 180.

pessoa civil, pessoa mítica, pessoa fictícia, pessoa abstrata ou pessoa coletiva, é uma ficção criada pelo Direito e, desse modo, separada das pessoas naturais que a fazem atuar²⁸.

Em países como Alemanha, Itália e Espanha é forte a posição dogmática de a pessoa jurídica não ser sujeito ativo de crimes, sempre levando em consideração a ausência de capacidade de ação e de culpabilidade. Para Cervini e Adriasola²⁹, a pretendida necessidade de penalizar a pessoa jurídica contém apenas um Direito administrativo disciplinar ao qual se agrega uma nota estigmatizante para acalmar certos círculos, e não um Direito Penal propriamente dito.

Os autores asseveram que a concretização da responsabilidade penal das pessoas jurídicas implicaria um desnecessário menoscabo ao princípio da responsabilidade pessoal e um retrocesso dogmático inócuo, que poderia redundar em mais casos de impunidade das pessoas físicas dirigentes do ente coletivo. A punição unicamente da pessoa jurídica levaria à possível satisfação da opinião pública, enquanto os verdadeiros culpados seriam livres para atuar por meio de outras sociedades.

Também nessa seara se encontra Cerezo Mir³⁰, para quem a pessoa jurídica carece de capacidade de ação no sentido estrito do Direito Penal, impossível de ter capacidade de culpabilidade e sofrer a pena, uma vez que somente o homem, como indivíduo, pode ser sujeito ativo de delito. Essa é a conclusão a que se chega sob a ótica da teoria tradicional do delito, desenvolvida, desde o início, sob o fundamento de uma concepção individualista do injusto e da culpabilidade, tanto que Roxin³¹ diz que a ação é antijurídica se for obra de um determinado autor. A teoria finalista da ação, proposta por Welzel³², é a expressão maior da responsabilidade pessoal do autor, construída sob a tese do injusto pessoal tendo como base a teoria do delito. Essa concepção exigiu todo um sistema penal apoiado na conduta pessoal de uma pessoa física, desde a imputação subjetiva até a culpabilidade, inviabilizando-se, desse modo, a punição das pessoas jurídicas.

Assim, como afirma Zuñiga Rodríguez³³, devido à impossibilidade de se punir a pessoa

28 Vide SILVA, Guilherme José Ferreira da Silva. Incapacidade criminal da pessoa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

29 CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 49.

30 CEREZO MIR, José. Curso de direito penal espanhol. t. II. Madrid: Tecnos, 1992, p. 70.

31 ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2. ed. t. 1. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 319

32 WELZEL, Hans. Derecho penal alemán: parte general. 11. ed. Chile: Editora Jurídica de Chile, 1997.

33 33 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Branderiz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 278.

jurídica, a legislação optou pela adoção dos seguintes modelos de responsabilização, quando os fatos são por essa pessoa cometidos: a responsabilização dos órgãos e representantes e a responsabilização do titular da empresa. Apesar de a Espanha e a Alemanha adotarem o primeiro modelo³⁴ optou-se no Brasil, pelo segundo³⁵.

Zuñiga Rodríguez³⁶ defende que a melhor interpretação desse modelo de responsabilização é a que integraria a situação do dever de atuar com a posição de garante do sujeito ativo, a qual se apresenta quando corresponde ao sujeito uma específica função de proteção do bem jurídico ou uma função pessoal de controle de uma fonte de perigo. A esse respeito, Mir Puig³⁷ afirma que a posição de proteção do bem jurídico afetado ou uma função pessoal de controle de uma fonte de perigo se acha amplamente difundida na doutrina alemã. Trata-se, para ele, da “teoria das funções”, procedente de Armin Kaufmann, que fundamenta a posição de garante na relação funcional materialmente existente entre o sujeito e o bem jurídico, de sorte que se supera assim a anterior doutrina, a “teoria formal do dever jurídico”, que para decidir a ocorrência da posição de garante atendia a suas fontes formais, em regra se mencionavam a lei, o contrato e a atuação precedente³⁸.

Aliás, essa responsabilização deverá ser sempre subjetiva. É que como corolário do Estado Democrático de Direito, somente se deve punir outrem pela acusação da prática de crimes quando, provado o fato e a conduta, também ficar demonstrado o elemento anímico: dolo ou culpa. Entretanto, quando alguns intérpretes e aplicadores do Direito defendem a punição com a simples prova do nexos de causalidade material, sem preocupação com a análise do dolo e da culpa ou sem ter ficado demonstrada a culpabilidade do agente, querem, na verdade, a aplicação pura e simples da responsabilidade penal objetiva aos crimes contra a ordem tributária.

34 34 Zuñiga Rodríguez diz que o art. 31 do CP espanhol e o art. 14 do CP alemão contém uma disposição de extensão da responsabilidade ao representante, apesar de este não possuir os atributos necessários e requeridos pelo tipo penal, sendo possível transferir-se as características próprias da pessoa jurídica ao seu representante, a fim de responsabilizá-lo. (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 274)

35 Segundo Lopes: o sujeito ativo do crime de sonegação fiscal é a pessoa física constitucionalmente destinatária tributária, que realiza a conduta típica descrita nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, senão aquele que detém o poder de ordenar ou realizar o pagamento de tributos no caso do artigo primeiro e quem deve cumprir por expressa disposição normativa as obrigações acessórias por, no caso do artigo segundo. (LOPES, Rodrigo Fernando de Freitas. Crime de sonegação fiscal: a crise do Estado como causa de exclusão da culpabilidade. Curitiba: Juruá, 2002, p. 61)

36 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 281

37 MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 5. ed. Barcelona: Barcelona, 1998, p. 306.

38 O CP brasileiro previu no § 2º do art. 13 as hipóteses da posição de garante: a) ter por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) criar com seu comportamento anterior, o risco da ocorrência do resultado.

Ao se agir dessa forma, consagra-se a aplicação das disposições do Código Tributário Nacional³⁹, de natureza administrativa, ao Direito Penal, punindo-se independentemente da comprovação da culpabilidade do sujeito passivo, bastando, para tanto, que a legislação específica seja contrariada. Foi o que ocorreu em julgamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, efetuado na Apelação Criminal n. 2002.01.00.004155- 2/RO, ocorrido em 15.4.2003, cujo relator foi o desembargador federal Luciano Tolentino Amaral, que, ao inverter para o réu o ônus da prova, admitiu a culpa presumida do administrador da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem tributária, desde que conste tal função no contrato social⁴⁰.

Tal posição não é adotada pacificamente nos outros tribunais brasileiros, nem pode ser literalmente aplicada. É pública e notória a situação da mulher do administrador de fato, que não raro figura no contrato social como sócio-gerente sem ter, na verdade, nenhum poder de decisão. Há também a daqueles meros empregados, sem condições materiais de serem sócios da empresa, que assinam o contrato social apenas formalmente, mas nunca tiveram qualquer mando.

A esse respeito, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal n. 97.04.39564-7/PR⁴¹, cujo relator foi o ministro Gilson Dipp, então juiz daquela corte, que a responsabilização penal deve recair sobre quem efetivamente pratica atos decisórios de recolhimento de impostos e contribuições.

A responsabilidade penal objetiva prescinde da análise se o agente tinha o conhecimento e a vontade de realizar os elementos do tipo penal, sendo-lhe suficiente o nexo de causalidade material entre a conduta e o resultado. Daí que Machado⁴² diz ser um equívoco, em se tratando de crimes ocorridos no âmbito das empresas, a adoção da responsabilidade penal objetiva ou a adoção da responsabilidade por fato de outrem porque os artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e os 168-A e 337-A do Código Penal somente se dão por dolo direto ou eventual, não sendo previstos na forma culposa.

39 - O princípio da aplicação de sanção por descumprimento da legislação tributária sem uma análise acerca da ocorrência do dolo e culpa e da presença da culpabilidade está prevista no art. 136 do Código Tributário Nacional: "Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

40 - O administrador, assim assentado no contrato social ou estatuto, é o responsável, por presunção lógica e pela chamada "culpa in vigilando", pelo crime de sonegação fiscal praticado. Essa presunção é, todavia, juris tantum, reservando-se à prova a confirmação da negativa (art. 156 do CPP), como o ocorrido no concreto, onde a feitura das notas "calçadas" é atribuída aos réus, que não provaram o contrário. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 2002.01.00.004155-2/RO. Apelante: Francisco Alves Filho. Apelado: Justiça Pública. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, 15 de abril de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 157, 6 jun. 2003).

41 - BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 97.04.39564-7/PR. Relator: Juiz Gilson Dipp. Porto Alegre, 9 de dezembro de 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 143, 4 fev. 1998c

42 - MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (Org.). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 121.

Há uma questão envolvendo os crimes contra a ordem tributária que é a responsabilidade pelas condutas supostamente causadoras de ilícitos. Isso porque as empresas são pessoas jurídicas, constituídas por vários sócios. A Lei 8.137/90 trouxe uma luz sobre o problema ao estabelecer no seu artigo 11: "quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes de definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade"

Vê-se, portanto, que não basta ser sócio da pessoa jurídica envolvida nos crimes contra a ordem tributária para ser denunciado ou mesmo punido, apesar de o artigo acima citado apenas repetir o que o art. 29 do Código Penal já dizia. Bacigalupo E.⁴³ aponta que "um Direito em que é preciso se responder pelo que se é, e não somente pelo que se fez, não é um Direito penal da culpabilidade". Daí é que não bastará à acusação provar simplesmente que houve o resultado, ou seja, a supressão ou redução de tributo ou contribuição social, é preciso provar quem fez e se quem assim agiu o fez dolosamente e com culpabilidade.

Não é possível, assim, a responsabilidade objetiva, para a qual basta a prova da ocorrência do resultado. Gomes⁴⁴ diz que esta se dá quando alguém é punido sem ter atuado com dolo ou culpa ou quando, mesmo punido sem culpabilidade, não pôde, nas circunstâncias concretas, atuar de modo diferente.

Não é suficiente, para a existência da responsabilidade penal, um simples fato ou um resultado perturbador ou lesivo a bens jurídicos, entendimento consagrado pelo STJ no Resp n. 113.964/PE, cujo relator foi o ministro Edson Vidigal, segundo o qual para a caracterização do delito previsto no art. 95, d, da Lei 8.212/91 faz-se necessário o elemento subjetivo, no caso o dolo. Tal jurisprudência aplica-se ao art. 168-A e 337-A do Código Penal, os quais repetem as condutas previstas na lei de 1991⁴⁵.

Tal afirmação é uma conclusão lógica do art. 18 do Código Penal pátrio, pelo qual os crimes são, em regra, dolosos, somente permitida a culpa quando expressamente a lei assim o disser, daí que todos os tipos penais dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 se configuram como dolosos. Aliás, o art. 1º da referida Lei exigiu, para a caracterização do crime, além do dolo genérico em todas as condutas, o elemento subjetivo especial do tipo, o qual consiste na vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir tributos ou contribuição social e qualquer acessório, sendo

43 BACIGALUPO E. A personalidade e a culpabilidade na medida da pena. Rio de Janeiro: RDPen, 1974, p. 41

44 GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 247

45 Para a caracterização do delito previsto na Lei 8.212/91, art. 95, d, é imprescindível a existência do elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de apropriar-se indevidamente dos valores devidos à previdência. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 113.964/PE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: José Fernandes de Freitas. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, 20 de outubro de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 188, 23 nov. 1998a).

que, em caso de a intenção do agente ser diversa da referida no caput do art. 1º, deixará de haver o crime.

Não pode, desse modo, caracterizar crime o simples inadimplemento e nem sempre o administrador malsucedido, que deixa de recolher seus tributos, será considerado criminoso. A lei penal estabelece que os crimes somente se realizam por culpa ou dolo, não bastando onexo causal, de sorte que se impor penas criminais a alguém sem que se prove o seu ânimo ou quando é ele desprezado significa o reconhecimento da responsabilidade objetiva.

Cernicchiaro e Costa Jr.⁴⁶ asseveram que hoje está banida da melhor doutrina a ressalva de a responsabilidade objetiva reforçar o Direito Penal. Com efeito, a própria Constituição Federal, no art. 5º, XLV, ao estabelecer o princípio da responsabilidade pessoal, rechaçou aquela outra, mediante a vinculação psicológica do delinquente ao fato típico.

04.A responsabilidade penal da pessoa jurídica por seus atos

Entre aqueles que defendem a punição da pessoa jurídica, a teoria mais aceita é a da realidade, também chamada de organicista, segundo a qual essa pessoa, dotada de existência concreta, possui vontade própria. Aliás, essa teoria visa a demonstrar a real existência dos entes coletivos através de cinco razões: biológica, sociológica, sociológica, institucional e técnica.

Na concepção biológica, a pessoa jurídica é uma realidade natural e um sujeito de direito resultante da existência de vários membros, postulando a razão fisiológica que os indivíduos, ao associarem-se, criam um outro ser, real, com vida própria e decorrente da vontade dos que o formam, sem mencionar que, sociologicamente, a pessoa jurídica possui concretude objetiva e institucionalmente se dota de uma personalidade jurídica, que é um atributo conferido pela ordem jurídica estatal. Já a razão técnica proclama que a pessoa jurídica adquire personalidade quando interesses distintos são unificados pela organização, o que possibilita o surgimento da vontade coletiva.

Os defensores da teoria da realidade ou organicista dizem que a impossibilidade de sancionar as pessoas jurídicas encontra-se, atualmente, ultrapassada e contornada, pois as penas alternativas lhes podem ser perfeitamente aplicadas, além do que o Direito Penal moderno estipula multas, dissolução e outros tipos de sanções aos entes coletivos.

46 CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. Direito penal na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 110.

Para atender a essa demanda, surge um novo ramo: o Direito Penal da empresa ou da pessoa jurídica⁴⁷.

A emersão desse novo ramo do Direito Penal deveu-se à necessidade de punição aos delitos econômicos praticados por intermédio de ente coletivo. Cervini e Adriasola⁴⁸ defendem que o Direito Penal da empresa participa dos condicionamentos sociais, normativos e metodológicos de uma categoria maior, o Direito Penal Econômico, na medida em que tanto um quanto o outro tutelam bens jurídicos com potencial projeção macrossocial.

Terradillos Basoco⁴⁹ postula que o Direito Penal da empresa estuda os delitos societários e as normas estruturadas em função da atividade produtiva e de intercâmbio de bens que a fazem progredir, compreendidos aí os delitos contra a liberdade de mercado, contra os consumidores, contra o meio ambiente e contra a fazenda pública. Tiedemann⁵⁰, por sua vez, afirma que não é por acaso que o legislador europeu admite, desde o nascimento do Direito Penal Econômico moderno, na segunda década do século passado, algumas exceções ao dogma *societas delinquere non potest*.

Ao consagrar tal visão, o novo Código Penal francês, em vigor desde 1º de março de 1994, estabeleceu diversos crimes que podem ter como sujeitos ativos as pessoas jurídicas, destacando- -se o homicídio culposo, a lesão corporal culposa, o tráfico de entorpecentes, a corrupção ativa, os delitos econômicos, os de poluições hídrica e atmosférica, os de trabalho clandestino, etc. Segundo Sanctis⁵¹, a legislação francesa exigiu duas condições básicas para fundamentar a punição dos entes coletivos: a prática da infração por um órgão ou representante legal e o objetivo almejado ser de interesse ou proveito exclusivo do grupamento.

Diz Martín⁵² que o cometimento de crimes no curso da atividade de uma pessoa jurídica, especialmente se empresa com fins econômicos, sem dúvida traz graves e importantes problemas de ordem político-criminal, às quais o legislador deve oferecer respostas e capazes. Segundo o autor, a principal questão é se a essas possíveis respostas cabe optar pelo estabelecimento e imposição de penas à pessoa jurídica, independente ou cumulativamente com a prevista à pessoa física.

47 Machado prefere o emprego do termo empresa, em vez de pessoa jurídica, porque muitas pessoas jurídicas não são empresas e muitas empresas eventualmente podem não ser pessoas jurídicas. O termo empresa designa a unidade econômica ou profissional a que se refere o art. 123, do Código Tributário Nacional. (MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: SALOMÃO, Heloisa Estellita (Org.). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 110-111)

48 CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 63.

49 TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 15.

50 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidad penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

51 SANCTIS, Fausto Martin de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40

52 MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37-38.

No Brasil, a Lei 9.605/98 regulamentou o disposto no art. 225, § 3º, da CF, responsabilizando penalmente a pessoa jurídica nos casos em que a infração contra o meio ambiente tenha sido praticada por decisão de seu representante legal ou contratual ou por seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade, e estabelecendo as penas de multa, restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade, sem prejuízo das aplicadas ao administrador responsável.

Tiedemann⁵³ afirma que, na realidade atual, a maior parte dos delitos dos negócios ou socioeconômicos são cometidos com a ajuda de uma empresa e que o crime organizado se serve da maior parte das instituições da vida econômica, como as financeiras, sociedades de exportação, etc.⁵⁴ No Brasil, como na Europa, há uma íntima relação entre o Direito Penal Tributário aplicado pelas instâncias judiciais e o Direito Tributário Penal aplicado pelas instâncias administrativas, em razão de que pelo mesmo fato existe previsão de punição administrativa e penal, ocorrendo que, no âmbito administrativo, as pessoas jurídicas são passíveis de punição, enquanto no judicial, em particular no Brasil, somente é possível a pena nos ilícitos contra o meio ambiente.

Todo o problema emerge quando se percebe que no Direito Administrativo as pessoas jurídicas são punidas pela conduta ilícita, sem necessidade de investigação do ânimo, uma característica da responsabilidade objetiva, enquanto para punir-se no âmbito penal é necessária a tipificação dos elementos da responsabilidade subjetiva - o dolo, a culpa e a culpabilidade. Dessa forma, se o sistema penal está baseado na imputação subjetiva, é imprescindível, para punir penalmente a pessoa jurídica, a existência de critérios subjetivos para os entes coletivos.

Bacigalupo, S.⁵⁵ propõe as seguintes opções para punir a pessoa jurídica: a) rebaixar as exigências do princípio da culpabilidade; b) elaborar um sistema específico de responsabilidade penal das pessoas jurídicas; c) relegar as suas condutas ao âmbito administrativo ou

53 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

54 Segundo TIEDEMANN, há cinco modelos diferentes de punição da pessoa jurídica: a) responsabilidade civil (subsidiária ou cumulativa) da pessoa jurídica moral pelos delitos cometidos por seus empregados; b) medidas de segurança que fazem parte do moderno sistema de Direito Penal, sem negar a procedência do Direito Administrativo, inclusive do poder de polícia; c) sanções administrativas (financeiras e outras) impostas por autoridades administrativas, mas profundamente reformuladas recentemente em alguns países, sob diversos aspectos para, enfim, formar um regime “quase penal”; d) responsabilidade criminal (re) introduzida na Europa por vários países, e também conhecida na Austrália, na América do Norte e Japão, com a necessidade evidente de não desconsiderar no Direito as diferenças de fato entre autor físico e pessoa jurídica; e) medidas mistas, de caráter penal, administrativo ou civil, como a dissolução da empresa e a nomeação de um interventor, conhecidas por exemplo no Direito francês antes mesmo da recente reforma e proposta ultimamente por movimentos de política criminal, como por exemplo os da Alemanha. (TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28)

55 BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal das pessoas jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998, p. 359.

civil. Zuñiga Rodríguez⁵⁶, por sua vez, sugere duas soluções: a) utilizar os mecanismos de imputação existentes na dogmática penal, os quais demonstrariam funcionalidade até para aplicar as sanções penais às pessoas jurídicas; b) criar um outro sistema de imputação penal para o próprio ente, construindo categorias e princípios especialmente elaborados a partir das características das organizações complexas.

As duas propostas têm em comum a edificação de um novo sistema de Direito Penal específico para a punição de pessoas jurídicas, ideia que ainda será analisada mais detidamente. No momento, abordar-se-ão as propostas "a" e "c" de Silvana Bacigalupo e a "a" de Zuñiga Rodriguez. A proposta de Silvana Bacigalupo⁵⁷, que minimiza o princípio da culpabilidade, não tem condições de sua implantação dentro do atual sistema constitucional, porque, conforme Brandão⁵⁸, a culpabilidade é o elemento mais importante do crime. É que o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado ou responsabilidade objetiva. Também Freitas⁵⁹ afirma que o princípio da imputação pessoal impede a responsabilização da pessoa jurídica.

Palazzo⁶⁰ diz que o fundamento constitucional da culpabilidade é substancial-personalístico, com raízes no princípio da dignidade humana, daí que a culpabilidade, como base da pena, projetou o sistema penal numa perspectiva ética no centro da qual está o homem. Na mesma linha de entendimento se posiciona Tiedemann⁶¹, para quem tradicionalmente é muito difícil imputar a uma pessoa física ou a uma pessoa jurídica a culpa de outra pessoa, já que no concernente aos autores físicos é o princípio da culpabilidade, decorrente do Direito constitucional, o que proíbe, fora do mundo anglo-saxão, tal imputação, porque a culpa deve ser própria da pessoa a condenar.

A terceira proposta de Silvana Bacigalupo⁶², que é descriminalizar todas as condutas ilícitas praticadas pelas pessoas jurídicas, também não merece acolhimento. Na verdade, na atual sociedade de risco, na qual se utiliza a empresa para a prática de crimes graves, a prevenção da criminalidade, em especial a organizada, deve estar na ordem do dia do Direito Penal.

A primeira opção de Zuñiga Rodríguez – aplicar os princípios estruturantes do Direito Penal tradicional à punição da pessoa jurídica – é igualmente de difícil implementação. É que

56 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 292.

57 BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal das pessoas jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998.

58 BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132.

59 FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes.. As razões do positivismo penal no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 39.

60 PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 52.

61 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidad penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

62 BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal das pessoas jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998

toda a teoria da ação foi construída a partir da individualização de um sujeito que realiza uma conduta com dolo ou culpa, principalmente quando a prática de ilícitos pelos entes coletivos se faz mediante culpa em sentido estrito e por omissão, sendo certo que desde a teoria finalista da ação até os dias atuais da imputação objetiva se tem muita dificuldade para o seu enquadramento, mesmo se relativa a pessoas físicas.

Agora, ganha corpo e se fortalece na doutrina e na jurisprudência a criação de um modelo paralelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso se dá porque a maior parte dos delitos ocorridos dentro de uma empresa resulta de uma série de condutas praticadas no seio dela própria, quando não se as pode individualizar. Aliás, das ideais a respeito desse novo Direito Penal, duas se têm destacado: a de Zuñiga Rodríguez e a de Klaus Tiedemann.

Zuñiga Rodríguez⁶³, sob a premissa de que o principal empecilho para se punir a pessoa jurídica é a consideração de que a elas não se pode imputar a prática de condutas dolosas ou culposas pois não agem com elemento subjetivo, cria um entendimento diferente a respeito do dolo e da culpa. A resposta estaria em dois argumentos: o primeiro na posição que se adota atualmente na União Europeia acerca de sanções impostas às pessoas jurídicas pelo Direito da livre concorrência e a existência de posturas doutrinárias suficientes para se conceber a construção de uma nova ideia de dolo e culpa que as abranja. Assim, o dolo, ao ultrapassar o elemento volitivo, pode conceituar-se como a consciência do risco para os bens jurídicos, sendo a culpa a ausência dessa consciência⁶⁴.

O segundo argumento se relaciona à culpabilidade. Zuñiga Rodríguez⁶⁵ parte da premissa de que a responsabilidade penal ou a imputação pessoal da culpabilidade não é mais entendida como a reprovação por não se haver atuado de outro modo, mas normativamente, de um ponto de vista social. Defende então que o conteúdo material da culpabilidade se associa às funções da pena, seja na prevenção geral, seja na especial, de modo que sendo as pessoas jurídicas as principais destinatárias da norma penal nos delitos sócio-econômicos, não se pode desconhecer sua capacidade de motivação, de forma que para uma empresa a boa fama, o bom nome e o prestígio são muito importantes para a competição no mercado, pelo que uma sanção pública, poderá ter claros efeitos preventivos.

63 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 296.

64 - Zuñiga Rodríguez relata que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia segue uma teoria para os delitos contra a livre concorrência e vem desenvolvendo esses conceitos, considerando a teoria cognitiva do dolo. (ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 297)

65 - ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 297.

Tiedemann⁶⁶ constrói a proposta a partir da culpabilidade. Para ele, os críticos da possibilidade de se punir a pessoa jurídica consideram a premissa segundo a qual não seria ela capaz de uma reprovação moral. Mas tal não é verdadeira, porque nada impediria fossem destinatárias de normas legais de conteúdo ético e, como entidade e nessa situação, viole-as. Dessa maneira, o dever de se organizar corretamente não é somente das pessoas físicas, mas também das jurídicas, daí o conceito de culpa a elas extensivo.

Para Tiedemann, na vida e na linguagem da sociedade a culpabilidade da empresa está amplamente reconhecida e não completamente isenta da ética e da moral. É claro que a culpabilidade da organização não é idêntica à soma de todas as culpas pessoais dos sócios e não se baseia na culpa de outrem, disso advindo a possibilidade, via legislativa, de se introduzir o conceito de culpabilidade coletiva ou grupal, ao lado da culpabilidade tradicional.

Segundo o autor quando se fala em fins preventivos da pena, há menos problemas a enfrentar que quando se refere à retribuição, tanto que, na maior parte da doutrina, verifica-se um consenso sobre o efeito preventivo dirigido contra os sócios da empresa, os quais serão intimidados pela condenação criminal. Nesse sentido, a condenação penal da empresa deixa evidente que a norma jurídica violada se dirige a ela e que a violação perpetrada merece uma reprovação social, tendo a condenação também uma finalidade especial em relação à empresa, que esta caria intimidada a não reincidir.

Tiedemann⁶⁷ resume a proposta que formula afirmando que o conteúdo das categorias fundamentais de Direito Penal não se aplicam igualmente quando se quer compreender penalmente os agrupamentos delituosos, mas assevera que o paralelismo de conteúdo dessas categorias permite incluir a responsabilidade do agrupamento no sistema penal, ao lado da individual. Não há, assim, que se punir apenas as pessoas físicas ou somente as jurídicas, porém combinar as duas soluções pela imposição de sanções tanto ao autor físico quanto à pessoa moral, cujo modelo está expressamente previsto no novo Código Penal francês e é chamado, pelo Direito japonês, de punição paralela.

É evidente que esse processo da responsabilidade penal da pessoa jurídica é consequência do avanço da criminalidade organizada, empresarial, econômica e transnacional, que demonstra a cada dia o seu poder delituoso e de influência na vida de uma determinada comunidade, município, estado ou país. Aliás, essa criminalidade está intimamente vinculada à pessoa jurídica ou empresa, muitas agindo ou servindo de instrumento para a prática

66 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidad penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

67 TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidad penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

de delitos graves, que exigem punição, como, por exemplo, o tráfico de entorpecentes, os escândalos financeiros, os desastres ecológicos e a lavagem de dinheiro.

Há, porém, forte oposição na doutrina à ingerência penal nos atos praticados das pessoas jurídicas. Hassemer⁶⁸, representando a Escola de Frankfurt, apesar de não propor uma absoluta descriminalização das condutas das pessoas jurídicas, relegando-as a meros ilícitos administrativos ou civis, deseja que o Direito Penal se dedique unicamente ao que chamou de “Direito Penal básico”. Deixa então ele para um novo Direito, tido como “intervenção”, a proteção aos bens jurídicos afetados pelas ações das empresas.

Para Hassemer⁶⁹, constituiria o Direito Penal básico todas as lesões aos bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade física, o patrimônio, a liberdade sexual, as falsidades, a administração pública, além dos incêndios, a condução de veículos sob o efeito de bebidas alcoólicas, os ataques ao tráfego aéreo. O Direito Penal básico também se preocuparia com os bens jurídicos universais como o trabalho, a economia, a produção, os transportes, o meio ambiente.

O Direito de “intervenção”, para Hassemer⁷⁰, estaria localizado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionatório, entre o Direito Civil e o Direito Público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao Direito Penal, mas também com sanções menos graves do que aquelas impostas aos indivíduos.

05. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o surgimento de um novo Direito Penal na sociedade de risco em que se vive, caracterizada principalmente por uma política de criminalização. O legislador se preocupa muito mais com a parte especial do Código Penal e a legislação extravagante que com a parte geral e o sistema de penas e medidas de segurança, o que implica novos tipos penais em áreas como meio ambiente, tributação, economia, processamento de dados e criminalidade organizada.

No contexto atual da sociedade de risco surge um novo Direito Penal, que tem a pretensão de atender às novas demandas sociais, notadamente a macrocriminalidade e a proteção aos

68 HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 65

69 HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 68

70 HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 73.

bens jurídicos supraindividuais. Nessa conjuntura, não se trata apenas de uma ampliação qualitativa que leva a definir novos comportamentos penalmente relevantes ou do aumento da reação punitiva, mas de uma construção que se produz em uma conjuntura mais ampla, na qual se destaca o seu caráter expansivo e uma inclinação à antecipação da intervenção penal.

O Direito Penal atual se manifesta principalmente na parte especial da legislação específica, como é o caso dos crimes contra a ordem tributária, por meio do incremento de delitos já existentes ou da criação de outros. Nessa óptica, o novo Direito Penal se utiliza de três instrumentos básicos: o primeiro seria a orientação institucional da proteção de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, o segundo o recurso à técnica de tipos penais de perigo abstrato e o terceiro, consequência lógica dos dois primeiros, ao se operar com bens jurídicos universais e tipos penais de perigo abstrato, a tipificação de condutas sem vítimas.

Mas ainda causa perplexidade a tentativa de se punir criminalmente sem a prova do dolo ou da culpa, pois isso significa o rompimento com os princípios basilares do Direito Penal. A teoria finalista da ação é a expressão maior da responsabilidade pessoal do autor, construída sob a tese do injusto pessoal tendo como base a teoria do delito. Essa concepção exigiu um sistema penal apoiado na conduta de uma pessoa física, desde a imputação subjetiva até a culpabilidade, inviabilizando-se, desse modo, a punição com a simples prova do comportamento.

Aliás, essa responsabilização deverá ser sempre subjetiva. É que como corolário do Estado Democrático de Direito, somente se deve punir outrem pela acusação da prática de crimes se, provado o fato e a conduta, também ficar demonstrado o elemento anímico: dolo ou culpa. Quando alguns intérpretes e aplicadores do Direito, em face de crimes contra a ordem tributária e em razão da proximidade entre os tipos penais e os administrativos, defendem a punição com a simples prova do nexos de causalidade material, sem preocupação com a análise do dolo e da culpa ou sem ter ficado demonstrada a culpabilidade do agente, representa isso a adoção da responsabilidade penal objetiva.

Nesse processo de criminalização, vê-se a tendência de se criminalizar a pessoa jurídica, diante da inevitabilidade de sua utilização para a prática de crimes. Países europeus, a exemplo da França, têm dirigido as suas reformas penais para possibilitar essa punição, inclusive com a previsão da prática do crime culposos.

No Brasil, mesmo com a porta escancarada pela Constituição Federal para a possibilidade de punição das pessoas jurídicas por crimes ambientais, é mais que evidente ainda existir a necessidade de lei específica e autorização constitucional para a sua incriminação por outros crimes. Enquanto isso não acontece, somente as pessoas físicas que as administram

podem ser penalmente responsabilizadas, quando praticam condutas definidas como crimes, excetuadas as contra o meio ambiente.

06. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

BACIGALUPO E. A personalidade e a culpabilidade na medida da pena. Rio de Janeiro: RDPen, 1974, p. 41.

BACIGALUPO, Silvana. La responsabilidad penal das pessoas jurí- dicas. Barcelona: Bosch, 1998.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 113.964/ PE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: José Fernandes de Freitas. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, 20 de outubro de 1998. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 188, 23 nov. 1998a).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal n. 2002.01.00.004155-2/RO. Apelante: Francisco Alves Filho. Apelado: Justiça Pública. Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. Brasília, 15 de abril de 2003. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 157, 6 jun. 2003).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 97.04.39564-7/PR. Relator: Juiz Gilson Dipp. Porto Alegre, 9 de dezembro de 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, p. 143, 4 fev. 1998c.

BUERGO, Blanca Mendoza. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001, p. 23

CARDOSO, Fernando Navarro. El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Ed.). Serta: In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2004, p. 1324.

CEREZO MIR, José. Curso de direito penal espanhol. t. II. Madrid: Tecnos, 1992, p. 70.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JR., Paulo José da. Direito penal na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 110.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. El derecho penal de la empresa. Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 22.

COYLE, Diane. Sexo, drogas e economia: uma introdução não-convencional à economia do século 21. São Paulo: Futura, 2003, p. 38.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 185-207, jul./set. 1995, p. 187.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes.. As razões do positivismo penal no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 39.

GARLAND, David. La cultura del control. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 276.

GOMES, Luiz Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 247.

HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. La responsabilidad por el producto en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 16.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 243.

LOPES, Rodrigo Fernando de Freitas. Crime de sonegação fiscal: a crise do Estado como causa de exclusão da culpabilidade. Curitiba: Juruá, 2002, p. 61

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de derecho penal: parte general I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 475. MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In:

MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37-38.

MERCADO, Pedro. Proceso de globalización, el estado y el derecho. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Ediciones Akal, 2005, p. 119)

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 5. ed. Barcelona: Barcelona, 1998, p. 306.

PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e direito penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 52.

PÉREZ, Carlos Martinez-Buján. Algunas reexiones sobre la moderna teoria del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales: especial referencia al ámbito económico. In: CONTRERAS, Guillermo Portilla (Coord). Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales. Madrid: Ediciones Akal, 2005, p. 263.

RAMONET, Ignácio. Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas. Barcelona: Grijalbo Mondadori, 2002, p. 20

RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. Questões relevantes de direito penal tributário. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 97-98.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 25. ed. atual. v.1. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. 2. ed. t. 1. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 194.

SALOMÃO, Heloisa Estellita (Org.). Direito penal empresarial. São Paulo: Dialética, 2001, p. 121.

SANCTIS, Fausto Martin de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

SILVA, Juari C. A macrocriminalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Derecho penal de la empresa. Madrid: Ed. Trotta, 1995, p. 15.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flavio (Coord.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27. WELZEL, Hans. Derecho penal alemán: parte general. 11. ed. Chile: Editora Jurídica de Chile, 1997.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido. In: GARCIA, José Angel Brandariz; ABA, Luz Maria Puente (Coord.). Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 278.



EDWIN SUTHERLAND: O CRIME DE COLARINHO BRANCO E O CRIME ORGANIZADO

Ana Luiza Almeida Ferro¹

01. Introdução

Concebida por Edwin Sutherland, a teoria da associação diferencial, embora não seja definitiva ou esteja acima de qualquer crítica ou questionamento – o que vale, em princípio, para toda e qualquer teoria –, é essencial para uma maior compreensão dos crimes associativos e, mais importante, do fenômeno do crime organizado. Foi introduzida pelo autor na edição de 1939 do seu livro *Principles of criminology*, sofrendo modificação na edição de 1947, o qual se tornaria *the most influential textbook in the history of criminology*².

02. A teoria da associação diferencial

Constrói Sutherland sua teoria³ com base em alguns pilares, princípios atinentes ao processo pelo qual uma determinada pessoa mergulha no comportamento criminoso:

- a) o comportamento criminoso é aprendido, o que implica a dedução de que este não é herdado e de que a pessoa não treinada no crime não inventa tal comportamento, do mesmo modo que o indivíduo sem treinamento em Mecânica não cria invenções mecânicas;

1 Promotora de Justiça-MA, Doutora e Mestre em Ciências Penais (UFMG), Professora da Universidade Ceuma e da ESMP/MA, Membro efetivo da Academia Maranhense de Letras Jurídicas, da qual foi Presidente (biênio 2011-2013), Sócia efetiva do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão, Membro efetivo da Academia Ludovicense de Letras e da Academia Caxiense de Letras e Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica. Autora dos livros jurídicos: O Tribunal de Nuremberg (2002), Escusas absolutórias no Direito Penal (2003), Robert Merton e o Funcionalismo (2004), O crime de falso testemunho ou falsa perícia (2004), Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely (2008) e Crime organizado e organizações criminosas mundiais (2009), pela qual foi entrevistada no Programa do Jô. Também autora de quatro livros de poesias e de diversos artigos jurídicos e históricos e peças processuais publicados em revistas especializadas, entre as quais a Revista dos Tribunais e a Revista do IHGM.

2 “[...] o mais inuente manual na história da Criminologia.” SUTHERLAND, EDWIN H. In: ENCYCLOPEDIA of Criminology. Routledge. Richard A. Wright and J. Mitchell Miller, Editors. ree-Volume Set. Disponível em: . Acesso em: 10 Feb. 2014. (Tradução nossa).

3 Ver, sobre o assunto, FERRO, Ana Luiza Almeida. Crime organizado e organizações criminosas mundiais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 149-168.

- b) o comportamento em tela é aprendido em interação com outras pessoas, em um processo de comunicação, que é, em muitos aspectos, verbal, o que não elimina a gestual;
- c) a principal parte da aprendizagem do comportamento criminoso dá-se no interior de grupos pessoais privados, significando, em termos negativos, o papel relativamente desimportante desempenhado pelas agências impessoais de comunicação, do tipo dos filmes e jornais, na gênese do comportamento criminoso;
- d) a aprendizagem de um comportamento criminoso abrange as técnicas de cometimento do crime, que são ora muito complexas, ora muito simples, assim como a orientação específica de motivos, impulsos, racionalizações e atitudes⁴;
- e) a orientação específica de motivos e impulsos é aprendida a partir de definições favoráveis ou desfavoráveis aos códigos legais, de maneira que, em algumas sociedades, o indivíduo está cercado por pessoas que invariavelmente percebem os códigos legais como normas de observância necessária, enquanto que, em outras, verifica-se o inverso, ele se encontra cercado por pessoas cujas definições apoiam a violação dos códigos legais, sendo que, na sociedade americana, quase sempre, essas definições se apresentam mescladas, resultando na ocorrência de conflito normativo no tocante aos códigos legais;
- f) o fato de a pessoa se tornar delinquente se deve ao excesso de definições em favor da violação da lei sobre aquelas em oposição à infringência desta, constituindo este o princípio definidor da associação diferencial e reportando-se tanto a associações criminosas quanto a anticriminosas, sem deixar de incluir forças contrárias⁵;
- g) as associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade, significando dizer que as associações com o comportamento criminoso e igualmente aquelas com o comportamento anticriminoso sofrem variações nesses aspectos;

4 Consigna HOWARD BECKER que a maioria dos grupos desviantes possui uma razão fundamental autojusticante (a self-justifying rationale) ou uma "ideologia", sendo uma de suas funções oferecer ao indivíduo razões que pareçam ser justas e justifiquem a continuidade da linha de atividade por ele iniciada. E arremata: A person who quiets his own doubts by adopting the rationale moves into a more principled and consistent kind of deviance than was possible for him before adopting it. BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: e Free Press, 1997. p. 38-39. "Uma pessoa que acalma suas próprias dúvidas ao adotar a razão fundamental se move para um tipo de comportamento desviante mais marcado por princípios e consistente do que lhe era possível antes de adotá-la." (Tradução nossa)

5 Sobre esse princípio, esclarece EDWIN SUTHERLAND: e hypothesis of differential association is that criminal behavior is learned in association with those who dene such criminal behavior favorably and in isolation from those who dene it unfavorably, and that a person in an appropriate situation engages in such criminal behavior if, and only if, the weight of the favorable denitions exceeds the weight of the unfavorable denitions. SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983. p. 240. "A hipótese da associação diferencial é que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que denem tal comportamento criminoso favoravelmente e em isolamento daqueles que o denem desfavoravelmente, e que uma pessoa em uma situação apropriada se envolve em tal comportamento criminoso se, e unicamente se, o peso das denições favoráveis excede o peso das denições desfavoráveis." (Tradução nossa).

- h) o processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos peculiares a qualquer outro processo de aprendizagem, acarretando, no plano negativo, a conclusão de que a aprendizagem do comportamento criminoso não está restrita ao processo de imitação, de feição que a pessoa seduzida, por exemplo, aprende o comportamento criminoso mediante associação, não sendo tal processo ordinariamente caracterizado como imitação;
- i) o comportamento criminoso, conquanto traduza uma expressão de necessidades e valores gerais, não é explained by those general needs and values, since noncriminal behavior is an expression of the same needs and values⁶.

Entende Sutherland não ser necessário explicar porque as pessoas possuem determinadas associações, em razão da complexidade dos fatores em questão. Por ilustração, ele cita que um garoto sociável, expansivo e ativo, vivendo em uma área de elevada taxa de criminalidade, apresenta grande probabilidade de vir a travar contato com outros garotos do bairro, aprender padrões de comportamento criminoso com eles e, por último, se tornar, ele próprio, um delinquente. Por outro lado, um garoto emocionalmente perturbado, no mesmo bairro, que seja sozinho, introvertido e inativo, pode permanecer mais em casa, deixando de conhecer outros garotos do bairro e de se envolver em comportamento criminoso. Na terceira hipótese,

6 “[...] explicado por aquelas necessidades e valores gerais, uma vez que o comportamento não criminoso é uma expressão das mesmas necessidades e valores.” SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992. p. 90. (Tradução nossa). EDWIN SUTHERLAND censura, por tal motivo, o esforço de vários estudiosos no sentido da formulação de explicação a respeito da conduta delitiva por meio de impulsos e valores gerais: *ives generally steal in order to secure money, but likewise honest laborers work in order to secure money. e attempts by many scholars to explain criminal behavior by general drives and values, such as the happiness principle, striving for social status, the money motive, or frustration, have been, and continue to be, futile, since they explain lawful behavior as completely as they explain criminal behavior. Such drives and values are similar to respiration, which is necessary for any behavior but does not differentiate criminal from noncriminal behavior.* Ibidem, p. 90. “Os ladrões geralmente furtam a fim de obter dinheiro, porém igualmente trabalhadores honestos trabalham a fim de obter dinheiro. Os esforços de muitos estudiosos para explicar o comportamento criminoso por impulsos e valores gerais, tais como o princípio da felicidade, a luta por status social, o motivo do dinheiro, ou a frustração, foram, e continuam a ser, vãs, já que eles explicam a conduta lícita tão completamente quanto eles explicam a conduta criminosa. Tais impulsos e valores são similares à respiração, que é necessária para qualquer comportamento, mas não diferencia o comportamento criminoso do não criminoso.” (Tradução nossa). Os nove princípios da teoria da associação diferencial elencados foram extraídos da citada obra *Principles of criminology*. Ibidem, p. 88-90. A associação diferencial é uma das construções teóricas arroladas entre as teorias da aprendizagem social ou social learning, para as quais “o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que o indivíduo aprende também outras condutas e atividades lícitas, em sua interação com pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação. O indivíduo aprende assim não só a conduta delitiva, senão também os próprios valores criminais, as técnicas comissivas e os mecanismos subjetivos de racionalização (justificação ou autojustificação) do comportamento desviado.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. A moderna Criminologia “científica” e os diversos modelos teóricos. *Biologia Criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal*. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 278. A pobreza e a classe social não constituem fatores suficientes para a explicação da tendência de alguém para o delito, no cenário das teorias da aprendizagem: *Experts who study learning theory suggest that poverty and social class are not enough to explain one’s propensity for criminal activity. Persons learn how to become criminals and how to deal emotionally with the consequences of their acts.* LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. *Organized crime*. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1999. p. 74. “Especialistas que estudam a teoria da aprendizagem sugerem que a pobreza e a classe social não são suficientes para explicar a propensão de alguém para a atividade criminosa. As pessoas aprendem como se tornar criminosas e como lidar emocionalmente com as consequências dos seus atos.” (Tradução nossa).

o garoto sociável, expansivo e ativo pode virar escoteiro, jamais se engajando em atividades criminosas. Sua inferência é de que a denição das associações de uma pessoa acontece em um contexto geral de organização social, porquanto, conforme leciona, uma criança é geralmente criada em uma família, cujo lugar de residência depende largamente da renda familiar, não se olvidando a existência de relação entre a taxa de criminalidade da área e o valor de aluguel das casas, entre outros fatores da organização social que influenciam as associações de alguém⁷.

Em suma, todo comportamento, na visão do doutrinador, seja legal ou criminoso, é aprendido em decorrência de associações com outros⁸, verificando-se a parte mais importante da aprendizagem no seio de grupos pessoais íntimos. O comportamento criminoso, embora denote necessidades e valores gerais, não é explicado por esses referenciais, já que o comportamento conformista, não criminoso, exprime iguais necessidades e valores. As fontes motivacionais do comportamento são, destarte, as mesmas tanto para o criminoso como para o conformista, respeitador da lei, repousando a diferença no fato de que a perseguição dos objetivos, pelo primeiro, se faz com o emprego de meios ilícitos. A associação diferencial emerge, por conseguinte, como produto de socialização no qual o criminoso e o conformista são orientados por muitos princípios idênticos. As variáveis da frequência, duração, prioridade e intensidade da associação determinam o que é aprendido, sendo que, se são suficientes e as associações, criminosas, a pessoa aprende as técnicas de perpetração de delitos, além dos impulsos, atitudes, justificativas e racionalizações que compõem a congêrie de pré-condições para o comportamento criminoso, significando que o desenvolvimento de uma predisposição favorável aos estilos de vida delinquentes é desencadeado pela aprendizagem desse conjunto de instrumentais⁹.

Michael Lyman e Gary Potter explicam que a propensão para o comportamento inovador (criminoso) depende da força das associações com outras pessoas:

7 SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. Op. cit., p. 90.

8 - Nessa linha, ensina HOWARD BECKER: Here it is sufficient to say that many kinds of deviant activity spring from motives which are socially learned. Before engaging in the activity on a more or less regular basis, the person has no notion of the pleasures to be derived from it; he learns these in the course of interaction with more experienced deviants. He learns to be aware of new kinds of experiences and to think of them as pleasurable. What may well have been a random impulse to try something new becomes a settled taste for something already known and experienced. e vocabularies in which deviant motivations are phrased reveal that their users acquire them in interaction with other deviants. e individual learns, in short, to participate in a subculture organized around the particular deviant activity. BECKER, Howard S. Op. cit., p. 30-31. "Aqui é suficiente dizer que muitas espécies de atividade desviante jorram de motivos que são socialmente aprendidos. Antes de se engajar na atividade numa base mais ou menos regular, a pessoa não tem noção dos prazeres a serem derivados da mesma; ela os aprende no curso da interação com desviantes mais experientes. Ela aprende a dar-se conta de novas variedades de experiências e a pensar nelas como prazerosas. Aquilo que poderia bem ter sido um impulso fortuito para tentar alguma coisa nova se torna um gosto assentado por alguma coisa já conhecida e experimentada. Os vocabulários nos quais as motivações desviantes são expressas revelam que os seus usuários os adquirem em interação com outros desviantes. O indivíduo aprende, em resumo, a participar de uma subcultura organizada em torno da atividade desviante particular." (Tradução nossa).

9 Ver ABADINSKY, Howard. Organized crime. 7th ed. Belmont, California: Wadsworth, 2003. p. 34-35; e LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. Op. cit., p. 75-76.

*Sutherland argues that criminal behavior occurs when definitions favorable to violation of the law exceed definitions unfavorable to violation of the law. Sutherland (1973) suggests that factors such as deprivation, limited access to legitimate alternatives, and exposure to innovative success models (i.e., pimps, gamblers, or drug dealers) create a susceptibility to criminal behavior*¹⁰.

Salienta Howard Abadinsky, no cenário da associação diferencial, a relevância do ambiente socioeconômico propício à aprendizagem de técnicas da criminalidade sofisticada:

*Learning the techniques of sophisticated criminality requires the proper environment – ecological niches or enclaves where delinquent/criminal subcultures [...] flourish and this education is available. In a capitalist society, socioeconomic differentials relegate some persons to an environment wherein they experience a compelling sense of strain – anomie – as well as differential association. In the environment where organized crime has traditionally thrived, strain is intense. Conditions of severe deprivation are coupled with readily available success models and associations that are innovative, such as racketeers and drug dealers. It makes certain enclaves characterized by social disorganization and delinquent/criminal subcultures spawning grounds for organized crime*¹¹.

03. O crime de colarinho branco sob a perspectiva criminológica.

Todavia, Edwin Sutherland, em sua teoria da associação diferencial, não se concentra tão somente nas associações que determinam a criminalidade das classes baixas. Foi ele quem introduziu o termo *white collar crime* (crime de colarinho branco) no mundo acadêmico – em discurso intitulado *white collar criminal*, proferido à *American Sociological Society* (Sociedade Americana de Sociologia), como seu presidente, em 1939 –, que seria pouco a pouco incorporado à linguagem científica nos Estados Unidos e em vários outros países, a exemplo da França (crime en col blanc), da Itália (*criminalità in colletti bianchi*) e da Alemanha (*Weisse-Kragen- -Kriminalität*). O seu ensaio sobre o crime de colarinho branco, no campo da Criminologia, publicado em 1949, constituiu a sensação editorial daquela década.

10 “Sutherland argumenta que o comportamento criminoso ocorre quando definições favoráveis à violação da lei excedem definições desfavoráveis à violação da lei. Sutherland (1973) sugere que fatores tais como privação, acesso limitado a alternativas legítimas e exposição a modelos de sucesso inovadores (isto é, proxenetas, jogadores ou traficantes de drogas) criam uma suscetibilidade ao comportamento criminoso.” *Ibidem*, p. 75. (Tradução nossa).

11 “Aprender as técnicas da criminalidade sofisticada requer o ambiente apropriado — nichos ou encaves ecológicos, onde as subculturas delinquentes/criminosas [...] crescem e esta educação está disponível. Em uma sociedade capitalista, os diferenciais socioeconômicos relegam algumas pessoas a um ambiente no qual elas experimentam uma sensação competente de tensão — anomia — bem como a associação diferencial. No ambiente onde o crime organizado tem tradicionalmente prosperado, a tensão é intensa. Condições de privação aguda estão ligadas a modelos e associações de sucesso prontamente disponíveis, que são inovadoras, tais como criminosos organizados e traficantes de drogas. Isto torna certos encaves caracterizados pela desorganização social e por subculturas delinquentes/criminosas campos de desova para o crime organizado”. ABADINSKY, Howard. *Op. cit.*, p. 35. (Tradução nossa)

O argumento de sua obra *White collar crime*, aliás, é de que o comportamento criminoso não encontra uma explicação apropriada em patologias sociais – caso da pobreza, no sentido de necessidade econômica, e de outras causas a ela associadas, como habitação pobre, falta de educação e de recreações organizadas e ruptura na vida familiar – ou pessoais – primeiro, pela sequência evolutiva dos estudos, anormalidades biológicas, depois inferioridade intelectual e, mais recentemente, instabilidade emocional. O vetor causal mora nas relações sociais e interpessoais, ora associadas com a pobreza, ora com a riqueza, ora com ambas. O crime de colarinho branco, *exempli gratia*, não pode ser justificado pelo fator pobreza, nem tampouco por qualquer das patologias sociais ou pessoais que a acompanham. Mais ainda, o argumento é de que as pessoas situadas nos estratos socioeconômicos superiores se envolvem em muito comportamento criminoso, não sendo este, conseqüentemente, um fenômeno determinado pelo fator classe, nem mais nem menos associado às classes inferiores; e de que a distinção entre o comportamento criminoso nos primeiros e aquele relativo às últimas está principalmente nos procedimentos administrativos utilizados no tratamento dos transgressores.¹²

Para dar maior sustentação factual à sua tese referente aos delitos cometidos por pessoas do *upperworld*, adota como objeto de estudo as setenta maiores empresas americanas, nos ramos da manufatura, mineração e comércio, com alicerce nas listas das duzentas maiores corporações não financeiras nos Estados Unidos, elaboradas por Berle e Means em 1929 e pela Temporary National Economic Committee (Comissão Econômica Nacional Temporária) em 1938, mormente quanto às decisões dos tribunais e comissões administrativas contra aquelas, levando em consideração espécies de violações da lei como a concorrência desleal, a propaganda enganosa, as infrações contra o privilégio de invenção, as marcas de indústria e comércio e os direitos autorais, as práticas desleais na seara das normas trabalhistas, a fraude financeira, as infrações às regulamentações de guerra, entre outras, algumas apropriadamente tidas como delitos e outras estreitamente aparentadas com o comportamento criminoso, contra uma ou mais classes de vítimas, tais como os consumidores, os concorrentes, os acionistas e outros investidores, os inventores, os empregados e o próprio Estado, na forma de fraudes no terreno tributário e de suborno de servidores públicos.

Como resultado de sua análise, verifica que 779 das 980 decisões contrárias às setenta corporações selecionadas atestavam a prática de crimes e que tal criminalidade não era evidenciada pelos procedimentos convencionais inerentes ao Direito penal, contudo, ao contrário, encoberta por procedimentos especiais, de sorte a proporcionar a supressão ou, pelo menos, a minimização do estigma do delito.¹³ Nesse sentido, acusa semelhança entre o crime de colarinho branco e a delinquência juvenil, posto que, em ambos os casos, identifica a ocorrência de alteração dos procedimentos próprios do Direito penal, objetivando evitar a atribuição do estigma do crime aos ofensores. Em sequência, porém, admite que a atenuação ou eliminação do estigma tem sido menos eficaz no caso da delinquência juvenil do que no da criminalidade do “colarinho branco”, em função do fato de os procedimentos para a

12 Ver SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 5-7.

13 *Ibidem*, p. 52-53.

primeira representarem um desvio menos completo em cotejo com os procedimentos penais convencionais, de a maioria dos delinquentes juvenis pertencer à classe social inferior e de os jovens não serem organizados para a proteção de suas reputações, motivo pelo qual permanece-lhes o estigma do ilícito, bem como a inclusão no âmbito de abordagem das teorias sobre a conduta criminosa e, mesmo, a expressiva participação em termos de dados para investigação criminológica. Já na criminalidade do "colarinho branco", os símbolos externos se encontram mais eficazmente apagados, razão pela qual tais delitos têm sido excluídos como alvo de estudo da Criminologia, não obstante tais símbolos não ostentarem o poder de lhes retirar o caráter delitivo.¹⁴

No trecho adiante transcrito, Sutherland ressalta o efeito neutralizador da estigmatização do crime propiciado pela aplicação diferencial da lei no caso das empresas e fornece exemplo de sua concretização nos Estados Unidos:

This differential implementation of the law as applied to the crimes of corporations eliminates or at least minimizes the stigma of crime. This differential implementation of the law began with the Sherman Antitrust Act of 1890. As previously described, this law is explicitly a criminal law and a violation of the law is a misdemeanor no matter what procedure is used. The customary policy would have been to rely entirely on criminal prosecution as the method of enforcement. But a clever invention was made in the provision of an injunction to enforce a criminal law; this was an invention in that it was a direct reversal of previous case law. Also, private parties were encouraged by treble damages to enforce a criminal law by suits in civil courts. In either case, the defendant did not appear in the criminal court and the fact that he had committed a crime did not appear on the face of the proceedings

*The Sherman Antitrust Act, in this respect, became the model in practically all the subsequent procedures authorized to deal with the crimes of corporations.*¹⁵

O seu conceito de white collar crime, avisa o criminólogo, não tem a pretensão de ser definitivo, mas precisamente de atrair a atenção para ilícitos que não são comumente incluídos

14 Ibidem, p. 55.

15 "Esta implementação diferencial da lei como aplicada aos crimes das corporações elimina ou, pelo menos, minimiza o estigma do crime. Esta implementação diferencial da lei começou com a Lei Antitruste de Sherman, de 1890. Como anteriormente descrito, esta lei é explicitamente uma lei penal e uma violação da lei é uma contravenção não obstante qual procedimento seja usado. A política costumeira teria sido contar inteiramente com a persecução penal como o método de cumprimento da lei. Mas uma engenhosa invenção foi feita na prescrição de um remédio jurídico para aplicar uma lei penal; isto foi uma invenção que representou uma reversão direta da jurisprudência anterior. Ademais, partes privadas foram encorajadas por altos prejuízos a executar uma lei penal por meio de ações nos tribunais cíveis. Em qualquer caso, o réu não aparecia na corte penal e o fato de que ele havia cometido um crime não aparecia diante dos procedimentos. A Lei Antitruste de Sherman, neste pormenor, tornou-se o modelo em praticamente todos os procedimentos subsequentes autorizados a lidar com os crimes das corporações." Ibidem, p. 53-54. (Tradução nossa). Deveras oportuna é a asserção de MICHEL FOUCAULT: "Ora, essa delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa." Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 239. Igualmente merece referência a observação de FLÁVIA SCHILLING sobre o mecanismo das "ilegalidades toleradas", em comentário ao pensamento do célebre filósofo gaulês: "As ilegalidades toleradas funcionariam nos interstícios das leis, apresentando uma heterogeneidade de modalidades, encaixando-se no jogo das tensões entre os ordenamentos legais, as práticas e técnicas administrativas e o que cada sociedade vai reconhecendo como normal e anormal, lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo." Corrupção, crime organizado e democracia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 402, out./dez. 2001

no terreno das investigações criminológicas, conquanto devessem. Segundo ele, tal crime may be dened approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation.¹⁶

Hermann Mannheim vê cinco elementos no conceito de Sutherland: Embora SUTHERLAND acentuasse que a sua definição de crime de colarinhos brancos era apenas “aproximada”, a verdade é que ela tem sido, em geral, pacificamente aceite. Consta de cinco elementos: a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis e c) com elevado status social; d) no exercício da sua profissão. Para além disso, constitui, normalmente, uma violação da confiança.¹⁷

Na concepção de Edwin Sutherland, três fatores podem explicar a implementação diferencial da lei penal no concernente às grandes corporações. São eles o status do homem de negócios, a tendência ao não uso de métodos penais e o ressentimento relativamente inorganizado do público contra crimes de colarinho branco.

Quanto ao primeiro fator, defende ele que, exprimindo os métodos utilizados no cumprimento de qualquer lei uma adaptação das características dos prováveis infringentes da lei, de acordo com as apreciações dos legisladores e das pessoas ligadas à engrenagem da Justiça, as apreciações relativas aos homens de negócios, visivelmente os prováveis infringentes das leis que reprimem o crime de colarinho branco, revelam um amálgama de medo e admiração. O medo dos responsáveis pelo sistema da Justiça penal é de hostilizar os homens de negócios, em face de seu poder econômico e de sua capacidade de represália. A admiração tem suas raízes na homogeneidade cultural que os legisladores e magistrados compartilham com os homens de negócios, pois os legisladores, por exemplo, admiram e respeitam estes últimos, não podendo visualizá-los como criminosos, dado que não combinam com o estereótipo

16 “[...] pode ser denido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado status social no desempenho de sua ocupação.” SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 7. (Tradução nossa). Face ao teor de sua formulação, o criminólogo afasta do alcance de seu conceito muitos delitos da classe superior, tais como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, porquanto não integram a rotina proussional, o mesmo se verificando em relação às fraudes, do tipo conto do vigário, executadas por opulentos membros do submundo, por não serem consideradas pessoas dotadas de respeitabilidade ou alto status social. Cf. *ibidem*, p. 7.

17 MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984-85]. v. 2, p. 724. Ele ainda aproveita para chamar a atenção para o sentido extensivo que a expressão “crime de colarinho branco” ganha no mundo anglo-saxão: “Por outro lado, nas suas referências a casos paradigmáticos, o próprio SUTHERLAND foi, de forma muito consciente, além do campo das grandes sociedades e dos delinquentes de elevado estatuto social, incluindo fraudes ou furtos praticados por pessoas da classe média como empregados bancários de baixos salários, proprietários de pequenas ocinas de reparação de automóveis, relógios, rádios, máquinas de escrever ou vendedores destes produtos. A utilização da expressão “colarinhos brancos” com este alcance está perfeitamente sintonizada com o significado que genericamente lhe é atribuído nos Estados Unidos e na Inglaterra.” *Ibidem*, p. 727. Todavia, examinando o conceito do crime do colarinho branco em Edwin Sutherland, GILBERT GEIS assinala que, para ele, o que sobressai é uma impressão de que o autor was most concerned with the illegal abuse of power by upper-echelon businessmen in the service of their corporations, by high-ranking politicians against their codes of conduct and their constituencies, and by professional persons against the government and against their clients and patients. GEIS, Gilbert. *White-collar crime: what is it?* In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). *Readings in white-collar crime*. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 10-11. Isto é, “estava mais preocupado com o abuso ilegal de poder por homens de negócios dos escalões mais altos, a serviço de suas empresas, por políticos de alta posição contra seus códigos de conduta e seu eleitorado, e por proussionais contra o governo e contra seus clientes e pacientes.” (Tradução nossa).

popular do “criminoso”, e julgando que estes homens de “respeitabilidade” se conformarão à lei como resultado de pressões muito suaves.

No tocante ao segundo fator, o autor pontifica que a tendência à não utilização ou à diminuição do espaço de métodos penais, cujo avanço mais rápido deu-se exatamente na seara dos crimes de colarinho branco em contraste com outras infrações, é geralmente identificada nas seguintes medidas: o abandono de penalidades extremas como morte e tortura, a substituição de métodos penais convencionais por métodos não penais do gênero da suspensão condicional da pena e a suplementação de métodos penais por métodos não penais, a exemplo das políticas educacionais no interior das prisões. Esta tendência se deve, prossegue o sociólogo, a um conjunto de mudanças sociais, representadas no ampliado poder da camada socioeconômica mais baixa, alvo tradicional das penalidades; na inclusão no âmbito da legislação penal de uma parte significativa do estrato socioeconômico mais alto; na maior interação social entre as classes, ocasionando um clima de maior compreensão e solidariedade; no insucesso dos métodos penais para ensejar quedas substanciais nas taxas de criminalidade; e na fragilização da concepção psicológica que destacava o emprego da dor no controle do comportamento.

Finalmente, sobre o terceiro fator, o do ressentimento relativamente inorganizado do público contra delitos de colarinho branco, aponta o doutrinador três razões para a natureza diversa da relação entre a lei e os costumes nessa esfera:

- a) as violações da lei por homens de negócios possuem cunho complexo – não configurando ataque simples e direto de uma pessoa contra outra, como o são as lesões corporais –, com efeitos difusos, que podem se espalhar por um longo período de tempo e alcançar uma altíssima quantidade de pessoas, sem que alguém, em particular, sofra muito, em um determinado tempo, e demandando, em muitas situações de crimes de colarinho branco, a apreciação por parte de peritos nos ramos profissionais da verificação do fato sob investigação;
- b) os meios de comunicação não expressam os sentimentos morais organizados da comunidade em relação aos crimes de colarinho branco, parcialmente em função da complexidade destes e da dificuldade de apresentá-los como notícias, contudo possivelmente muito mais em virtude do fato de tais agências pertencerem a homens de negócios ou serem por eles controladas e de elas próprias se envolverem nas violações de muitas das leis em causa;

- c) as normas regendo o mundo dos negócios e os delitos relacionados se encontram situados em uma parte relativamente nova e especializada das legislações, ao passo que os crimes tradicionais permanecem insertos no corpo dos códigos penais regulares, recebendo estes ilícitos a maior atenção dos professores de Direito penal, os quais têm negligenciado o conhecimento da maior parte do Direito penal do Estado moderno, sendo que, de maneira semelhante, o público em geral usualmente não tem consciência de muitas das disposições especializadas, daí decorrendo a falta de organização do ressentimento do público.¹⁸

Além disso, aduz Sutherland que os princípios que embasavam a posição contrária à admissibilidade da responsabilidade penal das empresas sofreram reversão nos tribunais americanos, passando a permitir a condenação frequente destas, por crimes como homicídio culposo, furto e destruição de propriedade, entre muitos outros:

Such decisions involved reversal of the three principles on which the earlier decisions were based. First, the corporation is not merely a legislative artifact. Associations of persons existed prior to the law and some of these associations have been recognized as entities by legislatures. These corporations and other associations are instrumental in influencing legislation. Consequently legislation is in part an artifact of corporations, just as corporations are in part an artifact of legislatures. Second, the requirement that criminal intent be demonstrated has been eliminated from an increasing number of criminal laws [...]. Third, the location of responsibility has been extremely difficult in many parts of modern society, and responsibility is certainly a much more complicated concept than is ordinarily believed. e old employers's liability laws, which were based on the principle of individual responsibility, broke down because responsibility for industrial accidents could not be located.

[...] Some attention has been given to the location of responsibility for decisions in the large corporations. Although responsibility for actions of particular types may be located, power to modify such actions lies also at various other points. Due largely to the complexity of this concept, the question of individual responsibility is frequently waived and penalties are imposed on corporations. This does, to be sure, affect the stockholder who may have almost no power in making decisions as to policy, but the same thing is true of other penalties which have been suggested as substitutes for on corporations, namely, dissolution of the corporation, suspension of business for

18 Sobre os três fatores apresentados, determinantes da implementação diferencial da lei penal quanto aos crimes e criminosos de colarinho branco, ver SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 56-60.

*a speci-ed period, restriction of sphere of action of the corporation, con-scation of goods, publicity, surety for good behavior, and supervision by the court.*¹⁹

Aludindo à referência de Thorstein Veblen ao “homem pecuniário ideal” e ao “delinquente ideal”, Sutherland comenta que o primeiro expressa a cultura especial do mundo dos negócios, enquanto o segundo exemplifica a cultura especial do submundo, tendo como melhor agente o ladrão profissional,²⁰ e passa afirmar semelhanças e diferenças entre esses dois tipos de criminalidade e os seus respectivos protagonistas.

Para ele, em primeiro lugar, no respeitante às similaridades, tanto a criminalidade das corporações quanto a dos ladrões profissionais são persistentes, de modo que existe grande proporção de reincidentes entre os transgressores. O criminólogo observa que nenhuma das medidas aplicadas aos homens de negócios por violação da lei tem sido muito efetiva no propósito de reabilitá-los ou de desestimular outros a práticas assemelhadas.

O segundo ponto reside no reconhecimento de que o comportamento ilícito é muito mais extensivo do que revelam as ações penais e as petições iniciais, querendo dizer, por exemplo,

19 “Tais decisões envolveram a reversão dos três princípios nos quais as decisões anteriores estavam baseadas. Primeiro, a corporação não é meramente um artefato legislativo. Associações de pessoas existiram antes da lei e algumas destas associações foram reconhecidas como entidades pelas legislaturas. Estas corporações e outras associações são instrumentais em influenciar a legislação. Consequentemente, a legislação é em parte um artefato das corporações, exatamente como as corporações são em parte um artefato das legislaturas. Segundo, o requisito de que o dolo seja demonstrado tem sido eliminado de um crescente número de leis penais [...]. Terceiro, a localização da responsabilidade tem sido extremamente difícil em muitas partes da sociedade moderna, e a responsabilidade é certamente um conceito muito mais complicado do que ordinariamente se acredita. As velhas leis sobre a responsabilidade dos empregadores, que eram baseadas no princípio da responsabilidade individual, sucumbiram porque a responsabilidade por acidentes industriais não podia ser localizada. [...] Alguma atenção tem sido dada à localização da responsabilidade por decisões nas grandes corporações. Embora a responsabilidade por ações de tipos particulares possa ser localizada, o poder de modificar tais ações encontra-se também em vários outros pontos. Devido largamente à complexidade deste conceito, a questão da responsabilidade individual é frequentemente posta de lado e as penas são impostas às corporações. Isto efetivamente, sem dúvida, afeta o acionista que pode não ter qualquer poder em tomar decisões no que tange à política, mas a mesma coisa é verdade em relação a outras penas que têm sido sugeridas como substitutos para multas impostas às corporações, isto é, a dissolução da empresa, a suspensão das atividades por um período especificado, a restrição da esfera de ação da empresa, o confisco de mercadorias, a publicidade, a fiança por bom comportamento e a supervisão pela corte.” *Ibidem*, p. 61-62. (Tradução nossa)

20 A. MACK reporta-se a alguns traços do criminoso profissional na concepção inspirada por Edwin Sutherland: *Cependant nous estimons que les dénitions que l'on trouve dans la plupart des écrits théoriques, à la suite de Sutherland, sont encore pleinement valables; c'est-à-dire que les criminels professionnels constituent une élite, une toute petite fraction admirée et faisant partie d'un groupe plus large de malfaiteurs à plein temps; et que le statut de cette élite a été acquis à la suite d'une formation dispensée par leurs supérieurs, ce qui en a fait des spécialistes. Il y a également dans la signification du terme la notion d'intelligence supérieure, ou du moins celle d'un jugement pratique supérieure, qui permet à celui qui en jouit d'éviter les risques du métier, tel l'emprisonnement, plus fréquemment que les autres criminels moins doués.* MACK, J. A. *Le crime professionnel et l'organisation du crime*. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, n. 1, p. 7, jan./mars 1977. “Contudo, estimamos que as definições que encontramos na maior parte dos escritos teóricos, seguindo Sutherland, são ainda plenamente valiosas; tal quer dizer que os criminosos profissionais constituem uma elite, uma pequenina fração admirada e fazendo parte de um grupo maior de malfaitores em tempo integral; e que o estatuto desta elite foi obtido como resultado de uma formação dispensada pelos seus superiores, o que fez deles especialistas. Há igualmente na significação do termo a noção de inteligência superior, ou pelo menos aquela de um julgamento prático superior, que permite àquele que dele desfruta evitar os riscos do ofício, tal como a prisão, mais frequentemente que os outros criminosos menos dotados.” (Tradução nossa). Por outro lado, ele defende que o principal defeito do estereótipo agasalhado no vocábulo “profissional” encontra-se no fato de este centralizar a atenção na pessoa e na personalidade do criminoso, em detrimento da atenção que deve ser dispensada ao elemento organizacional nos ilícitos maiores. *Ibidem*, p. 7-8.

que muitos tipos de violação da lei são praticados pela grande maioria das empresas e indústrias, não traduzindo condutas isoladas de um ou alguns homens de negócios colhidos na malha da Justiça, mas práticas reiteradas de muitos, nem sempre processados. O terceiro ponto encontra-se na constatação de que o homem de negócios violador das leis reguladoras do mundo dos "colarinhos brancos" frequentemente não perde status entre seus colegas, cujas reações são muitas vezes de admiração pelas práticas do smart man. O princípio geral usualmente invocado é o da violação do código legal não implicar necessariamente a violação do código dos negócios, de sorte que a perda de prestígio está vinculada à infração do código de negócios e não à infração do código legal, exceto quando coincidentes.

Um quarto traço que aproxima os homens de negócios dos ladrões profissionais está na atitude de desrespeito dos dois grupos no tocante à lei, ao governo e a membros da estrutura do Estado. Os primeiros costumemente sentem e expressam menosprezo pela lei, pelo governo e seu pessoal, ao passo que os últimos exibem o mesmo desprezo pela lei, e ainda por policiais, promotores de justiça e magistrados. Esse desprezo pela lei, compartilhado por ambas as categorias, nutre-se do fato de que esta lhes veda o comportamento reprovado. No caso dos homens de negócios, o pessoal do governo lhes parece uma equipe de políticos e burocratas e as pessoas com autorização para a investigação das práticas de negócios, bisbilhoteiros.

Esses homens de "colarinho branco", que, muitas vezes, encaram a promulgação de uma lei e não a sua violação como o verdadeiro crime, acreditam que quanto menos governo melhor, salvo quando pretendem obter favores especiais deste.

Ainda no domínio das semelhanças, Sutherland indica três aspectos da racionalidade da corporação quanto ao comportamento ilícito. Primeiramente, as empresas levam em conta dois fatores principais para a escolha dos delitos: o menor perigo destes serem detectados e identificados e a seleção de vítimas com menor probabilidade de reação. Tanto os crimes das corporações como os furtos profissionais são cuidadosamente selecionados, sendo perpetrados contra vítimas consideradas fracas como oponentes. No atinente aos crimes das empresas, suas vítimas raramente se encontram em situação de travar luta contra a direção daquelas. Os consumidores encontram-se espalhados e desorganizados, além de carecerem de informação objetiva, e os acionistas, similarmente, raramente conhecem os procedimentos complexos das corporações às quais estão ligados, além de receberem pouca informação referente às políticas ou à condição financeira dessas empresas.

Diz respeito o segundo aspecto à escolha de ilícitos de difícil prova, quer no universo dos criminosos de colarinho branco, quer no dos ladrões profissionais. O ramo da publicidade é um bom exemplo, porquanto, uma vez que um pouco de propaganda exageradamente elogiosa é

admitida como justificável, há dificuldade quanto à consecução de prova atestando o uso de propaganda exageradamente elogiosa desarrazoada.

Quanto ao terceiro aspecto, o doutrinador lembra a política das corporações de “dar um jeito” nos casos e processos, à semelhança dos ladrões profissionais que confiam no dinheiro e na boa relação com um mediador eficiente perante os canais próprios, para explorar uma peça fraca no mecanismo das pessoas necessárias a uma condenação. Como exemplos concretos, o órgão federal da Food and Drug Administration (Administração de Alimentos e Drogas) já sofreu pressões de senadores e deputados, com ameaças de corte de verbas, para impedir a aplicação da lei no relativo a determinadas pessoas e, após a Primeira Grande Guerra Mundial, por causa da atuação dinâmica da Federal Trade Commission (Comissão Federal do Comércio), o Presidente dos Estados Unidos, procurado por representantes de grandes empresas, substituiu alguns membros da aludida comissão por outros mais solidários com as práticas do reino dos negócios, provocando o indeferimento de pleitos formulados contra muitas corporações. Outra tática utilizada é a do suborno. E a costumeira prática das empresas de fazer um acordo com acionistas minoritários, quando estes propõem uma ação contra a administração destas, faz lembrar a indenização do ladrão profissional ao ofendido, pelo furto executado, com o intuito de deter a persecução penal.²¹

Por derradeiro, Edwin Sutherland não esquece as diferenças entre o crime de colarinho branco e o furto profissional, garantindo que as principais dizem respeito às concepções dos transgressores sobre si próprios e às concepções do público sobre estes:

*The professional thief conceives of himself as a criminal and is so conceived by the general public. Since he has no desire for a favorable public reputation, he takes pride in his reputation as a criminal. The businessman, on the other hand, thinks of himself as a respectable citizen and, by and large, is so regarded by the general public.*²²

Consoante o autor, os homens de negócios não se enxergam como enquadrados no estereótipo do “criminoso”, mesmo quando violam a lei. Por outro prisma, habitualmente pensam em si mesmos como “violadores da lei” – um indubitável eufemismo –, entretanto o fazem com orgulho, vangloriando-se, em seu círculo privado, pela prática de tais violações, porque a lei e não a sua infringência é que lhes parece reprovável. São apoiados por seus colegas nas violações em tela, o que lhes assegura uma consciência que geralmente não lhes

21 Sobre as similaridades apresentadas, entre a criminalidade dos agentes do “colarinho branco” e a dos ladrões profissionais, ver SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 227-229; 236-239.

22 “O ladrão profissional concebe a si mesmo como um criminoso e é assim concebido pelo público geral. Uma vez que não tem qualquer desejo por uma reputação pública favorável, ele se orgulha de sua reputação como criminoso. O homem de negócios, por outro lado, pensa em si próprio como um cidadão respeitável e, de modo geral, é assim considerado pelo público geral.” Ibidem, p. 230. (Tradução nossa).

incomoda. O sentimento de vergonha pelas práticas de negócios desleais, quando existente, parece reservado, mais frequentemente, aos homens de negócios mais jovens, por não haverem assimilado ainda, totalmente, a mentalidade e as atitudes peculiares ao universo dos negócios.

Expõe o criminólogo que a ideia de alguém sobre si próprio como criminoso se funda numa caracterização geral e num tipo ideal. Como, continua ele, dois dos fatores mais determinantes para a identificação do eu com o tipo ideal correspondem ao tratamento oficial como criminoso e à associação pessoal íntima com aqueles que veem a si mesmos como criminosos, a ilação é de que o criminoso do “colarinho branco” não se julga um criminoso, pois ele não é submetido aos mesmos procedimentos oficiais destinados a outros violadores da lei e, graças ao seu status social, não se envolve e não é envolvido em associação pessoal íntima com aqueles que se autodenominam criminosos.

Não são unicamente os homens de negócios que rejeitam a identificação como criminosos; o público também, geralmente, lhes nega o enquadramento no estereótipo, sendo a sua concepção associada algumas vezes à ideia do status, e este aparentemente baseado na detenção de poder. O público, certamente, não atribui ao homem de negócios, em princípio, o cultivo de altos padrões de honestidade e de escrupulosidade na observância da lei, porém, face ao seu status alicerçado no poder, não logra percebê-lo como criminoso, ou seja, o típico, como o ladrão profissional.²³

Com o escopo de salvaguarda de suas reputações, os homens de negócios promovem justificativas e racionalizações – como a de que todo mundo faz propaganda exageradamente elogiosa de suas mercadorias, para descaracterizar o cunho reprochável da fraude na publicidade –, cuja função é a ocultação do fato do crime, repelindo, por exemplo, o emprego de palavras que denotem pejorativamente a natureza de suas práticas, como “desonesto” e “fraudulento”, e incentivando a sua substituição por palavras e expressões eufemísticas.²⁴ Nesse sentido, o homem de negócios e o ladrão profissional se afastam:

The policy of corporations is general public adherence to the law and secret defections from the law. In this respect the businessman is quite different from the professional thief. In professional theft the fact of crime is a matter of direct observation, and the important problem for the thief is to conceal his identity in order to avoid punishment but not in order to

23 A propósito das diferenças expostas, entre a criminalidade dos agentes do “colarinho branco” e a dos ladrões profissionais, ver *ibidem*, p. 230-232.

24 LOUK HULSMAN, contudo no contexto de sua proposta abolicionista do sistema penal, é um dos autores que salientam o poder estigmatizante das palavras e a necessidade de mudança de linguagem, mas sem a conservação das velhas categorias nas novas palavras e expressões. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. p. 95-96.

*maintain his status in the general public. In white collar crime, on the other hand, the important problem for the criminal is to conceal the fact of crime, since the identity of the -rm which violates the law is generally known.*²⁵

Outra estratégia dos homens de negócios em favor da proteção de suas reputações é o seu esforço no sentido de uma implementação diferente das leis a eles aplicáveis, mediante substituições dos procedimentos cabíveis por outros menos estigmatizantes, porquanto não desejam ser presos por policiais, nem ser obrigados ao comparecimento perante uma corte penal, ou tampouco ser condenados pela perpetração de crimes.

Para preservar o status e a concepção de não enquadramento no universo criminoso, as empresas igualmente empregam especialistas em Direito, assim como em relações públicas e propaganda. O porta-voz dos homens de negócios, que equivale ao advogado que defende o ladrão profissional contra acusações específicas, desempenha uma função de natureza bem mais inclusiva, que é a de influenciar a promulgação e a aplicação da lei no relativo a seus clientes, de antecipadamente recomendar a estes os métodos passíveis de uso com relativa impunidade e de defender os mesmos duplamente, tanto perante os tribunais, quanto perante o público, diante de acusações específicas que lhes forem feitas.²⁶

De sua análise, conclui Sutherland que os delitos de colarinho branco não representam, em princípio, infrações isoladas e involuntárias de regulamentos técnicos – embora possam sê-lo, como exceção à regra –, contudo, ao contrário, são, em grande proporção, deliberados, com uma unidade relativamente consistente, e, mais que isso, são também organizados. Na compreensão do autor, a organização para o delito pode ser de dois tipos: formal ou informal, encontrando-se o primeiro, na hipótese dos ilícitos das empresas, exempli gratia, na concorrência desleal e nos esforços para o controle da legislação, a seleção de administradores e a limitação de verbas para a execução de leis que possam atingi-las, e o segundo, na formação de consenso entre homens de negócios, voltado, por ilustração, para a prática da concorrência desleal. Daí o seu entendimento do delito de colarinho branco como “crime organizado”.²⁷

Um trecho que bem aglutina as ideias do sociólogo sobre o crime de colarinho branco como “crime organizado” é o que ora reproduzimos:

25 “A política das corporações é adesão pública geral à lei e defecções secretas da lei. Neste aspecto, o homem de negócios é inteiramente diferente do ladrão profissional. No furto profissional, o fato do crime é uma questão de observação direta e o problema importante para o ladrão é ocultar sua identidade a fim de evitar a punição, mas não para manter seu status perante o público geral. No crime de colarinho branco, por outro lado, o problema importante para o criminoso é ocultar o fato do crime, uma vez que a identidade da firma que viola a lei é geralmente conhecida.” SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 232. (Tradução nossa).

26 Ver *ibidem*, p 233-234.

27 Ver *ibidem*, p. 227; 229; 239.

Evidence has been presented in previous chapters that crimes of business are organized crimes. This evidence includes references not only to gentlemen's agreements, pools, trade associations, patent agreements, cartels, conferences, and other informal understandings, but also to the tentacles which business throws out into the government and the public for the control of those portions of the society.²⁸

Em um dos capítulos finais de sua obra *White collar crime*, o doutrinador sustenta que os dados disponíveis, conquanto não permitam uma explicação absoluta do delito de colarinho branco, sugerem que a gênese deste reside no mesmo processo geral aplicável a outras modalidades de comportamento criminoso, ou seja, a associação diferencial,²⁹ que, na sua visão, a despeito de não oferecer, como hipótese, uma explicação total ou absoluta do

28 "Evidência foi apresentada nos capítulos anteriores de que os crimes de negócios são crimes organizados. Esta evidência inclui referências não apenas a acordos de cavalheiros, trustes, associações comerciais, acordos de patentes, cartéis, reuniões e outros entendimentos informais, mas também aos tentáculos que a empresa lança sobre o governo e o público pelo controle daquelas porções da sociedade." *Ibidem*, p. 256. (Tradução nossa). É claro que o sentido que Edwin Sutherland empresta à expressão "crime organizado" não coincide exatamente com a concepção de crime organizado fundada na definição de organização criminosa contida no art. 1º, § 1º, da novel Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, no caso brasileiro: "Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional." Nem tampouco com a que propugnamos a partir do conceito de organização criminosa que formulamos: "Cremos, então, que a organização criminosa pode ser conceituada como a associação estável de três ou mais pessoas, de caráter permanente, com estrutura empresarial, padrão hierárquico e divisão de tarefas, que, valendo-se de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, sob o signo de valores compartilhados por uma parcela social, objetiva a perpetração de infrações penais, geralmente de elevada lesividade social, com grande capacidade de cometimento de fraude difusa, pelo escopo prioritário de lucro e poder a ele relacionado, mediante a utilização de meios intimidatórios, como violência e ameaças, e, sobretudo, o estabelecimento de conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus agentes, especialmente via corrupção - para assegurar a impunidade, pela neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal -, o fornecimento de bens e serviços ilícitos e a infiltração na economia legal, por intermédio do uso de empresas legítimas, sendo ainda caracterizada pela territorialidade, formação de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e tendência à expansão e à transnacionalidade, eventualmente ofertando prestações sociais a comunidades negligenciadas pelo Estado. E crime organizado é a espécie de macrocriminalidade perpetrada pela organização criminosa." FERRO, Ana Luiza Almeida. *Op. cit.*, p. 499. Mas o sentido dado por Sutherland oferece relevantes subsídios para a compreensão do fenômeno do crime de colarinho branco dentro do contexto do crime organizado, particularmente quanto às alusões do sociólogo às estratégias do mundo dos negócios com o objetivo de controlar o governo e o público em benefício de seus interesses.

29 - A associação diferencial é descrita por EDWIN SUTHERLAND nestes termos: When persons become criminal, they do so because of contacts with criminal behavior patterns and also because of isolation from anticriminal behavior patterns. Any person inevitably assimilates the surrounding culture unless other patterns are in conict; thus a southerner does not pronounce r because other southerners do not pronounce r. Negatively, this proposition of diferencial association means that associations which are neutral as far as crime is concerned have little or no effect on the genesis of criminal behavior. Much of the experience of a person is neutral in this sense, such as learning to brush one's teeth. is behavior has no positive or negative effect on criminal behavior except as it may be related to associations which are concerned with the legal codes. Such neutral behavior is important especially in occupying the time of a child so that he or she is not in contact with criminal behavior while engaged in the neutral behavior. SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Op. cit.*, p. 89. "Quando as pessoas se tornam criminosas, elas o fazem devido a contatos com padrões de comportamento criminoso e também devido ao isolamento em relação a padrões de comportamento anticriminoso. Qualquer pessoa inevitavelmente assimila a cultura circundante a menos que outros padrões estejam em conflito; por conseguinte, um sulista não pronuncia r porque outros sulistas não pronunciam r. Negativamente, esta proposição da associação diferencial significa que as associações que são neutras no que diz respeito ao crime têm pouco ou nenhum efeito sobre a gênese da conduta criminoso. Muito da experiência de uma pessoa é neutro neste sentido, tal como aprender a escovar os dentes. Este comportamento não tem qualquer efeito positivo ou negativo sobre a conduta criminoso exceto quando possa estar relacionado a associações que tratam dos códigos legais. Tal comportamento neutro é importante especialmente em ocupar o tempo de uma criança, de modo que ele ou ela não esteja em contato com a conduta criminoso enquanto envolvido no comportamento neutro." (Tradução nossa).

fenômeno do delito de colarinho branco ou de qualquer outro ilícito, é talvez a que melhor se amolda aos dados sobre tais infrações penais, em cotejo com outras hipóteses gerais.³⁰

Estabelecido este ponto, ele passa a desenvolver uma teoria sobre o crime de colarinho branco, aproveitando para exibir, em dado momento, a anatomia simplificada da associação diferencial no caso do criminoso em causa:

White collar criminals, like professional thieves, are seldom recruited from juvenile delinquents. As a part of the process of learning practical business, a young man with idealism and thoughtfulness for others is inducted into white collar crime. In many cases he is ordered by managers to do things which he regards as unethical or illegal, while in other cases he learns from those who have the same rank as his own how they make a success. He learns specific techniques of violating the law, together with definitions of situations in which those techniques may be used. Also, he develops a general ideology. This ideology grows in part out of the specific practices and is in the nature of generalization from concrete experiences, but in part it is transmitted as a generalization by phrases such as "We are not in business for our health," "Business is business," and "No business was ever built on the beatitudes." These generalizations, whether transmitted as such or constructed from concrete practices, assist the neophyte in business to accept the illegal practices and provide rationalizations for them³¹.

Constituindo um processo de associação diferencial, os homens de negócios, além de expostos a definições em prol do cometimento do delito de colarinho branco, encontram-se isolados de definições hostis a esse crime e protegidos contra estas. Mesmo crescendo em um lar onde a honestidade é firmada como virtude, tais ensinamentos domésticos guardam pouca relação explícita com as práticas dos negócios, até porque aqueles que as tacham de indesejáveis e ilícitas são habitualmente enquadrados como "comunistas" ou "socialistas", o que praticamente lhes priva de qualquer poder de influência em suas definições.

Os meios de comunicação, embora continuem muitas vezes definindo as infrações comuns do Código Penal de uma maneira bastante crítica, não deferem o mesmo tratamento ao delito de colarinho branco e aos seus perpetradores, por várias razões, entre as quais: a inegável

30 SUTHERLAND, Edwin H. Op. cit., p. 240

31 "Criminosos de colarinho branco, como ladrões profissionais, são raramente recrutados entre delinquentes juvenis. Como parte do processo de aprendizagem dos negócios práticos, um jovem com idealismo e consideração pelos outros é iniciado no crime de colarinho branco. Em muitos casos, ele recebe ordens de gerentes para fazer coisas que ele considera antiéticas ou ilegais, enquanto em outros casos ele aprende daqueles que possuem a sua mesma graduação como fazer sucesso. Ele aprende técnicas específicas de violar a lei, juntamente com definições de situações em que aquelas técnicas podem ser usadas. Ademais, ele desenvolve uma ideologia geral. Esta ideologia cresce em parte pelas práticas específicas e está na natureza da generalização de experiências concretas, mas em parte é transmitida como uma generalização por expressões tais como 'Não estamos no ramo de negócios pela nossa saúde', 'Negócios são negócios' e 'Jamais um negócio foi construído sobre as beatitudes'. Estas generalizações, quer transmitidas como tais ou construídas a partir de práticas concretas, ajudam o neófito nos negócios a aceitar as práticas ilegais e prover racionalizações para as mesmas." Ibidem, p. 245. (Tradução nossa).

homogeneidade existente nos padrões e princípios compartilhados pelos proprietários e dirigentes dos jornais de maior destaque e das corporações de radiodifusão e cinema, por ilustração, que representam grandes empresas capitalistas, e pelos dirigentes de outras corporações; o fato de a receita mais expressiva destas agências de comunicação derivar dos anúncios e demais instrumentos publicitários de outras empresas, ensejando uma eventual adoção de linha crítica das práticas dos negócios em geral ou de corporações específicas em uma provável perda de significativa parcela da receita mencionada; e o envolvimento das próprias empresas de comunicação em violações da lei classificáveis como delitos de colarinho branco, como concorrência desleal, propaganda enganosa e outras

Não somente os meios de comunicação protegem os homens de negócios e suas empresas de severas críticas e da estigmatização do delito; igualmente membros da estrutura do Estado o fazem, de que é exemplo a implementação diferencial das leis, como a opção, no cenário americano, por procedimentos perante o Juízo de Equidade para homens de negócios acusados de concorrência desleal e por procedimentos penais para sindicalistas enfrentando acusações semelhantes

Esta posição menos crítica dos integrantes do Estado e do governo em relação aos homens de “colarinho branco”, em confronto com o tratamento dispensado às pessoas da camada socioeconômica mais baixa, é produto, na avaliação de Sutherland, de diversas relações:

- a) a homogeneidade cultural existente, de modo geral, entre os membros do governo e os homens de negócios, ambos pertencendo, no contexto americano, às classes mais altas da sociedade;
- b) a presença de homens de negócios, como membros, nas famílias de muitos componentes do governo;
- c) a frequente existência de amizade pessoal unindo muitos homens de negócios a integrantes do governo;
- d) a presença de muitas pessoas em posições no governo, como executivos, diretores, advogados e outros, com ligações, no passado, com firmas e empresas;
- e) o desejo de muitas pessoas no governo de garantir emprego nas firmas ou empresas depois do término de sua participação naquele;
- f) o grande poder das corporações na sociedade americana, objeto de seu estudo, com sua capacidade de promover ou prejudicar os programas de interesse do governo;

g) a íntima conexão entre o programa do governo e os partidos políticos, cujo sucesso nas campanhas eleitorais depende da contribuição de grandes somas oriundas de importantes homens de negócios.³²

O sociólogo faz um paralelo entre a associação diferencial, vista como uma explicação hipotética do crime pelo prisma do processo pelo qual ocorre a iniciação de uma pessoa no universo do delito, e a desorganização social, encarada como uma explicação hipotética do fenômeno criminoso pela ótica da sociedade, sendo uma compatível com a outra, de sorte a funcionarem como contraparte uma da outra, e aplicando- -se ambas aos delitos em geral, inclusive o de “colarinho branco”.³³

Por fim, Sutherland constata a pouca importância das leis no controle do comportamento no mundo dos negócios, exceto se apoiadas por uma administração com disposição política para combater o comportamento ilegal. E esta, por seu turno, detém pouca força para sustentar essa espécie de comportamento, exceto se apoiada por um público disposto ao cumprimento da lei. Sua sugestão está na formação de um nítido antagonismo entre o público e o governo, de um lado, e os homens de “colarinho branco” infratores da lei, do outro:

*This calls for a clear-cut opposition between the public and the government, on the one side, and the businessmen who violate the law, on the other. This clear-cut opposition does not exist and the absence of this opposition is evidence of the lack of organization against white collar crime. What is, in theory, a war loses much of its conflict because of the fraternization between the two forces. White collar crimes continue because of this lack of organization on the part of the public.*³⁴

32 Ver ibidem., p. 250-252. O autor sintetiza as relações determinantes da posição menos crítica dos membros do governo contra os homens de “colarinho branco”, *ipsis litteris*: Thus, the initial cultural homogeneity, the close personal relationships, and the power relationships protect businessmen against critical denitions by government. Ibidem, p. 252. “Assim, a homogeneidade cultural inicial, as relações pessoais íntimas e as relações de poder protegem os homens de negócios contra definições críticas pelo governo.” (Tradução nossa).

33 - Segundo o doutrinador, a desorganização social pode se manifestar como ausência de padrões (anomia) ou conflito de padrões. Esta última situação, por seu turno, assemelha-se à associação diferencial, por envolver uma ratio entre a organização em favor de infrações à lei e a organização em vez da desorganização social. Assim, a empresa possui uma organização rígida voltada para a violação das regulamentações do universo dos negócios, ao passo que a sociedade política não está similarmente organizada contra tais violações. Ibidem, p. 255-256.

34 “Isto pede uma oposição bem delineada entre o público e o governo, de um lado, e os homens de negócios que violam a lei, do outro. Esta oposição bem delineada não existe e a ausência desta oposição é evidência da falta de organização contra o crime de colarinho branco. O que é, na teoria, uma guerra perde muito do seu conflito por causa da confraternização entre as duas forças. Os crimes de colarinho branco continuam por causa desta falta de organização por parte do público.” Ibidem, p. 257. (Tradução nossa).

04. Considerações finais

A teoria da associação diferencial é fundamental para uma compreensão mais aprofundada do fenômeno do crime organizado, ao manter uma ponte entre o underworld, com seus ilícitos peculiares, como os patrimoniais, e o upperworld, com seus delitos de colarinho branco, e entre a criminalidade dos indivíduos das classes sociais mais baixas, recrutados, por exemplo, em favelas, bairros propícios ao seu desencadeamento, e em prisões divididas em facções, e a criminalidade dos indivíduos das classes mais altas, recrutados, a título ilustrativo, no próprio ambiente de trabalho, em contato com homens de negócios, executivos, autoridades e membros do governo; ao mostrar as relações nem sempre éticas ou lícitas entre os homens de negócios e as autoridades e os esforços no sentido de uma implementação especial da lei e de um esmaecimento das marcas estigmatizantes do delito no tocante aos primeiros; e, mormente, ao patentear algumas dessas conexões promíscuas com o Poder Público ou com alguns de seus representantes e chamar a atenção para uma criminalidade por vezes quase “invisível”, mas não por isso menos socialmente danosa, a dos que trajam ternos e ostentam seus colarinhos não tão imaculadamente brancos.

05. Referências

ABADINSKY, Howard. Organized crime. 7th ed. Belmont, California: Wadsworth, 2003.

BECKER, Howard S. Outsiders: studies in the sociology of deviance. New York: The Free Press, 1997. 215 p.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Crime organizado e organizações criminosas mundiais. Curitiba: Juruá, 2009. 704 p.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. Título do original francês: Surveiller et punir.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. A moderna Criminologia “científica” e os diversos modelos teóricos. *Biologia Criminal, Psicologia Criminal e Sociologia Criminal*. In: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171-299.

GEIS, Gilbert. White-collar crime: what is it? In: SHICHOR, David; GAINES, Larry; BALL, Richard (Org.). *Readings in white-collar crime*. Prospect Heights, Illinois: Waveland Press, 2002. p. 7-25.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói: Luam, 1997. 180 p. Título do original francês: *Peines perdues: le système pénal en question*.

LYMAN, Michael D.; POTTER, Gary W. *Organized crime*. 2nd ed. New Jersey: Prentice Hall, 1999.

MACK, J. A. *Le crime professionnel et l'organisation du crime*. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, n. 1, p. 5-18, jan./mars 1977.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Tradução de J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [1984-85]. v. 2.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção, crime organizado e democracia*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 401-409, out./dez. 2001.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven/London: Yale University Press, 1983.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992. (The Reynolds Series in Sociology).

SUTHERLAND, EDWIN H. In: *ENCYCLOPEDIA of Criminology*. Routledge. Richard A. Wright and J. Mitchell Miller, Editors. Three-Volume Set. Disponível em: . Acesso em: 10 Feb. 2014.

TOMO VI

CONSTITUCIONALISMO E FEDERALISMO

| JORGE MIRANDA |

O diálogo entre o Direito Constitucional
e o Direito Internacional..... Pág 255

| SERGIO VICTOR TAMER |

Os Atos Políticos no Constitucionalismo..... Pág 277

| ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA |

Significado y funciones del Derecho Constitucional.. Pág 297

| MARIA DE JESUS RODRIGUES ARAUJO HEILMANN |

O Princípio de Subsidiariedade no Federalismo Brasileiro.. Pág 311

O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO

Constitucional e o Direito Internacional

Jorge Miranda

Professor Catedrático de Direito
Constitucional da Universidade de Lisboa e
da Universidade Católica Portuguesa

I

- 1. O segundo pós-guerra trouxe o Estado democrático de Direito, conjugando em síntese dialética o princípio democrático com o princípio da limitação jurídica do poder público e da garantia dos direitos fundamentais. Dele são mais significativas, primeiro, as Constituições italiana de 1947 e a alemã de 1949 e, depois, a portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988, qualquer delas elaborada após uma ditadura mais ou menos longa e opressiva.**

Este modelo domina hoje em quase todo o Ocidente, na Europa e na América; vai-se sedimentando na Índia e na África do Sul; corresponde a aspirações muito difundidas um pouco por toda a parte. O constitucionalismo marxista-leninista encontra-se em declínio onde ainda governam partidos comunistas. E regimes fascistas ou fascizantes não têm condições para se implantar.

Não quer isto dizer que se tenha chegado ao “fim da história”, na conhecida fórmula de Francis Fukuyama¹, longe disso; nem faltam manifestações de crise em todos os domínios da vida política, económica, social e cultural dos povos. Mas, com uma grande diferença em confronto com o que se passou há cem anos: não se descobrem alternativas credíveis e, muito pelo contrário, os grandes ideais e metas do Estado democrático e social de Direito radicam-se crescentemente na consciência jurídica geral nos países onde se encontra consignado.

¹ *The end of history and the last man*, 1992, trad. *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992.

O problema é outro. É o da capacidade do próprio Estado para satisfazer crescentes e mais diversificadas necessidades coletivas; para fazer frente tanto aos excessos burocráticos e às pulsões corporativas a nível interno quanto ao capitalismo financeiro transnacional; para aproveitar as virtualidades positivas da globalização sem perda da identidade cultural e do funcionamento das instituições representativas; para evitar que essa globalização se transforme, nas palavras de Mario Zurchetti², na economização do mundo, ou, nas de castanheira Neves, na globalização económico-jurídica com exclusão do Direito³.

O problema é outro. É o de saber se os valores inerentes ao Estado democrático e social de Direito podem ser só realizados e os seus objetivos prosseguidos a nível de Estado e de ordem interna, e se não têm de ser considerados em perspetiva supra-estatal; se o caminho não está em avançar mais e mais em formas de integração regional como a União Europeia e o Mercosul; e se não estará mesmo, a médio e a longo prazo, na passagem para um novo paradigma de comunidade internacional, numa linha de cosmopolitismo e até, porventura, de Estado global.

2. . O questionar do Estado, ou do Estado isolado, auto-suficiente, soberano vem de há muito, ligado ou não a razões como aquelas que hoje se oferecem mais evidentes.

O mais ilustre dos Autores que assim repensou a organização dos povos foi, como bem se sabe, Kant, ainda no século XVIII, nas obras fundamentais que são *A Paz Perpétua* e a *Metafísica dos Costumes*.

Escrevia ele em *A Paz Perpétua*⁴:

Os povos podem, enquanto Estados, considerar-se como homens singulares que no seu estado de natureza (isto é, na independência de leis externas) se prejudicam uns aos outros já pela sua simples coexistência e cada um, em vista da sua segurança, pode e deve exigir do outro que entre com ele numa constituição semelhante à constituição civil, na qual se possa garantir a cada um o seu direito. Isto seria uma federação de povos que, no entanto, não deveria ser um Estado de povos.

(...)

(...) e visto que a razão, do trono do máximo poder / legislativo moral, condena a guerra como via jurídica e faz, em contrapartida, do estado de paz um dever imediato, o qual não pode,

2 *Tyrannie et tyrannicide*, Paris, 2000, pág. 973.

3 *O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, março-abril de 2010, págs. 205 e segs.

4 Na tradução de Artur Morão, Lisboa, 1988, págs. 132 e segs.

no entanto, estabelecer-se ou garantir-se sem um pacto entre os povos: – tem, portanto, de existir uma federação de tipo especial, a que se pode dar o nome de federação da paz (*foedus pacificum*), que se distinguiria do pacto de paz (*pactum pacis*), uma vez que este procuraria acabar com uma guerra, ao passo que aquele procuraria pôr fim a todas as guerras e para sempre. Esta federação não se propõe obter o poder do Estado, mas simplesmente manter e garantir a paz de um Estado para si mesmo e, ao mesmo tempo, a dos outros Estados federados, sem que estes devam por isso (como os homens no estado de natureza) submeter-se a leis públicas e à sua coação.

(...)

Os Estados com relações recíprocas entre si não têm, segundo a razão, outro remédio para sair da situação sem leis, que encerra simplesmente a guerra, senão o de consentir leis públicas coativas, do mesmo modo que os homens singulares entregam a sua liberdade selvagem (sem leis), e formar um Estado de povos (*civitas gentium*), que (sempre, é claro, em aumento) / englobaria por fim todos os povos da Terra. Mas se, de acordo com a sua ideia do direito das gentes, isto não quiserem, por conseguinte, se rejeitarem *in hypothesi* o que é correto *in thesi*, então, a torrente da propensão para a injustiça e a inimizade só poderá ser detida, não pela ideia positiva de uma república mundial (se é que tudo não se deve perder), mas pelo sucedâneo negativo de uma federação antagónica à guerra, permanente e em contínua expansão, embora com o perigo constante da sua irrupção.

Ou na Metafísica dos Costumes⁵:

Os elementos do Direito das gentes são os seguintes: 1. que os Estados considerados nas suas relações exteriores se encontram por natureza num estado não jurídico (como os selvagens sem lei); 2. que este estado é um estado de guerra (do direito do mais forte), mesmo que não seja guerra efetiva e permanente agressão efetiva (hostilidade); agressão essa que, mesmo por via dela nenhum sofra por parte do outro qualquer injustiça (enquanto ambos não queiram melhorar a situação), é em si mesma sumamente injusta, e os Estados que têm entre si relações de vizinhança estão obrigados a sair desse estado; 3. é necessária uma liga de nações, em conformidade com a ideia de um contrato social originário, de modo a que essas se obriguem (reciprocamente) a não imiscuir-se nos conflitos internos de cada um, mas sim a proteger-se de ataques do exterior; 4. que a união não deve, de todo em todo, conter nenhum poder soberano (como numa Constituição civil), mas somente uma associação (confederação); aliança essa que pode ser denunciada em

5 Na tradução de José Lamego, Lisboa, 2005, págs. 227 e 228.

qualquer momento e que, portanto, tem de ser renovada de tempos a tempos – trata-se de um direito in subsidium de um outro originário, o de reciprocamente se impedirem de cair no estado de guerra efetiva (foedus Amphictyonum)⁶.

3. No nosso tempo, não faltam Autores que se têm pronunciado em termos próximos.

Norberto Bobbio, tomando como referência a grande dicotomia guerra-paz, representa o sistema internacional segundo quatro modelos: 1.º) o estado anárquico, ou seja, de guerra sem paz (o bellum contra omnes do estado de natureza de Hobbes); 2.º) o sistema de equilíbrio entre as grandes potências, ou seja, a paz como trégua entre duas guerras; 3.º) a ordem derivada do predomínio de uma potência hegemónica, quer dizer, a paz imposta do alto, pela força (a pax romana, a pax americana); 4.º) a submissão de todos os Estados a uma ordem democrática – quer dizer, paz estável e baseada no consentimento. E os Estados apenas poderão tornar-se plenamente democráticos numa sociedade internacional completamente democratizada, conquanto, acrescenta, esta pressuponha serem democráticos todos os Estados que a compõem⁷.

Lembraria também a conceção prescritiva das relações internacionais proposta por John Rawls: o Direito dos Povos entendido a partir de uma ideia liberal de justiça como equidade similar à da sua Teoria da Justiça; as sociedades democráticas não fazem guerra umas às outras; os países liberais justos limitam os seus interesses básicos a um nível razoável⁸.

Por seu lado, Peter Häberle fala numa comunidade universal de Estados constitucionais por referência aos princípios gerais de Direito e à interiorização dos direitos do homem universais⁹. E, noutra obra, propõe um “Estado constitucional cooperativo”, um Estado que encontra a sua identidade também no Direito internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na perceção de cooperação e de responsabilidade internacionais, assim

6 Cfr. SORAYA NOUR, *A Paz Perpétua de Kant – Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*, São Paulo, 2004. Segundo escreve (págs. 54 e segs.), o Direito até KANT tinha duas dimensões: o Direito estatal, isto é, o Direito interno de cada Estado, e o Direito das Gentes, isto é, o Direito das relações dos Estados entre si e dos indivíduos de um Estado com os de outro. KANT acrescenta uma terceira dimensão: o Direito cosmopolita, o Direito dos cidadãos do mundo, que considera cada indivíduo não como membro do seu Estado, mas como membro, ao lado de cada Estado, de uma sociedade cosmopolita.

Cfr., também, por exemplo, ACÍLIO ROCHA, *La question de la paix dans le cosmopolitisme des lumières*, separata da obra coletiva *La Philosophie de la Paix*, I, Paris, 2002; ou *A Europa cosmopolita: “unitas complexa”*, in *Europa, Cidadania e Multiculturalismo*, obra coletiva, Braga, 2004, págs. 87 e segs.; e CECÍLIA GOETZ, *Cosmopolitan Law?*, in *The Yale Law Journal*, 2007, págs. 1024 e segs. Noutra ótica, OTÁVIO CANÇADO TRINDADE, *Kant na Haia: abordagem constitucional do Direito Internacional pela Corte Internacional de Justiça*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Janeiro-Junho de 2008, págs. 353 e segs.

7 *Il futuro della democrazia*, trad. *O Futuro da Democracia*, 7ª ed., São Paulo, 2000, maxime págs. 12 e 207.

8 *The Law of Peoples*, trad. portuguesa *A Lei dos Povos*, Coimbra, 2000, maxime págs. 9, 63, 14 e 36. Cfr. MARIA JOÃO CABRITA, “O Influxo de ‘A Paz Perpétua’, na Utopia Realista de John Rawls”, in *Cultura – Revista de História e Teoria das Ideias*, vol. XVI-XVII, 2003, págs. 513 e segs. Ou ainda NOAH FELDMAN, “Cosmopolitan Law?”, in *The Yale Law Journal*, 2007, págs. 1024 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Dos Direitos Individuais ao Direito à Paz. Entre a Paz Perpétua e a Tópica Política*, in *Boletim Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2008, págs. 25 e segs.

9 *L’État Constitutionnel*, trad., Paris, 2004, págs. 68 e 69.

como no campo da solidariedade¹⁰.

4. E há quem vá bem mais longe. Assim, Ottfried Höffe, que defende uma república mundial democrática, assente num duplo princípio de subsidiariedade e de federalismo, um Estado formado por muitos povos, na base de um contrato social mundial e construído progressivamente através de escalas intermédias¹¹.

Se bem que formulada em moldes moderados, esta ideia – no fundo, uma utopia –, ao invés das de Bobbio e de Häberle, suscita-me as maiores reticências.

Por um lado, não se encontram fora do Estado adequadas formas de exercício dos direitos políticos inerentes à democracia. Se a experiência das últimas décadas mostra um progressivo crescimento dos meios jurídicos de defesa dos direitos das pessoas para além do Estado (ou contra o Estado, quando deles desrespeitador ou violador), já pouquíssimos e pouco significativos passos se deram para uma qualquer participação política individual a nível supranacional, inclusive no âmbito da União Europeia com o Tratado de Lisboa de 2007.

Ao mesmo tempo, considerando as inelutáveis desigualdades de facto entre os Estados – em população, território, recursos, desenvolvimento económico, acesso ao ensino e aos cuidados de saúde, etc., etc. – aquilo que continua a registar-se – pela natureza das coisas – é outrossim uma estruturação inegalitária das principais organizações internacionais e entidades afins: eis o que se observa na composição do Conselho de Segurança ou do Conselho de Administração do Banco Mundial ou no voto ponderado em órgãos da União Europeia. Muito menos uma governação global, através do (G-8 ou do G-20, poderia considerar-se precursora da república visionada por Ottfried Höffe.

Um Estado mundial, mesmo que federativo, não se afigura possível tanto por causa dessas desigualdades de facto quanto pela diversidade de sistemas constitucionais e de culturas políticas. Além da conceção islamita (que põe em causa a laicidade, caracterizadora da modernidade), subsistem monarquias absolutas, alguns regimes que se identificam, bem ou mal, com o marxismo-leninismo e ditaduras militares, insuscetíveis de se integrarem numa democracia à escala do mundo; e há Estados, os

10 *Der Kooperative Verfassungsstaat*, trad. *Estado Constitucional Cooperativo*, Rio de Janeiro, 2007, págs. 4 e 10 e segs.

11 *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Munique, 1999, trad. portuguesa *A Democracia no Mundo de hoje*, São Paulo, 2005, maxime págs. 265 e segs.), mas rejeita um Leviatã global (págs. 369 e segs.). E também AMARTYA SEN (*The Idea of Justice*, trad. portuguesa *A Ideia de Justiça*, Coimbra, 2010, pág. 533) diz que uma democracia global não é algo que deva ficar atirado para a arca congeladora por tempo indefinido.

Contra um Estado mundial, uma *Respublica Universalis*, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La Virtù del Dubbio*, Roma-Bari, 2007, págs. 133 e segs.; ou o que escrevemos em “Democracia e Constituição para além do Estado”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2010, págs. 38 e segs.

chamados Estados falhados (falhados por incapazes de se imporem às fações presentes nos seus territórios ou de vencerem catástrofes naturais)¹².

Acresce, noutro plano, ainda o seguinte. A gravíssima crise económico-financeira, eclodida em 2008, tem revelado dois fenómenos *prima facie* contraditórios e paradoxais: sem dúvida, a impossibilidade de cada Estado, sozinho, a ultrapassar; e, de modo não menos nítido, a incapacidade de os mercados para se auto-regularem, com a conseqüente necessidade de fortes e diferenciadas intervenções dos Estados, com mais ou menos cooperação entre si, e indo, por vezes, até à resolução ou à nacionalização da banca.

II

- 5. O que acaba de ser dito não significa, evidentemente, negar a existência já hoje de manifestações de poder público ou político para além e até acima dos Estados, assim como a transposição de certos fenómenos próprios do Direito constitucional para o âmbito internacional. Muito menos contestar a vantagem e até a necessidade de isso ocorrer, embora com as reticências ligadas ao défice democrático que tal tem acompanhado.**

Todavia daí não resulta que possa falar-se em Estado, ou Constituição europeia, por exemplo, ou em constitucionalismo global.

Citando um Autor brasileiro e pernambucano, Marcelo Neves¹³: “É inegável que têm sido abertas para instâncias internacionais e supranacionais funções até pouco tempo realizadas por entidades estatais territorialmente delimitadas. Pode-se falar mesmo de uma partilha de tarefas em um sistema de múltiplos níveis. Daí não me parece que se possa inferir a emergência de uma estatalidade. O conceito de Estado implica a noção de uma organização central do sistema político territorialmente segmentado, de tal maneira que suas funções são realizadas sob essas condições. Portanto, não é teoricamente aconselhável nem frutífero que

12 De resto ainda, um Estado mundial não só seria inviável até onde podemos alcançar como seria indesejável e perigoso. Nada garante que fosse democrático (tal como nós concebemos a democracia como regime de liberdade e pluralismo) e seriam enormes os riscos de se tornar um monstruoso Leviatã (que, aliás, o próprio OTTERRIED HÖFFE recusa). Muito provavelmente, nele tenderia a estabelecer-se um diretório dos grandes Estados, contrário ao princípio de igualdade própria das verdadeiras federações. E sobretudo, imagine-se o que aconteceria se, porventura, uma qualquer fação político-militar, ideológica ou religiosa viesse a conquistar o poder e viesse a exercê-lo por toda a parte, sem limites, sendo certo que a globalização económica, tecnológica e de comunicação tem reduzido cada vez mais a dimensão do nosso planeta. Neste momento, quando num país se instaura um regime não democrático e opressivo dos direitos fundamentais, é possível a comunicação social ou a *Internet*, a partir de outros países, denunciar as violações de direitos fundamentais e, no limite, é possível a um seu cidadão refugiar-se noutro país. Como seria num Estado mundial?

13 Transconstitucionalismo, São Paulo, 2009, pág. 78.

se aplique o conceito de estatalidade ou Estado para uma ordem fortemente descentralizada e mesmo fragmentada como a da política mundial, na qual várias organizações estão em conflito e concorrência permanente”.

Quanto à pretensa Constituição europeia¹⁴, por mais que se tenha avançado na transferência de atribuições para instâncias da União, o que quer que ela seja não participa da natureza de Constituição no sentido nascido no século XVIII, na Europa e na América. Nem tão pouco se manifestou até hoje um poder constituinte europeu, um poder da União Europeia de se organizar, por si e para si, acima e para além dos Estados.

Não existe um povo europeu que seja titular desse poder constituinte; há, sim, um conjunto de povos europeus e é a eles que corresponde o Parlamento Europeu. Nem há cidadãos europeus; há cidadãos de diferentes Estados europeus – aos quais são atribuídos certos direitos económicos e políticos comuns e nisto consiste, justamente, aquilo a que se chama cidadania europeia (sempre dependente ou consequente da cidadania própria de cada Estado comunitário).

Em vez de serem atos fundadores de uma entidade política a se, autovalidantes, todos os tratados de integração europeia, desde os dos anos 50 até ao Ato Único Europeu e aos Tratados de Maastricht, de Amesterdão, de Nice e de Lisboa tiveram de percorrer, a nível interno dos vários países, procedimentos de aprovação e ratificação perfeitamente idênticos àqueles a que estão sujeitos quaisquer outros tratados internacionais. E, recorde-se, o tratado que se intitulava Constituição foi rejeitado por dois referendos nacionais e morto à nascença.

A necessidade de prévia alteração de algumas Constituições dos Estados membros é sinal de que esses tratados não equivalem a uma Constituição, porque, de outro modo, ela não teria sido necessária. Se equivalessem a uma Constituição, aprovados e entrados em vigor, impor-se-iam por si próprios e as suas normas prevaleceriam sobre as normas constitucionais, as quais seriam declaradas «inconstitucionais» ou «ilegais» por contradição com normas de grau superior; e nada disso se verificou – conforme foi reiterado por mais de um Tribunal Constitucional.

O próprio tratado da União Europeia, fazendo apelo, no que se refere aos direitos fundamentais, às «tradições constitucionais comuns aos Estados membros enquanto princípios gerais de Direito comunitário» (art. 6.º), parece reconhecer implicitamente a superioridade das Constituições nacionais.

14 Cfr., em opinião diferente, por último, Vital Moreira, “Respublica” Europeia: Estudos de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra, 2014, págs. 13 e segs.

Mais adequado e mais interessante se me afigura aludir a interconstitucionalidade ou a pluralismo constitucional, como aludem alguns Autores¹⁵; assim como admitir que o que se verifica (ou tende a verificar-se) na Europa, porventura, amanhã poderá verificar-se *mutatis mutandis* na América do Sul ou nas Caraíbas (e, a mais largo prazo, noutros pontos do mundo).

Também há quem dê notícia de um constitucionalismo global. Por exemplo, J. J. Gomes Canotilho¹⁶, conquanto logo prevenindo que ele não está em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional, com as seguintes premissas: 1) soberania de cada Estado, conducente, no plano externo, a um sistema de relações interestatais e, no plano interno, à afirmação de um poder ou supremacia dentro de determinado território e concretamente traduzido no exercício das competências soberanas (legislação, jurisdição e administração); (2) particular centralidade jurídica e política da constituição interna como carta de soberania e de independência de cada Estado perante os outros Estados; (3) aplicação do Direito internacional nos termos definidos pela Constituição interna, recusando-se, em muitos estados, a aplicação das normas de Direito internacional na ordem interna sem a sua “conversão” ou adaptação pelas leis do Estado; (4) consideração das “populações” ou “povos” permanentemente residentes num território como “povo do Estado” que só nele, através dele e com submissão a ele poderão adquirir a “carta de nacionalidade”.

Estou, no essencial, de acordo com estas considerações e, por isso, afasto como excessivas as afirmações de outro constitucionalista português, Rui Medeiros, segundo o qual, em vez da rejeição ou da redução de relevância das modificações resultantes de uma governação pós-nacional ou de procurar limitar o seu impacto, impõe-se reconhecer “a necessidade de uma nova teoria da Constituição”; e segundo o qual, quando estejam em causa questões que apresentem uma dimensão transnacional, é a própria Constituição que não autoriza qualquer espécie de “autismo nacional e patriótico” ou uma lógica de insularidade¹⁷.

15 Acerca do primeiro termo, cfr. Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997, págs. 18 e segs.; Paulo Castro Rangel, *Uma teoria da “interconstitucionalidade”*, in *Themis*, 2000, págs. 127 e segs.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, págs. 1409 e segs. Acerca do segundo termo, *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, obra coletiva (ed. por Matej Avbelj e Jan Komárek), Oxford, 2012.

16 Op. cit., págs. 1363 e segs.

17 A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional, in *O Tribunal Constitucional e a Crise*, obra coletiva, Coimbra, 2014, pág. 283. Cfr. a versão bem diferente de Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, II, 2, Coimbra, 2014, págs. 759 e 760.

III

- 6. A perspectiva que me parece preferível – de resto, sem nenhuma originalidade minha – aponta para um diálogo do Direito Constitucional e do Direito das Gentes, traduzido, por um lado, na institucionalização da comunidade internacional e, por outra parte, na projeção crescente do Direito internacional na ordem interna de cada Estado. E este diálogo tem um campo privilegiado no domínio da proteção da pessoa humana.**

Ou, aproveitando de novo, um sugestivo texto de Peter Häberle: “Hoje, o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional. Os cruzamentos e as ações recíprocas são por demais intensos para que se dê a esta forma externa de complementaridade uma ideia exata. O resultado é um ‘Direito comum de cooperação’¹⁸.”

- 7. A institucionalização¹⁹ aparece, a mais clara luz, através das Nações Unidas, das organizações especializadas daquilo a que se tem chamado a sua “família”, e das organizações e entidades regionais. Mas, mais do que isso, traduz-se na fundamentação não voluntarista do Direito Internacional, no incremento dos tratados multilaterais gerais, na interpretação e na integração de todas as convenções apenas tendo em conta o seu objeto e fim, enfim na relevância do jus cogens como acervo de princípios que se impõem a quaisquer normas²⁰.**

Se alguns grandes princípios jurídicos foram reconhecidos desde há muito (sobretudo, com as doutrinas de Vitoria, de Grócio e de Vattel) como devendo ser respeitados pelos Estados, fossem ou não decorrentes do Direito natural, foi sobretudo – e não por acaso – depois dos horrores da segunda guerra mundial que eles foram declarados formalmente nos mais importantes textos internacionais e constitucionais, de modo a serem acolhidos, de forma incondicional, com plena imperatividade.

Assim, a Carta das Nações Unidas prescreve:

¹⁸ Estado Constitucional Cooperativo cit., págs. 11 e 12.

¹⁹ Cfr. Jorge Miranda, Curso de Direito Internacional Público, 4ª ed., Rio de Janeiro, 2009, págs. 25 e segs.; Valerio de Oliveira Mazzuoli, Curso de Direito Internacional Público, 5ª ed., São Paulo, 2010, págs. 104 e segs., e Autores citados.

²⁰ Cfr. Jorge Miranda, Curso ..., cit., págs. 105 e segs., e Autores citados.

– que todos os Estados, sejam ou não membros da Organização, devem agir de acordo com os seus princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais (art. 2.º, n.º 2);

– que, em caso de conflito entre as obrigações resultantes da Carta e as obrigações resultantes de qualquer outra convenção internacional, prevalecem as primeiras (art. 103.º).

O que se diz da Carta pode estender-se a qualquer outro tratado constitutivo de organização internacional enquanto fundamento de competência dos seus órgãos e que se impõe não só aos atos que estes pratiquem mas também aos tratados celebrados pelos Estados membros e mesmo a quaisquer outros de Direito interno.

Mais ainda: a Convenção de Montego Bay, de Direito do Mar, de 1982, dispõe, a propósito da Autoridade para os Fundos Marinhos, que qualquer revisão dos seus preceitos deve observar alguns princípios como o da consideração do alto mar como património comum da humanidade e o da sua utilização para fins pacíficos (art. 155.º, n.º 2). Pode pensar-se estarmos aqui perante uma espécie de cláusulas pétreas ou de limites materiais de revisão constitucional.

A Convenção de Viena de Direito dos Tratados, de 1969, retira as necessárias consequências do jus cogens:

– É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de Direito internacional geral (art. 53.º, 1.ª parte);

– Se sobreviver uma norma imperativa de Direito internacional geral, todo o tratado existente que for incompatível com esta norma tornar-se-á nulo (art. 64.º);

– Quando um tratado for nulo, as partes serão obrigadas: a) a eliminar, na medida do possível, as consequências de todo o ato praticado com base numa disposição que seja incompatível com a norma imperativa de Direito internacional geral; b) a tornar as suas relações mútuas conformes com essa norma (art. 71.º, n.º 1);

– Se um tratado se tornar nulo, a cessação da sua vigência: a) libertará as partes da obrigação de continuar a executar o tratado; b) não afetará nenhum direito, nenhuma obrigação, nem nenhuma situação jurídica das partes criadas pela execução do tratado antes de ele se extinguir, mas este direito, obrigação ou situação não se manterá no futuro, salvo na medida em que a sua eliminação não for em si mesma incompatível com a nova norma imperativa de Direito internacional geral (art. 71.º, n.º 2).

Torna-se indiscutível aqui não pequena aproximação à noção de força jurídica específica de certas normas frente a outras e, conseqüentemente, à noção de conformidade ou desconformidade entre normas de graus diversos. Conceitos nascidos no campo do Direito constitucional irradiam para o Direito das Gentes, assim como, reciprocamente, as adstrições provenientes da inserção dos Estados na vida jurídico-internacional se projetam sobre as Constituições, a começar pelas relações entre ordem interna e ordem internacional.

O que já não se antolha plausível (pelo menos, por enquanto) é ver-se aí, insisto, uma Constituição internacional ou mundial, similar ou homóloga das Constituições estatais.

8. Fenómeno inverso ao da irradiação de figuras constitucionais para o Direito internacional vem a ser o da implicação deste com as Constituições²¹.

Esta implicação patenteia-se, não é demais repetir, no jus cogens, na medida em que este adstringe os Estados não só nas relações entre si e com outros sujeitos, não só nas suas formas de vinculação internacional, mas também a nível interno, nas respetivas Constituições. Como estruturante da comunidade internacional, os princípios de jus cogens não podem, por isso, deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade.

Na sequência da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama a dignidade de todas as pessoas humanas e a Convenção de Viena de Direito dos Tratados enuncia expressamente os princípios de igualdade de direitos dos povos e do direito de disporem de si próprios, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, de não ingerência nos assuntos internos, da proibição da ameaça ou do emprego da força e do respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos.

Exprimindo uma consciência jurídica universal no presente período histórico, esses princípios constituem um título de legitimidade, senão de validade, de todas as Constituições e traduzem-se, por conseguinte, em limites ao poder constituinte. As Constituições portuguesa e brasileira referem alguns desses princípios nos arts. 7.º e 4.º, respetivamente, apenas a título meramente declarativo e a Constituição suíça (após 1999) prescreve que a sua revisão parcial não pode violar as regras imperativas do Direito internacional.

Em segundo lugar, todo o Direito internacional – geral ou comum, convencional e derivado de organizações internacionais e entidades afins – vigora ou tende a vigorar (com técnicas diversas) diretamente na ordem interna; e vigora mesmo que as Constituições não o digam.

21 Cfr. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, II, 7ª ed., Coimbra, 2013, págs. 60 e segs.

O alargamento das matérias objeto de normas internacionais e a emanação de muitas que só fazem sentido enquanto aplicáveis na ordem interna, o papel crescente das organizações internacionais e a irrupção do indivíduo como sujeito ativo ou passivo implicam uma integração sistemática cada vez mais estreita entre Direito estatal e Direito das Gentes.

E tais normas de Direito internacional primam sobre as leis ordinárias por duas razões evidentes: 1.º) pelo princípio geral de Direito segundo o qual está vedado a alguém que se vincule perante outrem desvincular-se depois por ato unilateral; 2.º) pelo interesse fundamental de segurança, certeza e harmonização de ordens jurídicas.

Em terceiro lugar, particularmente no domínio da proteção internacional dos direitos do homem, chega a haver Constituições (por exemplo, a espanhola no art. 10.º) que preveem a interpretação das suas normas em conformidade com os tratados sobre essas matérias; e Constituições (como a brasileira, no art. 5, § 3.º) que as declarem equivalentes às emendas constitucionais; assim como a jurisprudência constitucional dos países europeus partes da Convenção de Roma de 1950 atende, em não poucas das suas decisões, à jurisprudência do Tribunal Europeu (é o caso da jurisprudência constitucional portuguesa).

Em quarto lugar, por imperativo de segurança jurídica e de boa fé nas relações internacionais, qualquer Estado, depois de vinculado por tratado, não pode invocar a mudança da Constituição ou uma revisão constitucional para se desonerar das obrigações por ele assumidas. Só o pode fazer nos termos gerais da denúncia (arts. 54.º e segs. da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), salva responsabilidade internacional.

IV

- 9. Direito das relações externas dos Estados, o Direito internacional clássico apenas marginal e muito mediatamente conhecia o indivíduo, a pessoa singular; apenas o conhecia através das imunidades e da proteção diplomática e, mais tarde, através das Convenções da Cruz Vermelha. Pelo contrário, o Direito internacional contemporâneo, a partir de 1945, não só o toma como objeto das suas normas como, sobretudo, faz dele sujeito ativo e passivo. Daí poder falar-se em humanização.**

A crença oitocentista na Constituição supusera que, onde esta existisse, estariam necessariamente garantidos os direitos e liberdades fundamentais; nem a lei, obra da razão, os

poderia ofender. Postas em causa estas premissas, derrubadas todas as barreiras pelo poder político e, não raro, proclamada pelos governantes a subordinação dos direitos a desígnios coletivos, ideológicos ou transtemporais, torna-se óbvia a urgência de mecanismos jurídico-internacionais de salvaguarda daqueles direitos e liberdades; se não há ou não funcionam a nível interno mecanismos de defesa e promoção, eles têm de ser procurados a nível internacional.

A proteção diplomática (vinda desde os primórdios do Direito internacional) destina-se a permitir a cada Estado, por meio dos seus representantes diplomáticos e consulares, defender os seus cidadãos frente aos Estados estrangeiros em cujo território se encontrem ou residam. A proteção internacional, ao invés, visa assegurar direitos dos cidadãos perante o próprio Estado de que são membros; e entrecruzando-se, sem se confundir, com a proteção humanitária, distingue-se claramente desta, por se manifestar em todos os tempos e circunstâncias e não apenas em situações de necessidade (maxime de guerra)²².

O Direito internacional pode, entretanto, prever, em geometria variável, graus sucessivamente mais fortes de tutela: 1º) procedimentos diplomáticos tradicionais; 2º) informações obrigatórias a organizações internacionais; 3º) apreciação por organizações internacionais de queixas ou de outras formas de iniciativa de um Estado parte num tratado a respeito de violações que pretenda terem sido cometidas por outro Estado parte; 4º) atribuição às pessoas do direito de invocação das normas convencionais dos seus direitos tanto perante os tribunais internos como, mediante petições, comunicações ou queixas, perante órgãos internacionais, alguns com estrutura de tribunal.

Particularíssima atenção merece esta quarta modalidade, trazida pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 e, mais tarde, consagrada também, designadamente, no 1.º Protocolo Adicional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, nas Convenções sob Discriminação Racial e contra a Tortura e na Convenção Interamericana.

Acresce, um estágio ainda mais adiantado, um grau ainda mais intenso de proteção dos direitos da pessoa e de restrição dos poderes do Estado: é o Direito internacional penal ao cominar a criminalização das ofensas mais graves daqueles direitos e instituir tribunais para os punir. Não se tendo conseguido evitar tais violações e para prevenir outras no futuro, apela-se a uma justiça internacional²³.

Com primeiras expressões (se bem que discutíveis) nos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, um Direito internacional criminal dos direitos do homem foi-se desenvolvendo nas décadas seguintes e culminaria no estatuto de Roma, de 1998, do Tribunal Penal Internacional,

22 Cfr. Jorge Miranda, Curso ..., cit., págs. 253 e segs.; Valerio de Oliveira Mazzuoli, op. cit., págs. 803 e segs.; e Autores citados.

23 Jorge Miranda, Curso ..., cit., págs. 313 e segs.

que quer o Brasil quer Portugal ratificaram e que se encontra desde há alguns anos em funcionamento.

10. O terrorismo globalizado dos últimos anos e as respostas, por vezes, excessivas e violentas que tem obtido enfraquecem, evidentemente, este esforço de humanização e de solidariedade.

Todavia, esse terrorismo não diz respeito somente a este ou àquele Estado por mais poderoso ou – simultaneamente – mais vulnerável que seja. Diz respeito a toda a comunidade internacional; é ela também que é agredida. Por isso, apenas pode ser vencido, com observância das suas regras e do princípio da proporcionalidade. O pior que poderia acontecer à comunidade internacional e, especialmente, aos regimes políticos, democráticos, livres, pluralistas e representativos, seria, por causa do terrorismo, afastarem-se do Estado de Direito. Os direitos da pessoa são universais e indivisíveis²⁴.

V

11. Agora, Portugal e o Brasil.

Depois de muitos anos de incompreensão e de isolamento perante as grandes transformações do mundo e de hostilidade contra as Nações Unidas – os anos do regime autoritário findo em 1974, há quarenta anos – Portugal reabriu-se à comunidade internacional e retomou a tradição ecuménica de fraternidade entre os povos que haviam marcado os momentos mais altos da sua história.

Nisto consiste o jus-universalismo que marca a Constituição de 1976 – tal como, naturalmente em circunstâncias não idênticas, a Constituição brasileira de 1988.

12. Conforme consta do texto constitucional português (após sucessivas revisões):

– Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos

²⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *Os direitos e o terrorismo: os fins jamais justificam os meios, nem para um lado, nem para o outro*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2003, págs. 649 e segs.

internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade (art. 7.º, n.º 1)²⁵;

– Portugal preconiza o estabelecimento de um sistema de segurança coletiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos (art. 7.º, n.º 2);

– Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento (art. 7.º, n.º 3);

– Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa (art. 7.º, n.º 4);

– Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos (art. 7.º, n.º 5);

– Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e a execução de uma política externa, de segurança e de defesa comum, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia (art. 7.º, n.º 6);

– Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma (art. 7.º, n.º 7)²⁶;

– Incumbe ao Estado, em cooperação com todos os agentes culturais, desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa [art. 78.º, n.º 2, alínea d)];

– Uma das incumbências do Estado no âmbito económico-social é desenvolver as relações económicas com todos os povos [art. 81.º, alínea j)].

Por outro lado:

25 Sobre o art. 7º da Constituição, cfr., por todos, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 239 e segs.; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010, págs. 148 e segs.

26 Cfr. *Curso ...*, cit., págs. 334 e segs., e *Manual de Direito Constitucional*, II, 7ª ed., Coimbra, 2013, págs. 49-50.

- As normas e os princípios de Direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português (art. 8.º, n.º 1);
- As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português (art. 8.º, n.º 2);
- As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos (art. 8.º, n.º 3);
- As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 8.º, n.º 4);
- Prevalece na doutrina e na jurisprudência a supremacia do Direito internacional sobre o Direito ordinário interno²⁷ e a lei orgânica do Tribunal Constitucional explicita o poder dos tribunais em geral, com recurso para o Tribunal Constitucional, de recusarem a aplicação de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional [art. 70.º, n.º 1, alínea i)];
- O princípio da legalidade criminal não impede a punição, nos limites da lei interna, de ação ou omissão que, no momento da sua prática, seja considerada criminosa segundo os princípios gerais do Direito internacional comumente reconhecidos (art. 29.º, n.º 2).

13. Não menos claro vem a ser o sistema de direitos fundamentais:

- Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam, salvo exceções contadas, dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português (art. 15.º, nos 1 e 2);
- Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática (art. 15.º, n.º 3);
- A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de

27 Cfr. JORGE MIRANDA, *Curso ...*, cit., págs. 170 e segs., e Autores citados.

reciprocidade, capacidade eleitoral ativa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais (art. 15.º, n.º 4);

– A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu (art. 15.º, n.º 5);

– Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros não apenas constantes da lei como das regras aplicáveis de Direito internacional (art. 16.º, n.º 1);

– Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º, n.º 2);

– É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana (art. 33.º, n.º 8) e a lei define o estatuto de refugiado político (art. 33.º, n.º 9);

– A expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente em território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, assegurando a lei formas expeditas de decisão (art. 33.º, n.º 2);

– Sem prejuízo das normas de cooperação judiciária penal no âmbito da União Europeia, só é admitida a extradição por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada (art. 33.º, n.ºs 4 e 5);

– Não é admitida a extradição, nem a entrega, a qualquer título, por motivos políticos ou por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 33.º, n.º 6);

– A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial (art. 33.º, n.º 7).

14. Uma menção especial merece a referência à Declaração Universal – até pela novidade (ou

relativa novidade) que representou em 1976.

Comportando a Declaração Universal princípios gerais de Direito internacional, eles aplicar-se-iam sempre, enquanto tais, na ordem interna por virtude da cláusula de receção do Direito internacional geral ou comum do art. 8.º, n.º 1, da Constituição e da cláusula aberta de direitos fundamentais do art. 16.º, n.º 1²⁸.

O art. 16.º, n.º 2, eleva-os, porém, diretamente à categoria de princípios constitucionais, a par dos que estão inscritos no preâmbulo da Constituição e no articulado e de outros, ainda, que o legislador constituinte não tenha querido ou podido explicitar. E, desse jeito, integra a Constituição positiva portuguesa com "o ideal comum a atingir" ou a "conceção comum" de direitos e liberdades a que se reconduzem tais princípios; configura a Constituição em sentido formal e a Constituição em sentido material de modo a aí abranger a Declaração²⁹.

A função do art. 16.º, n.º 2, vem a ser dupla. Em primeiro lugar, ele situa os direitos fundamentais em Portugal num contexto mais vasto e mais sólido que o da ordem jurídica positiva do Estado, situa-os no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em segundo lugar, vai impregnar a Constituição dos princípios e valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, todas as normas da ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensadas e postas em prática.

Aos princípios em que se desdobra a Declaração Universal estendem-se todas as características e implicações próprias dos princípios consignados na Constituição (arts. 204.º, 277.º, n.º 1, e 290.º, n.º 2)³⁰.

A interpretação da Constituição conforme com a Declaração torna-se tanto mais fácil quanto é certo que ela foi uma das suas fontes, como se reconhece confrontando o teor de uma e de outra. Mas para lá de correspondências mais ou menos claras, deparam-se mesmo

28 V. A *Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos do Homem*, Lisboa, 1977, pág. XII, e *Manual...*, IV, 5ª ed., Coimbra, 2012, págs. 183 e segs.

29 Cfr. as várias perspectivas de AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, págs. 325-326; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, in *Polis*, II, 1984, págs. 11 e segs.; PAULO OTERO, *Declaração Universal dos Direitos do Homem: a inconstitucionalidade de normas constitucionais*, in *O Direito*, 1990, págs. 603 e segs.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição portuguesa*, in *Ab uno ad omnes*, obra coletiva, Coimbra, 1998, págs. 925 e segs.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa*, II, Coimbra, 2006, págs. 328 e segs.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça constitucional*, I, 2ª ed., Coimbra, 2006, pág. 70; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, I, 4ª ed., pág. 367.

30 Considerando a Declaração Universal elemento relevante para a formulação de juízo de inconstitucionalidade, por exemplo, o acórdão nº 222/90 do Tribunal Constitucional, de 20 de junho, in *Diário da República*, 2ª série, nº 215, de 17 de setembro de 1990. Diferentemente, acórdão nº 99/88, de 28 de abril, *ibidem*, 2ª série, nº 193, de 22 de agosto de 1988.

Cfr. outrossim referências à Declaração Universal em, por exemplo, parecer nº 2/81 da Comissão Constitucional, de 13 de fevereiro, in *Pareceres*, XIV, pág. 265; acórdão nº 63/85 do Tribunal Constitucional, de 16 de abril, in *Diário da República*, 2ª série, de 12 de junho de 1985; acórdão nº 287/90, de 30 de outubro, *ibidem*, 2ª série, de 20 de fevereiro de 1991; acórdão nº 507/94, de 14 de julho, *ibidem*, 2ª série, de 12 de dezembro de 1994; acórdão nº 442/2007, de 14 de agosto, *ibidem*, 1ª série, de 11 de setembro de 2007.

alguns artigos da Declaração, que, com utilidade, esclarecem normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localização ou de formulação, propiciam perspectivas mais ricas do que, aparentemente, as perspectivas do texto emanado do Direito interno³¹.

Quanto à integração de preceitos constitucionais e legais pela Declaração Universal, isso significa que se pode e deve completar os direitos ou, porventura, as restrições aos direitos constantes da Constituição com quaisquer direitos ou faculdades ou com restrições aos direitos que se encontrem na Declaração.

Com efeito, porque, se o art. 16.º, n.º 2, coloca a interpretação da Constituição no quadro da Declaração, então o sistema de tutela de direitos fundamentais abarca-a necessariamente e as lacunas da Constituição têm de ser recortadas nesse âmbito.

A questão é, aliás, quase académica em face do texto da Constituição, o qual vai muito além tanto da Declaração Universal quanto dos Pactos Internacionais de 1966. Com efeito, tirando princípios de civilização tão incontestáveis que seria escusado à Constituição proclamá-los (como os dos arts. 4.º e 6.º da Declaração) e um princípio específico de Direito internacional (como o do art. 15.º, n.º 1), poucas são as proposições que tenham um conteúdo mais preciso que o das normas constitucionais ou que nelas não tenham correspondência. São apenas os arts. 15.º, n.º 2, 2ª parte (direito de mudar de cidadania), 17.º, n.º 2 (na medida em que a proibição de privações arbitrárias da propriedade deve abarcar quer a propriedade privada, quer a propriedade comunitária e quaisquer outras que venham a existir), 24.º (direito de todas as pessoas, e não só dos trabalhadores, ao repouso e aos lazeres) e os arts. 29.º e 30.º (deveres e limites dos direitos)³².

O ponto só ganharia acuidade se, por hipótese, em eventual revisão constitucional, se diminuísse o seu elenco de direitos, o que se não afigura conjeturável.

31 É o que sucede (ainda depois de todas as revisões constitucionais):

- com o art. 1.º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e à consciência de que todos os homens são dotados;
- com o art. 2.º, 1ª parte, ao esclarecer que as causas de discriminação indicadas o são a título exemplificativo (“nomeadamente”) e não a título taxativo;
- com o art. 2.º, 2ª parte, ao impor um tratamento por igual aos estrangeiros (completando os arts. 13.º, n.º 2, e 15.º, n.º 1, da Constituição);
- com o art. 9.º, ao declarar que ninguém pode ser arbitrariamente exilado (princípio subjacente ao art. 33.º da Constituição);
- com o art. 16.º, n.º 1, ao declarar que “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar” o que inculca a inadmissibilidade de casamento (embora não de qualquer outra forma de união civil) entre pessoas do mesmo sexo;
- com o art. 16.º, n.º 2, ao estipular que o casamento exige “o livre e pleno consentimento dos esposos” (o que só está implícito no art. 36.º, n.º 1);
- com o art. 18.º, ao distinguir liberdade de pensamento e liberdade de consciência;
- com o art. 22.º, 2ª parte, ao fazer depender a realização dos direitos económicos, sociais e culturais do esforço nacional e da cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos do país (como está apenas pressuposto nos arts. 7.º, 9.º e 81.º);
- com o art. 26.º, n.º 3, ao declarar que aos pais pertence a prioridade do direito de escolha do género de educação a dar aos filhos (o que reforça a garantia contida nos arts. 36.º, n.º 5, e 67.º, n.º 2, alínea c), e não é sem consequências sobre os arts. 43.º, 74.º e 75.º).

32 Sobre o art. 29.º, em particular, v. *Manual ...*, IV, cit., págs. 189 e segs.

15. O jus-universalismo acha-se outrossim presente na Constituição brasileira:

- A República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios de independência nacional, da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, da não intervenção, da igualdade entre os Estados, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e da concessão de asilo político (art. 4.º);
- A República Federativa do Brasil buscará a integração económica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4.º, § único);
- Garante-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5.º, caput);
- Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5.º-LII);
- O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (art. 5.º, § 4.º).

16. O constituinte brasileiro não consagrou, contudo, nenhuma norma concernente à relevância do Direito internacional.

Encontram-se elementos contraditórios no texto da Carta Básica. Por um lado, o processo de aprovação dos tratados aponta claramente para um sistema de transformação. Por outro lado, porém, o longo elenco de princípios e objetivos das relações internacionais (art. 4.º) patenteia uma conceção jus-universalista, muito mais consentânea com a receção automática; e o mesmo se diga de preceitos avulsos em que, à semelhança do que sucede em Portugal, se pressupõe uma aplicação direta na ordem interna [os arts. 102.º-III, alínea a), 105.º-III, 178.º e 192.º]³³.

A meu ver, o incremento imparável das normas de Direito das Gentes, o papel crescente do Brasil na institucionalização da comunidade internacional, o Mercosul e os princípios e objetivos traçados pela Constituição (art. 4.º) não-de fazer pender a balança, mais cedo ou mais tarde, para a receção automática plena.

33 Sobre o problema, desenvolvimente, FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA, *A incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Análise do tema à luz do direito constitucional*, in *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, obra coletiva, São Paulo, 2003, págs. 48 e segs.; ANTENOR MADRUGA, *Constituição brasileira de 2008 – monista ou dualista?*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 179, julho-setembro de 2008, págs. 135 e segs.; PAULO BARBA CASELA, *Direito Internacional e Direito Interna na CR (1988)*, in *20 anos da Constituição cidadã de 1988*, obra coletiva, Rio de Janeiro, 2008, págs. 483 e ss.; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *op.cit.*, pág. 99.

Ao invés, dúvidas não há acerca da incorporação dos tratados de salvaguarda de direitos do homem. Estes vigoram diretamente, enquanto tais, pois estabelecem outros direitos para lá do que a Constituição prevê (art. 5.º, § 2.º) e até, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão, como já disse, equivalentes às emendas constitucionais (art. 5.º, § 3.º)³⁴.

34 VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *op.cit.*, págs. 817 e segs.



OS ATOS POLÍTICOS NO CONSTITUCIONALISMO

Sergio Victor Tamer

*Presidente do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública - CECGP
e doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca.
sergiotamer@gmail.com*

“ No fundo, o que se discute, não é o direito ou a obrigação de julgar, mas algo de mais profundo: a relação entre o juízo normativo e o juízo político, a relação entre o direito e a política.”

CRISTINA M.M. QUEIROZ, in *Os Actos Políticos no Estado de Direito – O problema do controle político do poder*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 210.

01. ANTECEDENTES DO CONTENCIOSO

1.1 A questão política e os atos de governo

Pelo menos dois momentos decisivos na história do constitucionalismo marcaram a teoria dos atos políticos e, com ela, a delimitação da esfera de competência do contencioso administrativo: a political question doctrine, na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e os actes de gouvernement, na jurisprudência do Conselho de Estado francês. O primeiro desses momentos está voltado para o juízo de constitucionalidade dos atos praticados pelo Executivo ou o Legislativo, enquanto que a teoria dos “atos de governo” circunscreve-se ao âmbito da legalidade¹. O sistema americano teve forte influência no direito brasileiro e resultou no princípio da unidade de jurisdição (inexistência de tribunais administrativos e competência dos tribunais comuns para decidirem litígios jurídico-administrativos); o outro mecanismo

¹ Para Fábio Konder Comparato a razão é óbvia: na França, o juízo de constitucionalidade das leis é recentíssimo, pois remonta à Constituição de 1958 e à criação do Conselho Constitucional, como órgão judicante separado do Poder Judiciário. - in A ‘questão política’ nas Medidas Provisórias: um estudo de caso. Rev. Minist. Público, Rio de Janeiro, RJ, (15), 2002.

de controlo fincou seus fundamentos no estado português, onde fortaleceu o sistema de administração executiva (jurisdição autônoma, integrada por tribunais administrativos em duas instâncias de decisão) – fato que, como se observa, deu origem a modelos jurídico-administrativos diferentes, com inevitáveis repercussões no enfrentamento da questão política, como se verá mais adiante.

No entanto, uma das mais agudas questões relacionadas ao tema passa pelo “controle jurídico do poder, pela imunidade jurídica do poder”. É que, em tese, as matérias administrativas podem sofrer o crivo do judiciário, a política, não, ou pelo menos, naqueles assuntos considerados “politicamente delicados.”²

Por isso não basta, como bem salientou MOREIRA NETO³, a legitimidade da detenção do poder, e a do exercício do poder, embora estas sejam as mais evidentes, mas sim como se caracteriza a legitimidade na atribuição, na destinação e, sobretudo, no controle do poder político. De fato, legitimidade e legalidade, política e direito, são assuntos inevitáveis na abordagem do tema e se constituem, como decorrência natural, em um de seus pressupostos. Para VALMAYOR⁴, somente o estudo das características da política e a posição que ocupa em relação ao direito é que possibilitará um adequado entendimento das relações existentes entre os chamados atos políticos (que ele nega como uma atividade política independente), e os atos jurídicos, que compreenderiam aqueles “como manifestação real e externa do direito”. Em BOBBIO⁵, que estabeleceu uma teoria geral da política, fomos buscar alguns dos ensinamentos mais pertinentes para o tratamento da matéria.

Com efeito, é de indagar-se se cabe, em relação a tais atos, um Poder determinar ao outro o que deve ou não fazer sem violar o princípio clássico da separação? Ou, sob outro ponto de vista, é de perquirir-se: qual o ponto de equilíbrio entre a promoção do controle judicial dos atos políticos, e a autonomia política da Administração? E se os atos políticos ferirem direitos subjetivos, imediatos ou não, que tipo de controlo poderá haver sobre eles? E em ferindo a Constituição, o ato político executivo, ou legislativo, poderá ser anulado pelo Poder judiciário?

QUEIROZ afirma, com propriedade, no seu sempre referido trabalho sobre os atos políticos no Estado de direito, que o que se discute, no fundo, “não é o direito ou a obrigação de julgar,

2 QUEIROZ, Cristina, M. M. Os Actos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Ed. Almedina, 1990.

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Teoria do Poder (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 225

4 VALMAYOR, Jose Luis Carro y Fernandez. Notas sobre a distinção entre a actividad política y administrativa, in Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, tomo IV, 1969, p. 599

5 BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política. Rio de Janeiro: Editora Campus, trad. de Daniela Beccaccia Versiani, 2000, p. 232/252.

mas algo de mais profundo: a relação entre o juízo normativo e o juízo político, a relação entre o direito e a política." Em última análise, diríamos nós que é a relação entre o poder e as garantias individuais .

Assim, CABRAL DE MONCADA⁶, na clássica lição sobre a filosofia do Direito e do Estado, sublinhou que nas relações entre o direito e a política, o que se pretende apreciar não são meras relações entre conceitos, mas sim entre realidades concretas do mesmo gênero, ou seja, entre um "direito positivo" e uma "política positiva". Demais, o estudo do tema estaria intimamente ligado à ideia do Estado democrático e de direito, em suma, à ideia da liberdade e de justiça. Com razão, o emérito professor de Coimbra aduz que não pode haver "valores", nem "normas", nem dever-ser algum sem haver liberdade : é que "só para uma consciência livre faz sentido dizer que alguma coisa vale e deve ser ." Assim, direito e vida política se afiguram como "os dois lados incidíveis duma só e mesma ideia."

Brasil e Portugal, como já se assinalou, têm sistemas jurídicoadministrativos distintos e, portanto, com diferentes formas de enfrentamento do tema. Por isso, os estudos aqui desenvolvidos passam pelo estádio atual do modelo administrativista português, bem como pela visão da jurisdição administrativa exercida hoje no Brasil, com o seu sistema de controlo dos atos políticos e os inevitáveis pontos de colisão na doutrina acerca do objeto deste estudo. Para uma melhor compreensão dos modelos referidos começemos, então, com uma breve visão histórica da teoria dos "atos de governo" na jurisprudência do Conselho de Estado francês.

02. Ato político: a matriz francesa.

Oriundo do *acte de gouvernement*, o ato político ou de governo nasceu com a jurisprudência do *Conseil d'Etat*, o qual, num primeiro momento, tinha por missão preparar os projetos de lei e o assessoramento do Primeiro Conselheiro, sendo, assim, um órgão de mera consulta jurídica do executivo⁷. Posteriormente, passou a estender sua competência às matérias contenciosas ao criar a *Comission du contentieux*, em 1806. Perante essa "comissão do contencioso", as partes expunham as suas teses nos termos de um processo do tipo jurisdicional, mediante advogados que atuavam junto do Conselho de Estado e da Corte de Cassação.

Transmudou-se, então, o Conselho de Estado, de corpo consultivo a órgão máximo de

6 CABRAL DE MONCADA, L. Filosofia do Direito e do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Parte II - p.149

7 O Conselho de Estado foi criado pelo artigo 52 da Constituição consular de 22 (...)do ano VIII (15 de dezembro de 1799), substituindo ao sistema criado pelas Constituições de 1791 e 1795, que confiavam os juízos sobre a legitimidade da acção administrativa à mesma administração - Conf. José Luis Carro y Fernández-Valmayor, La dctrina del acto político in Revista de Administracion Publica, Madrid, 1967, p. 75.

justiça administrativa, muito embora adotasse o sistema de *justice retenue* pelo qual caberia ao Chefe de Estado a decisão final sobre o caso em litígio. Mas o costume consolidou-se no sentido do Chefe do Estado confirmar a solução proposta pelo Conselho de Estado, o que se constituiu num fato importante para o Conselho passar da *justice retenue* à *justice déléguée* e ver reconhecida a sua natureza de um autêntico órgão jurisdicional. Com a queda do Império napoleônico e o aparecimento da terceira República, o Conselho de Estado viu restaurada, em toda a sua amplitude, o seu poder de jurisdição, conforme a Lei de 24 de maio de 1872. A administração fica, desta forma, submetida ao controlo de uma reconhecida jurisdição, que decide diretamente “em nome do povo francês”, além da criação de um Tribunal de Conflitos, composto por um número igual de membros do Conselho de Estado e de conselheiros da Corte de Cassação. Os conflitos de competência, entre a jurisdição administrativa e judiciária passam, então, a ser prerrogativa deste tribunal.

Pode-se distinguir, em princípio, e resumidamente, duas fases na evolução do sistema. A primeira vai do acórdão *Laffite*, de 1822, ao acórdão Príncipe Napoleão, de 1875. Nesse interregno, o Conselho de Estado decidiu que não cabia recurso ao Poder Judiciário, bem como à jurisdição administrativa, quando os atos impugnados dissessem respeito à “alta política”, isto é, quando a Administração invocasse ter procedido com um “objetivo político”⁸.

Numa segunda fase, compreendida do acórdão Napoleão até a entrada em vigor da Constituição de 1958, a tese do “objetivo político” foi afastada, e o órgão de contencioso administrativo, por sua jurisprudência, passou a proclamar que alguns atos, “aparentemente administrativos”, não ensejariam, “pela sua natureza”, nenhum debate pela via contenciosa; ou que um ato, “em razão de sua natureza”, foge a todo controle jurisdicional. Estabeleceu-se, então, consoante COMPARATO, “empiricamente e sem nenhuma sistematicidade”, uma lista de “*actes de gouvernement*”, cuja prática não daria ensejo a um juízo de validade nem à responsabilidade administrativa⁹.

Ressalte-se, contudo, que desde 1872 o Conselho de Estado passou a implementar a sua filosofia política, haurida da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). WEIL¹⁰ toma como parâmetro o célebre aresto Blanco, quando o Tribunal dos Conflitos estabelece o princípio da responsabilidade do Estado que não é “nem geral, nem absoluta”, e que tem “as suas regras especiais” que só a jurisdição administrativa é competente para aplicar. Outros

8 COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política” nas Medidas Provisórias. Rio de Janeiro: Rev. do Ministério Público (15), 2002, p.126

9 COMPARATO, ob. cit., p. 126

10 WEIL, Prosper. O Direito Administrativo. Trad. de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.

arestos irão seguir-se, estabelecendo os princípios fundamentais do contencioso: o controlo do juiz administrativo vai exercer-se mesmo quando a decisão atacada tenha sido inspirada por motivos políticos; as condições de admissibilidade do recurso por “excesso de poder” tornam-se mais flexíveis e ampliam-se os meios de anulação; afirma-se a responsabilidade do Estado, tal como a sua distinção da responsabilidade pessoal dos funcionários; a teoria dos contratos administrativos adquire a sua fisionomia própria e a da decisão executória ganha corpo¹¹. Desse auspicioso período, WEIL observa que, mais do que princípios e soluções, são os dogmas sobre os quais ele está assente que constituem a sua herança maior. O primeiro deles, o primado do indivíduo face ao Estado e a afirmação de “direitos naturais e imprescritíveis do homem”. É a fase do “cidadão contra os poderes”, nomeadamente contra o executivo, já considerado como o Poder que “encerrava o nível maior de perigos para os seus direitos fundamentais”.

03. Duas decisões e uma teoria

Surge, nessa época (1875), com o aresto Príncipe Napoleão, a teoria da natureza do ato¹² em substituição à antiga teoria do móvel político¹³ a qual veio demarcar a esfera de emanção dos atos políticos e atos administrativos em função da distinção das atividades governamental e administrativa. Mais tarde (1889), o Tribunal de conflitos iria seguir esse mesmo entendimento, em pronunciamento proferido no recurso Dufeuille. Duas são, portanto,

11 Conf. Prosper Weil, ob. cit., p.16/17.

12 Para os adeptos da teoria da natureza do acto, entre os quais Aucoc, Ducrocq, Laferrière e Dareste, o acto de governar é definido não pelo fim perseguido, mas pelo esclarecimento das noções governar e administrar, Governo e Administração. (J. Cretella Júnior, Tratado de Direito Administrativo, p. 120). Na doutrina de VALMAYOR: “Constitui esta teoria a antítese da anterior; afirma que os actos políticos são, em razão de sua própria natureza, objetivamente distintos dos actos administrativos, e intenta estabelecer uma clara distinção entre actividade política e actividade administrativa. Esta teoria, acolhida pelo Conselho de Estado francês no célebre arrêr Príncipe Napoleão de 17 de fevereiro de 1875, foi a mais difundida em França até a Primeira Guerra Mundial. O acto administrativo – segundo a nova direcção doutrinal – não muda de natureza e, portanto, não se subtrai ao controlo do juiz administrativo, ainda que se realize com base em um móvel ou causa política: os actos políticos têm uma natureza própria e distinta da dos actos administrativos”. – FERNÁNDEZ-VALMAYOR, JOSÉ LUIS CARRO Y. *La doctrina del acto político*. Madrid: Revista de Administracion Publica, 1967, p. 87/88.

13 Também chamada de teoria teológica ou teoria finalística. Esta posição consagrava, de forma temerária, a ideia de *razão de estado*, a qual possibilitava, quando aceita, a vitória do arbitrário governamental, sob a capa de interesse, bastando, para isso, estender, indefinidamente, o campo dos mencionados actos. Caiu em fins do século XIX, diante do corajoso pronunciamento daquela Corte, em 19 de fevereiro de 1875 (*Caso do Príncipe Napoleão*). Sobre essa doutrina, DUFOR, in *Traité de droit administratif appliqué*, 1856, vol. V, p.128, escreveu: “*O que faz o acto de governo é o fim a que se propõe o editor da medida. O acto que tem por fim defender a sociedade, considerada em si mesma, ou personificada no Governo, contra inimigos internos ou externos, declarados ou ocultos, presentes ou futuros – eis o acto de governo.*” – Conf. José Cretella Júnior in *Tratado de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, v. II, p.120. / Para VALMAYOR, esta teoria – elaborada pela doutrina francesa –, é a primeira em ordem cronológica; com base nela um acto se qualifica de político quando sua emanção se referir a um móvel de ordem política. É o sistema adoptado pelo Conselho de Estado francês nos primeiros tempos da elaboração da teoria dos *actes de gouvernement*, até o advento da Terceira República. Afirmava DUFOR – um dos principais representantes desta teoria(...) Como facilmente se pode constatar, a teoria do móvel representa o perigo de graves abusos por parte do Executivo, sobretudo em regimes autoritários, eis que a missão do juiz se reduz neste caso a comprovar o motivo político alegado pelo Governo e em consequência declarar-se incompetente. – FERNÁNDEZ-VALMAYOR, JOSÉ LUIS CARRO Y. *La doctrina del acto político*. Madrid: Revista de Administracion Publica, 1967, p. 86.

as decisões que vão determinar, por muito tempo, a prevalência da nova teoria. Destarte, ao apreciar, em 1875, o recurso do príncipe Napoleão José Bonaparte contra uma decisão do Ministro da Guerra que não tinha incluído o seu nome na lista de generais de divisão publicada no anuário militar, o Conselho de Estado refutou a exceção de *politividade* deduzida pelo ministro e examinou o mérito do recurso : "... *não é suficiente para que um ato, emanado do governo ou de um de seus representantes, tenha sido deliberado em Conselho de Ministros ou que ele tenha sido ditado por um interesse político*" – sempre que aos atos impugnados se reconheça uma natureza objetivamente administrativa.

Criado pela segunda República e restabelecido definitivamente pela Lei de 1872, após ter sido suprimido durante o segundo Império, o Tribunal de conflitos viria adotar essa mesma posição. Nesse sentido, a sentença de 23 de março de 1889 (recurso Dufeille), em que o Tribunal estabelece que o sequestro de uns impressos ordenado com fins políticos por um Chefe de Polícia por ordem do Ministro do Interior, "*não muda de natureza pelo fato de ser decretado dentro de um objetivo político e que a medida tem sido autorizada pelas Câmaras; as diversas circunstâncias não lhe teriam dado a característica de ato administrativo ou de ato de governo.*" Esta nova solução para os problemas dos atos políticos se manteve na doutrina e na jurisprudência francesa até a primeira Guerra Mundial.

Numa outra fase, cujo início remonta grosso modo ao período imediatamente posterior a 1945, o Conselho de Estado passou a admitir a judiciabilidade de alguns atos que tradicionalmente eram considerados imunes ao controle judicial ou administrativo, notadamente a proclamação do estado de sítio por uma autoridade administrativa e os decretos de extradição.

Hodiernamente, os atos insuscetíveis de controle, quer pelo Judiciário, quer pelo Conselho de Estado, são de duas ordens: (1) – os atos que dizem respeito às relações entre os órgãos estatais, fora da Administração Pública, como o Governo e o Parlamento; e, (2) – os atos concernentes às relações entre os Poderes Públicos franceses e as autoridades estrangeiras, como os tratados internacionais. No entanto, mesmo em relação a essas duas exceções, a posição de recusa de julgamento não é absoluta, a tal ponto que alguns autores falam ironicamente de "*introuvable acte de gouvernement.*"¹⁴

Dentro desse breve panorama histórico, VALMAYOR¹⁵ fixa três pontos para a questão:

14 Cf. Georges Vedel e Pierre Devolve, *Droit Administratif*, 11^a. Ed., vol. I, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 511, apud Fábio Konder Comparato, *ob. cit.*

15 *Ob.cit.*, p. 84

(1) o conceito de ato político se construiu sempre como distinto do ato administrativo e com um significado muito concreto; significado que na França, como se viu, foi dado pela jurisprudência do Conselho de Estado; (2) o Conselho de Estado francês era sempre juiz soberano da “politicidade” do ato; e, (3) ao subtrair do Governo a faculdade de decidir sobre a natureza de seus atos representa – e representou – um indubitável aumento de garantias para os direitos dos particulares.

3.2 Surgem as primeiras definições

VALMAYOR¹⁶ reconhece que o conceito de ato político tem sido um dos mais árduos problemas da doutrina juspublicista, na mesma proporção da sua amplitude e importância para o princípio da legalidade da ação estatal e do próprio conceito de Estado de direito. De fato, o assunto sempre instigou os administrativistas que, ao longo do tempo, tentaram construir uma definição que pudesse sintetizar a sua verdadeira dimensão. Tomemos, por ora, algumas elaborações mais antigas, que se sucederão neste tópico, a exemplo da formulada por VITTA¹⁷, para quem o ato político, em essência, nada mais é do que ato de alta polícia. FRAGOLA¹⁸, por sua vez, leciona que atos políticos ou de governo “são atos que se referem à defesa do Estado e de suas instituições contra eventuais ataques internos e externos. Mais particularmente: os que concernem às relações constitucionais do Estado e, sobretudo à ordem pública do país, como, por exemplo, a ordem relativa ao estado de sítio ou ao toque de recolher, quando se trata da tutela da ordem pública. Tais atos são políticos e, pois, incontestáveis diante do magistrado competente.” RANELLETTI¹⁹, aduz que ato político é aquele que promana do Governo, no exercício do poder político. O seu cerne seria “a tutela das exigências supremas da vida do Estado”, sendo que prefere o interesse do Estado ao invés da *execução direta da lei constitucional como causa determinante do ato*. BIELSA²⁰, faz a distinção entre a consideração *material e formal* do ato político, entendendo, sob o primeiro aspecto, como *políticas*, “as decisões do Poder Legislativo, no exercício de atribuições próprias e, eventualmente, as decisões do Poder Executivo, sem subordinar-se, regra geral, à lei alguma, ditadas em defesa da segurança do Estado e da Constituição.” Sob o segundo aspecto, “os atos legislativos que, em princípio, devem emanar do Congresso e só, eventualmente, do Poder Executivo. Mas, ainda neste último caso, integram-se os atos políticos com a intervenção de uma Câmara

16 VALMAYOR, José Luis Carro y. La doctrina del acto político. Instituto de Estudios Políticos, Madrid: maio/agosto de 1967, p. 73-130

17 VITTA, Cino. Diritto amministrativo. Torino: UTET, 3ª. ed., vol.I, p.289, 1949

18 FRAGOLA, Manuale di diritto amministrativo, 4ª. ed., Napoli, 1949, Editrice Humus, Pellerano-Del Gaudio-Editori.

19 RANELLETTI, Oreste. Teoria degli atti amministrativi speciali. Milano: Dott.A. Giuffrè-Editore, 7ª. ed., p.37, 1945.

20 BIELSA, Rafael. Principios de derecho administrativo. Buenos Aires: Libreria y Editorial El Ateneo, 3ª. ed., p. 65, 1963.

Legislativa, geralmente o Senado, como, por exemplo, os atos relativos à ordem internacional e à nomeação de membros do Poder Judiciário." Segundo BIELSA, por não serem suscetíveis de recursos, os atos de governo geram apenas responsabilidade política ou moral.

Os franceses também enfrentaram o tema e contribuíram com algumas definições. RIVERO²¹, neste ponto, destacou a diferença entre Governo e Administração ao afirmar que "governar é tomar decisões essenciais que dizem respeito ao futuro nacional." LAUBADÈRE²², realçou as "razões extrajurídicas" existentes na base do ato político, no que foi seguido, dentre outros, por VEDEL²³. Essa categoria de ato passou, então, a ser definida como "insuscetível de todo e qualquer recurso diante dos tribunais." Assim, WALINE²⁴ distingue ato de governo como sendo o ato de autoridade executiva que não é suscetível de nenhum recurso, quer de anulação, quer de indenização. DUFOUR²⁵ propunha a conceituação de atos políticos como aqueles destinados à defesa da sociedade em face de seus inimigos. DUGUIT²⁶ via na *finalidade* um componente diferenciador: o ato administrativo seria político, se política fosse a sua finalidade. O espanhol VALMAYOR²⁷ constata que uma parte da doutrina francesa do final do século 19 e princípios do século 20 intentou definir os atos políticos como atos de execução direta e imediata de uma disposição formal da Constituição. Neste sentido, "se dizia que o Poder executivo atua como Governo quando executa normas constitucionais e se dirige a *viser a l'ensemble de l'Etat á la sauvegarde des interets supremes et a l'harmonisation de l'exercice des pouvoirs constitués.*" FAGUNDES²⁸, sob outro ângulo, observa que um critério *empírico* impediria os órgãos jurisdicionais franceses a apreciar os atos administrativos revestidos de caráter político: quando, em face de seus objetivos, fosse *inconveniente* sujeitá-los ao controle jurisdicional.

Nesse campo, QUEIRÓ²⁹ foi um dos primeiros administrativistas, em Portugal, a estabelecer as bases para uma teoria dos atos de governo. Para ele, esse ato pertence a um certo "regime de isenção absoluta do controlo jurisdicional que antes de tudo lhes confere a natureza de

21 RIVERO, Jean. Droit administratif. Paris: 15^a. ed., p.11, 1994, em colab. com Jean Waline

22 LAUBADÈRE, André de. Traité élémentaire de droit administratif. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 6^a. ed., vol.I, p.230, 1963.

23 VEDEL, Georges. Droit administratif. Paris: Presses Universitaires de France, 5^a. ed., p.306, 1973.

24 WALINE, Marcel. Droit administratif. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 9^a. ed., p. 271, 1963.

25 Traité de droit administratif appliqué, apud Cristina Queiroz, Os actos políticos...Livr. Almedina, 1990

26 DUGUIT, Leon. Traité de Droit Constitutionnel. Edição de E. de Boccard, vol. II, p. 306 apud FAGUNDES, Miguel Seabra, ob. cit., p. 186

27 VALMAYOR, ob. cit., p.88

28 FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 185.

29 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Teoria dos actos de governo. Coimbra: Coimbra Editora, p. 32, 1948

matérias políticas – e não qualquer *quid* 'metafísico' especial. A natureza *política* de certos atos só pode ser reconhecida a partir do regime contencioso a que estão sujeitos." Assim – , "é o legislador que aprecia qual o grau de independência que deve ser concedido ao Executivo perante a Justiça administrativa e, conseqüentemente, qual o relevo político que a esta deve ser atribuído." Em outras palavras: o legislador subtrai à regra da sujeição ao contencioso administrativo uma parcela da atividade do Executivo a que se convencionou chamar de "atividade de governo". E porque age desta forma? Por considerar que nesse domínio convém deixar toda a independência aos respectivos agentes em face dos tribunais. QUEIRÓ, a esta altura, traça uma linha divisória entre os atos políticos e os tribunais: "trata-se de atos visando a prossecução de interesses ou a satisfação de necessidades com um grau de intensidade tal que a sua prática, no parecer do legislador, não pode ficar dependente da eventual opinião contrária dos tribunais do contencioso administrativo."

Vê-se, assim, que parcela ponderável da doutrina propõe a dicotomia das atividades políticas do Estado de suas tarefas tipicamente administrativas. BARBOSA³⁰, no Brasil, pautando a questão pela discricionariedade do poder, já no início do século 20 colocava o problema da seguinte forma: como reconhecer este gênero especial de questões? Quais são os poderes exclusivamente políticos? Dizia, então, que "...quando à função de um poder, governativo ou legislativo, não corresponde, fronteiramente, um direito constitucional da entidade, natural ou moral, que a ação desse poder interessa e poderá ferir, um tal poder está confiado, pela sua natureza, ao arbítrio da autoridade, em quem reside. É um poder *discricionário*, e, como poder discricionário, seria palpável contradição nos termos que sofresse restrição pela interferência coibitiva de outro. De sorte que a noção abstrata de poder *meramente político* se define praticamente pela noção concreta dos poderes *discricionários*." FAGUNDES³¹, em obra clássica sobre esta temática, ensina que "questão exclusivamente política" é a que resulta de ato administrativo de sentido exclusivamente político, estabelecendo, a seguir, três gradações de atos: *o ato administrativo*, como gênero; *o ato político*, como espécie; e *o ato exclusivamente político*, como subespécie. Finalidade e conteúdo seriam os elementos diferenciadores do ato político em relação ao ato administrativo não-político. Desta maneira, o controlo jurisdicional dar-se-ia em função de direitos subjetivos eventualmente afetados e não em razão da "natureza do ato". Controlo esse que incidiria sobre o ato que, mesmo sem ocasionar lesão direta a direitos expressamente garantidos, permitisse o desdobramento de

30 BARBOSA, Rui. A objeção do caso político, in O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983, LXXXIV, 294p.(Obras Completas de Rui Barbosa, v. 37, t. 5, 1910) , p. 114.

31 FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p.183/184.

medidas que os atingissem. Mas seria um controlo limitado a saber, segundo RUI BARBOSA, se o ato político importara no exercício de “atribuição inexistente” ou na “exorbitância de atribuição existente”.

Porém, de um modo geral, a doutrina entendia que a competência judicial cessava quando uma questão ou um ato de poder fossem meramente políticos. Após esse intenso debate acadêmico, um outro ângulo do problema se mostrava e que perpassa até aos nossos dias, qual seja, como deixar sem limitação o Poder Legislativo e o Executivo? Ou, sob outro enfoque: até onde pode ir o controlo e a contenção do Judiciário em relação aos atos políticos?

04. Política e direito: uma breve nota.

Cabe, a esta altura, uma breve reflexão sobre os caminhos da política e do direito, cuja relação e interdependência recíproca nos mostram, desde logo, a notável complexidade existente e a pertinência com o tema deste trabalho.

4.1 A filosofia de Norberto Bobbio

Ao teorizar sobre a matéria, BOBBIO³² diz que a política se comunica com o direito em pelo menos dois pontos distintos: (a) - o exercício da política através do direito; e (b) – a delimitação e disciplina da ação política pelo direito. No primeiro ponto, a ordem jurídica, como é inevitável, representa simplesmente a vontade do poder político. Assim, o direito³³ nada mais seria do que um produto do poder, sendo que o nexó entre poder político e direito seria tão somente a força física. No entanto, para os que acreditam que há de haver uma correspondência das leis ao ideal de justiça, o direito, então, deixa de ser, unicamente, o produto da vontade dominante. Mas, para que não haja, aqui também, em última instância, a interferência do detentor do poder político, um outro critério de distinção se afigura, qual seja, a distinção entre poder legítimo e ilegítimo. Nesse ponto, a relação entre direito e política é invertida e o poder político deixa de produzir o direito e este é que passa a justificar aquele. O poder político, juridicamente fundado, diferencia-se assim das várias formas de poder de fato. O poder legítimo, ressalta BOBBIO, transforma uma relação de mera força em uma relação jurídica. ROUSSEAU já havia percebido que para transformar a obediência em dever, o mais forte precisa transformar a sua força em direito. O mais forte, nas sociedades democráticas, constitui-se no governo das maiorias, exercido, portanto, legitimamente, em nome de todos.

32 BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política. Rio de Janeiro: Editora Campus, trad. de Daniela Beccaccia Versiani, 2000, p. 232/252

33 Conf. Bobbio, o direito aqui exemplificado é entendido como o conjunto de normas, o sistema normativo, dentro do qual se desenvolve a vida de um grupo organizado(Ob.cit., p.232).

Assim entendido, o poder político legítimo é exercido mediante o consentimento da maioria, não podendo, por isso, extrapolar os limites fixados pelo estatuto político.

Com efeito, os governos despóticos não fazem leis, dão ordens, que são as leis ditatoriais, os atos políticos arbitrários, os quais estão enlaçados, com frequência, à satisfação dos desejos e aspirações exorbitantes dos governantes. As leis democráticas, ao contrário, respeitam as tradições, a cultura e, conseqüentemente, a vontade de um povo para as quais elas se dirigem.

Mas BOBBIO³⁴, retomando o tema, traça um paralelo entre o princípio fundamental do positivismo jurídico, centrado na máxima hobbesiana de que “não é a sabedoria, mas a autoridade que cria a lei”, e a máxima oposta, da doutrina do Estado de direito, segundo a qual “não é o rei que faz a lei, mas a lei que faz o rei” (“*auctoritas facit legem*” ou “*lex facit regem*”?). Diz, então, que aquele que governa com base em um poder que lhe foi atribuído por uma lei superior a si mesmo, tem a autoridade e não apenas o simples poder do mais forte. Em suma, “quando se exige que o poder seja legítimo, espera-se que aquele que o detém tenha o direito de possuí-lo.” Porém, em se tratando da legalidade do poder, “exige-se que quem o detém o exerça não segundo o próprio capricho, mas em conformidade com as regras estabelecidas e dentro dos limites dessas regras.” O filósofo de Turim, então, sublinha que “o contrário do poder legítimo é o poder de fato, o contrário do poder legal é o poder arbitrário.”

Ora, da Antiguidade clássica até chegar na doutrina do “constitucionalismo”, após passar pelo pensamento jurídico medieval e moderno, a ideia do primado do “governo das leis”, em contraposição ao “governo dos homens”, parece ter vencido o antigo dilema. É que o poder dos governantes também é regulado por normas jurídicas, as normas constitucionais, a que todos devem respeito. Para BOBBIO, a noção de “Estado de direito” não deve ser entendida restritivamente como Estado no qual o poder político está subordinado ao direito, mas como “a própria destinação final de todo grupo político”, o qual, apoiado num sistema normativo, faz valer a força dessas normas mediante a coerção. Sob o ponto de vista estritamente positivista: “o direito é produto do poder contanto que se trate de um poder por sua vez derivado do direito.”

Norma jurídica e poder, assim, caminham juntos e podem ser considerados como anverso e reverso de uma mesma medalha. Ou seja: do ponto de vista do poder, antes existe o poder e depois o direito; para os que entendem o Estado como um conjunto de normas incidentes em um determinado território, antes existe o direito, e depois o poder. O imbricamento, aqui,

34 Ob. cit., p. 235

é inevitável: o direito torna legítimo o poder, enquanto que o poder torna efetivo o direito. Registra-se, então, um permanente e complexo confronto entre direito e poder, isto é, entre “o poder que produz as normas do sistema que por sua vez regulam o poder”. Tal fato faz sobressair, a toda prova, o entrelaçamento indissociável dos dois conceitos, o que levou BOBBIO a afirmar que “o poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio”.

O primado do “governo das leis” resulta no moderno constitucionalismo, com a regulação do poder dos governantes e com a promulgação de constituições escritas. O governo deixa de ser “o senhor das leis” para ser o seu servidor³⁵. A legitimidade do poder, então, consiste no exercício de um poder nos limites e na conformidade de leis positivas, distinguindo-o do direito natural; a legalidade permite distinguir o poder legítimo do poder de fato. Legitimidade e legalidade, portanto, devem caminhar juntas, de forma indissociável, pois uma pertencendo à doutrina do poder e a outra à doutrina do direito, representam, ambas, a *summa potestas*, ou soberania. Assim, uma conclusão acerca da norma fundamental teorizada por Kelsen somente seria possível, para BOBBIO, com o entrelaçamento das doutrinas do positivismo jurídico (doutrina do direito) e do Estado de direito (doutrina do poder político). Isto porque a função de “fechar o sistema” da norma fundamental na teoria normativa do direito, é a mesma função que a soberania tem em uma teoria política. Enquanto a primeira (norma fundamental) significa o primado do direito sobre o poder, a segunda (soberania) representa o primado do poder sobre o direito, fato que bem caracteriza a simetria existente entre os dois temas. Donde se conclui que, no vértice do sistema normativo, “lei e poder convergem”³⁶.

4.2 A distinção de Cabral de Moncada

Em essência, este permanente “estado-de-tensão”, ou de “mútua atração” entre direito e política – explica CABRAL DE MONCADA – só pela união de ambos se pode tornar plena. O velho aforismo romano – *ubi jus ibi societas*, ou, *ubi societas ibi jus* – já indicava que “todo o ‘jurídico’ aspira, a todo o momento, a tornar-se ‘político’, bem como todo o ‘político’ pressupõe e reclama, a todo o momento, o ‘jurídico’ ”³⁷.

35 Numa inversão das palavras de PLATÃO, repetidas como uma máxima política – PLATÃO, Leggi, 715d. , apud BOBBIO, ob. cit., p. 250

36 Ob. cit., p. 252

37 CABRAL DE MONCADA, Ob. cit., p. 46

Ao discorrer sobre as relações entre a política³⁸ e o direito, CABRAL DE MONCADA diz que elas são fáceis de determinar : a política tem no direito positivo o seu instrumento mais apropriado e útil para a realização dos seus fins, como ainda o direito positivo, uma vez formulado e definido, retroage sobre a política que o inspirou, com uma força própria. O direito, depois de ter sido utilizado como instrumento, impõe-se ao poder que o utilizou. Acaba, por assim dizer, por ditar a esse poder diretrizes, condicionamentos e limitações que de alguma forma conflitam com o espírito desse poder. Essa interação , dentro da realidade cultural, constitui-se em força única, talvez pelo fato de os respectivos conceitos – *direito e política* –, serem os mais próximos um do outro. Possuindo leis e lógica próprias, ajudam-se mutuamente e reciprocamente se condicionam, contudo, são independentes. Do ponto de vista do poder, é certo que a política põe as suas exigências ao direito, colocando-o ao seu serviço, mas este não deixa de fazer as suas exigências à política, às vezes exigindo-lhe um preço elevado, pois em contrapartida impõem-lhe valores inerentes ao seu conceito: a liberdade, a personalidade, a igualdade, a ordem e a justiça. A política pode desconhecê-los ou oprimi-los em grau e intensidade diversos, por algum tempo, utilizando-se ainda do próprio direito, mas em algum ponto haverá um limite que levará, inevitavelmente, a uma convulsão social, a um conflito com a *matéria* política. Assim como é certo se dizer que todo o direito serve uma política, da mesma forma é correto deduzir-se que toda a política é sempre limitada por um direito.³⁹

4.3 A negação de Fernandez Valmayor

VALMAYOR⁴⁰, ao debruçar-se sobre a distinção entre a atividade política e administrativa, indaga, instigante: tem a política sua própria forma de manifestação? É correto contrapor o conceito de ato político ao de ato jurídico? Em seguida, coloca a questão que parece indicar o rumo da sua investigação: Estamos melhor ante duas espécies distintas de atos jurídicos (ato jurídico-político e ato jurídico em sentido estrito)? Com efeito, o pensamento que desenvolve parece delinear a questão para o sentido de contrapor o conceito de ato político ao de ato jurídico ou, em outras palavras, opor o ato que é manifestação da Política àquele que é manifestação do Direito. Acrescenta VALMAYOR que uma posição pela existência desta dicotomia implicaria em saber quais são as “características peculiares” deste tipo de atos-manifestação da Política; mas se, ao contrário, essa diferenciação for negada, o problema

38 Aqui tomada, por CABRAL DE MONCADA, no sentido “dum conjunto de ideais, crenças e concepções, hábitos de pensamentos e interesses, que se referem ao modo como devem entender-se as relações entre os indivíduos e a comunidade, os fins desta, o bem comum, as relações com outras comunidades, e a maneira como todas estas coisas devem ser organizadas em harmonia com uma idéia central, geralmente de raiz emocional, mais ou menos hipostasiada como verdade absoluta, chamada mais rigorosamente uma ideologia.” - CABRAL DE MONCADA, ob. cit., p. 150.

39 CABRAL DE MONCADA, ob. cit., p. 153

40 VALMAYOR, ob. cit., p. 599/560

traçado será “o de saber quais são estes atos jurídico-políticos”. Assim, ao situar o Poder político como o “momento central da Política” – o qual se justifica pelo consenso dos governados – o publicista espanhol diz que o meio de que se serve a Política para a sua tarefa de “conformação social” é o Direito; o qual, por sua vez, tem na norma jurídica o seu “elemento central”.

Desta forma, VALMAYOR⁴¹ demonstra uma firme convicção no sentido de que Política e Direito “não são duas entidades independentes” mas, ao contrário, “dois momentos de um mesmo processo”, sendo que o Direito é necessariamente uma manifestação da Política. Sob este aspecto, o direito positivo teria sido sempre um “derivado da Política”, afirmação que se acha em consonância com as lições de CABRAL DE MONCADA, como se viu linhas acima. Ademais, reconhece, como BOBBIO, que “a Política aspira a converter-se em Direito” e que este não se realiza sem o concurso daquela, haja vista que o seu nascimento ocorre como *decisão política* em forma de legislação, jurisdição e execução (administração). O Direito, portanto, seria o meio para que a finalidade, valorada e assinalada pela Política, fosse alcançada, sendo, por essa razão, a sua manifestação mais eloquente. Mas, por outro lado, ao manifestar-se juridicamente, o poder político se encontraria, por esta singular razão, imediatamente limitado.

O componente político, assim colocada a questão, só seria absolutamente livre antes da criação efectiva do Direito, pois ali seria o momento para ele assinalar uma determinada orientação, regular as relações individuais conforme a eleição preestabelecida, enfim, dispor dos fins a conseguir em uma determinada sociedade. Uma vez, porém, transformada a *eleição política* em *norma jurídica*, o Direito e os atos de sua manifestação constituir-se-iam tão somente em atos jurídicos. O fato de alguns atos jurídicos manifestarem mais intensamente uma determinada orientação política que outros, em nada justificaria, nesse passo, a sua incontrolabilidade.

VALMAYOR⁴², a esta altura, afirma, categórico: “*Política y Derecho constituyen dos momentos de un mismo proceso (el proceso de conformación social) y de que aquélla no tiene una forma específica, especial, de manifestación en el mundo real (es decir, no se manifiesta a través de actos políticos).*” Ao desenvolver, assim, suas notas sobre a distinção entre a Política e o Direito, no contexto ora focado, VALMAYOR chega à conclusão de que não se podem contrapor os conceitos de ato político e ato jurídico: o primeiro por não dizer nada sem o qualificativo de *jurídico*, e tudo o mais por tratar-se de “um ato jurídico no qual

41 VALMAYOR, ob. cit., p. 601.

42 VALMAYOR, ob. cit., p. 602/603

se manifesta de maneira patente a orientação política eleita pelo legislador em um momento histórico determinado. ”

Vê-se, a toda clareza, a existência de um traço comum, uma linha de união no tratamento dado ao tema pelos três autores aqui compilados. Política e Direito, embora distintos, são inseparáveis em seus conceitos. Ou, para usar uma expressão cunhada por CABRAL DE MONCADA: são os dois lados incidíveis duma só e mesma idéia. VALMAYOR, todavia, dirige a análise entre o político e o jurídico sob o enfoque de um tema mais específico – a distinção entre a atividade política e administrativa – e que, como é óbvio, mais diretamente fala aos propósitos deste trabalho.

Advirta-se, contudo, que os termos “poder político”, “ato político” ou “orientação política”, serão usados neste trabalho para caracterizar um tipo de ato jurídico, exarado por autoridade legitimamente constituída, em consonância com os princípios e preceitos constitucionais. Serão ainda consideradas, dentro do que se pretende esboçar, as manifestações de poder que, embora tenham por fundamento o texto constitucional ou a pretexto deste, dele se afastam em flagrante abuso, desvirtuamento ou exorbitância. Mas os conceitos de atos, fatos ou ações – ainda que considerados como de “poder” ou como “políticos” ou de “política”, desde que se refiram aos que manifestamente ocorram fora do âmbito constitucional, ou à margem da Constituição, em flagrante ruptura político-institucional, não se incluem em nosso objeto de estudo.

05. BIBLIOGRAFIA

ALCAZAR, Mariano Baena Del. *Los actos políticos del gobierno en el derecho español*. Madrid: 1978.

ALMEIDA, Luís Nunes. *A justiça constitucional no quadro das funções do estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas*. Lisboa: Relatório português à VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, realizada em Lisboa, de 27 a 30 de abril de 1987. Separata da Revista do Ministério Público(32).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa (lições)*. Coimbra: Livraria Almedina, 3ª. Edição, 2002.

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. *Manual de Direito Administrativo*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

ARAGON, Manuel. *El control como elemento inseparable del concepto de constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Rev. Española de Derecho Constitucional(19), enero-abril, 1987.

ARAÚJO, Edmir Neto. Do Negócio Jurídico Administrativo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Motivação e Controle do Ato Administrativo. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1992.

ARNAIZ, Alejandro Saiz. Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del tribunal supremo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Rev. de Administração Pública(134), mayo-agosto ,1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

BARBOSA, Rui. O direito do Amazonas ao Acre setentrional. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, vol. 37 (1910), tomo V, 1983.

BARILE, Paolo. Atto di governo (e atto político). Roma: Giuffrè Editore, Enciclopédia del Diritto, IV, Atto-Bana, p. 220-232.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. SP: Saraiva, 1996.

BIANCHI, Alberto B. Control de constitucionalidad. Buenos Aires: Edit. Ábaco, p. 281/383

BIELSA, Rafael. Principios de derecho administrativo. Buenos Aires: Libreria y Editorial El Ateneo, 3ª. ed., 1963.

BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. Brasília: Ed. UNB, 2001.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Ed. UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

BRAIBANT, Guy. Le droit administratif français, 3a. ed., 1992.

CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo. Coimbra: Almedina: 2001. vol. I, 10ª ed.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1988.

CARNOY, Martin. Estado e teoria política. Trad. equipe do Instituto de Letras da Puccamp. Campinas, SP: Papyrus, 1990.

CAUPERS, João. O controle jurisdicional da administração pública nos estados lusófonos. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 789, ano 90, julho 2001, p. 11-20.

CHÂTELET, François et all . História das idéias políticas. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000

CHAPUS, René. Droit administratif général, 7ª. ed, 1993, vol. I

CHEVALLIER, Jean-Jacques. História do pensamento político. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: editora Guanabara Koogan, 1983.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. O contróle judicial de constitucionalidade no direito comparado. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1984.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002

COMPARATO, Fábio Konder. A "questão política" nas medidas provisórias: um estudo de caso. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público (15), 2002.

COUTINHO, Carlos Néelson. Marxismo e política. : a dualidade de poderes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 1996.

CRISPIGNY, Anthony de, ed. Ideologias políticas. Trad. de Sérgio Duarte. Brasília: UNB, 1998

CRETELLA Jr., José. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo, vol. II : teoria do ato administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Trad. de António José Brandão, revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1972.

DENZIN, N. K. The Research Act: a theoretical introduction to sociological methods. Aldine Publishing Company: Chicago, 1978.

DESLANDES, S. F., ASSIS, S. G. de. Abordagens quantitativa e qualitativa: o diálogo das diferenças. In: MINAYO, M. C. de S., DESLANDES, S. F. (org.). Caminhos do pensamento: epistemologia e método. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.

DREIFUSS, René Armand. Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber. Petrópolis,RJ : Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio. Trad. de Marta Gustavino. Madri: Ariel, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho 20 administrativo. Madrid: ed. Civitas, 3ª. edi., 1995.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 3ª. ed., 1957.

FERREIRA, Pinto. Manual de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Democracia no Limiar do Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. Curso de Direito Administrativo. Coimbra: Ed. Almedina: 2002. vol. II.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. Direito Administrativo. Lisboa: lições aos alunos do curso de Direito, vol. IV, em 1987/88.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. Da justiça administrativa em Portugal. Sua origem e evolução. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1995.

IRUJO, Antonio Embid. La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes Públicos). Madrid: Instituto Nacional de Administracion Publica, Documentación Administrativa(220), octubre-diciembre 1989.

JIMÉNEZ SERRANO, Pablo. Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica. São Paulo: Editora Manole Ltda., 2003.

LAUBADÈRE, André de. Traité élémentaire de droit administratif. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 6ª. ed., 1963.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, p.304/325.

LÓPEZ, Fernando Santaolalla. Actos políticos, inteligencia nacional y estado de derecho. Madrid: Rev. Española de Derecho Constitucional(65), mayo-agosto 2002

LLORENTE, Francisco Rubio. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LLOVET, Enrique Garcia. Control del acto político y garantia de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Rev. Española de Derecho Constitucional(36),septiembre-diciembre, 1992.

MARINHO, Josaphat e ROSAS, Roberto (coordenadores). Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos. Brasília: UNB, 1982.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Constitucional Interpretado. São Paulo: Ed. Revista

dos Tribunais, 1992.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: Editora Revista dos 21 Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1990. 27ª. ed.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MENEZES, Aderson de. Teoria geral do Estado. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

MINAYO, M. C. de. Hermenêutica e dialética como caminho do pensamento social. In: MINAYO, M. C. de S., DESLANDES, S. F. (org.). Caminhos do pensamento: epistemologia e método. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

_____ Funções, Órgãos e Actos do Estado. Lisboa: Livraria Petrony, 1990

_____ Ciência Política / Formas de Governo. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1996

_____ Contributo para um teoria da inconstitucionalidade. Lisboa: Livraria Petrony, 1968

MONCADA, L. Cabral. Filosofia do Direito e do Estado. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

MORAIS, Carlos Blanco De. Justiça Constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I, 2002

MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. _____ Teoria do Poder (Sistema de direito político: estudo juspolítico do poder). São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992.

NABAIS, José Casalta. Contencioso administrativo e código do procedimento administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

OTTO, Inácio. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Madri: Ariel Derecho, 1988.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato Administrativo. SP. Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989

POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. Rio: Ed. Forense, 1998.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Teoria dos actos de governo. Coimbra: Coimbra Editora,

QUEIROZ, Cristina, M. M. Os Actos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Ed. Almedina, 1990.

RANELLETI, Oreste. Teoria degli atti amministrativi speciali. Milano: Giuffrè-Editore, 1945.

REIS, Moreira Palhares. Estudos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo. Recife: Ed. Universitária: 2000.

RIVERO, Jean. Droit administratif. Paris: 15ª. ed., 1994, em colab. com Jean Waline.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994.

RUSSELL, Bertrand. História do Pensamento Ocidental: a aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. Lições de Direito Administrativo. Lisboa: ed. LEX, 1999. vol. I. _____ Introdução do Estudo do Direito. Lisboa: Publicações EuropaAmérica Ltda., 1998.

TAMER, Sergio Víctor. Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1998. 14ª. ed.

TELLES, Antonio A. Queiroz; ARAÚJO, Edmir Netto de. Direito Administrativo na Década de 90. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, 1997.

USERA, Raul Canosa. La actividad de orientacion política. Su relevancia constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Rev.de Estudios Políticos(67),enero-marzo, 1990.

VALMAYOR, José Luís Carro y Fernandéz. La doctrina del acto político. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Rev. de Administracion Pública(53), mayo-agosto, 1967.

VALMAYOR, José Luís Carro y Fernandez. Notas sobre la distincion entre actividad política y administrativa. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion Local, 1969

VASCONCELOS, Edson Aguiar. Controle administrativo e parlamentar. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

VIEIRA, Evaldo. Poder político e resistência cultural. Campinas, SP. Autores Associados, 1998.

VITTA, Cino. Diritto amministrativo. Torino: UTET, 1949. VEDEL, Georges. Droit administratif. Paris: Presses Universitaires de France, 5ª. ed., 1973.

WALINE, Marcel. Droit administratif. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 9ª. ed., 1963.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, estado e

SIGNIFICADO Y FUNCIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Angela Figueruelo Burrieza

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

Presenciamos actualmente la existencia de un Estado que se esfuma de forma progresiva, de una sociedad civil que se descompone paulatinamente y de una ciudadanía que poco a poco ve eliminados los espacios políticos donde, en nombre de la justicia, puede reivindicar sus derechos. Estos factores que nos acompañan en la realidad cotidiana son los que nos han llevado a reflexionar sobre el significado y las funciones actuales del Derecho Constitucional.

Para entender qué es el Derecho Constitucional debemos, previamente, obtener un concepto de Constitución y conocer la función que realiza el Derecho Constitucional dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. El ordenamiento jurídico que se compone de la totalidad de las normas jurídicas de un Estado, dispone de normas de conducta y de normas de organización. Estas últimas nos dicen cuales de las normas de conducta deben valer, deben ejecutarse y deben aplicarse y son las que determinan a qué hombres, bajo qué métodos y en qué condiciones se fija en última instancia lo que ha de ser el Derecho. Estas normas forman parte, sin agotarlo, del Derecho Constitucional, disciplina que podemos definir: "como la ordenación de las competencias supremas de un Estado".

Esta definición necesariamente conlleva una idea de Estado, entendiendo por tal toda organización que tiene por objeto asegurar la convivencia pacífica y la vida histórica de un grupo humano. Para conseguir este objetivo no se requiere el consentimiento general sino que, es suficiente la eliminación de la violencia en las relaciones entre los individuos y los grupos que forman la población de un Estado.

En consecuencia, el Estado se manifiesta como una unidad de poder que necesita ser ejercido por alguien y que para ser eficaz debe organizarse conforme a las reglas siguientes:

- 1) *Conocer quienes están llamados a ejercer este poder.*
- 2) *Saber cuáles son los principios que sirven de base a dicho ejercicio del poder*
- 3) *Analizar los métodos con que el poder se ejercita.*
- 4) *Establecer los límites que debe tener el ejercicio del poder.*

El conjunto de todas estas reglas forma parte de la disciplina del Derecho Constitucional; Pero, esta materia, en la actualidad, no queda reducida al análisis de las normas – letra de la ley – sino que es el resultado de la síntesis entre la norma y la realidad con la que se enfrenta.

II

Las normas que conforman el Derecho Constitucional aparecen recogidas en un documento, normalmente escrito, denominado Constitución. En su sentido moderno el concepto de Constitución (y por ello el Derecho Constitucional) nace a fines del siglo XVIII, con las Revoluciones Francesa y Americana, se desarrolla a lo largo del siglo XIX y culmina, sobre todo en Europa después de la II Guerra Mundial. Por Constitución, entendemos generalmente, una forma más – la última – de ordenación jurídica del poder entre aquellas que la historia nos ofrece. La característica esencial de esta forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad que, por no corresponder al orden natural del mundo, dificulta la construcción jurídica de un orden político. Así las cosas, resulta obligada la pregunta ¿en qué consiste la fórmula para conseguir una construcción política basada en la igualdad y en la libertad?. Serán imprescindibles las pautas siguientes:

A) La sociedad civil tiene que expresarse políticamente y ello requiere que se trate de una sociedad ordenada y no de una sociedad anárquica.

B) A diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen no puede haber órdenes políticos distintos en función de los distintos tipos de individuos. El orden político de la sociedad debe ser el mismo para todos sus miembros.

C) El Estado es el representante político de la sociedad y por ello no puede tener una voluntad propia al margen de la voluntad de dicha sociedad representada.

Si esto se cumple, el individuo, cuando obedece las leyes – mandatos estatales – no obedece a nadie más que a si mismo y continuará siendo tan libre como lo era antes de pertenecer a la organización estatal.

Todos estos requisitos deben encontrar su realización material en el contenido de las Constituciones normativas (LOEWENSTEIN) que obedece a una serie de criterios básicos. Así:

1º) Una Constitución debe ser Constitución Política y por ello no debe entrar a definir como debe configurarse la sociedad. Solo debe tratar asuntos del Estado y no contener mandatos o prohibiciones dirigidos a los ciudadanos. A lo sumo debe contener algunos deberes constitucionales genéricos, como pueden ser la obligación de contribuir al sostenimiento del Estado y a la defensa del país.

2º) Aunque la Constitución no sea de la sociedad si debe reconocer y garantizar los principios en los que dicha Constitución se basa. Su función no consiste en invadir y politizar la sociedad sino en reconocer y garantizar los principios que hacen a la sociedad igualitaria y libre. Esos principios, que son indisponibles para los poderes públicos, han de figurar reconocidos en la parte dogmática de las constituciones en forma de derechos individuales, porque justifican la existencia del Estado y de la propia Constitución.

3) En el marco de la Constitución se debe contemplar un cauce o vía para que la sociedad pueda auto dirigirse políticamente. Porque la sociedad está compuesta de múltiples voluntades individuales es necesario llegar a conseguir la voluntad general a través de la ley que elabora el Estado. Por ello dentro de la Constitución tiene que aparecer regulado tanto el órgano legislativo que elabora las leyes, como el procedimiento a través del cual los representantes libremente elegidos por la sociedad realizan la función de elaborar las leyes.

4) La ley, expresión de la voluntad general, además de ser aprobada democráticamente debe ser obedecida. Incluso, si no se hace voluntariamente puede utilizarse la fuerza para lograr su cumplimiento. Por ello, también en el marco de la Constitución se debe contemplar el órgano – Poder Ejecutivo – encargado de hacer cumplir la ley y el procedimiento a través del cual toma sus decisiones y las hace conocer a sus destinatarios.

5) Pero, las relaciones sociales normalmente no son siempre pacíficas y entre los ciudadanos que actúan con libertad y en pie de igualdad pueden surgir problemas. De ahí que, dentro de las Constituciones haga falta establecer un mecanismo para resolver los conflictos particulares aplicando la ley de manera directa, imparcial e independiente. Esta es la función que le corresponde al poder judicial.

Si se cumplen estas pautas el orden constitucional será el orden de la igualdad y de la libertad tanto en las relaciones privadas de los individuos como en las relaciones públicas o con el Estado. Esto se garantiza por medio de los derechos individuales y de los derechos políticos. De la combinación de ambas categorías resulta la ordenación de los poderes del Estado o lo que se conoce como el principio de la división de poderes.

III

En el momento presente no es posible entender la Constitución sin mencionar el principio de la separación de los poderes haciendo reiteradas alusiones al artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A tenor de este precepto aquel país que no reconociera dicho principio ni garantizara los derechos de los ciudadanos, carecía de Constitución. Por todo ello el estudio de los derechos fundamentales tampoco puede ser abordado si no tenemos en consideración la posición que cada uno de los poderes del Estado ocupa en relación con los mismos.

La doctrina de la Teoría de la separación de poderes fue formulada por MONTESQUIEU en el libro IX de su obra "Del espíritu de las leyes" y tuvo gran importancia como punto de partida para el constitucionalismo europeo del siglo XIX. Actualmente también es punto de referencia para entender la doble función que desempeña el Derecho Constitucional:

1) Por un lado hay que comprenderlo como el baluarte de las garantías de la libertad, es decir, como aquella disciplina que estudia y analiza el conjunto de derechos fundamentales y de sus instrumentos de protección que aparecen recogidos en lo que denominamos parte dogmática de las Constituciones, y,

2) Por otro lado, el Derecho constitucional es el elemento configurador y vertebrador del Estado ya que estudia su propia composición mediante el análisis de la llamada parte orgánica de las Constituciones.

La parte dogmática de la Constitución recoge también lo que la doctrina (LUCAS VERDÚ) denomina fórmula política, entendiendo por ella el conjunto de principios y valores que sirven de fundamento a un régimen político jurídicamente organizado. Para su comprensión es imprescindible apreciar las diferencias que pueden darse entre la forma de Estado y los sistemas de gobierno y que, no pocas veces han acarreado confusiones doctrinales. Nos parece acertada la idea defendida por MORTATI que entiende que la forma de Estado nos explica como está distribuido el poder en cuanto elemento constitutivo del Estado (relaciones que se dan entre el territorio, la población y el poder, elementos esenciales del mismo); mientras que el sistema de gobierno alude a la organización del poder en cuanto elemento constituido dentro del Estado y en consecuencia de las relaciones que se dan entre los diversos órganos constitucionales que la Constitución reconoce.

Así las cosas, la mayor parte de las Constituciones del occidente democrático con-guran

a sus Estados como de Derecho, Sociales y Democráticos y, ello se entiende porque desean impregnar a sus normas supremas (Constituciones) de los principios que imperan en el moderno constitucionalismo: el principio liberal, el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución. Por todo ello, esos Estados se caracterizan por reconocer la soberanía popular, admitiendo la participación del pueblo en las tareas y funciones estatales, por someter las actuaciones de los poderes públicos a la Constitución y a la ley y por crear un Estado que se implica en la sociedad corrigiendo los desequilibrios que esta, por si sola, no puede subsanar.

Junto a ello es necesario distinguir formas jurídicas de Estado que afectan a la distribución territorial del poder político y así nos encontramos con Estados unitarios, regionales y federales en función del menor o mayor grado de descentralización existente. La tendencia predominante en el momento presente es hacia la descentralización del poder político y no solo de las funciones administrativas. Un ejemplo peculiar es el Estado de las Autonomías que configura la Constitución Española vigente y que, aunque alcanza un grado elevado de descentralización política no es un Estado Federal porque, los Estatutos de Autonomía que hacen nacer a la vida jurídica dicho Estado, traen su causa de la propia Constitución.

IV

El tema de los derechos fundamentales, que surgen con la Constitución y en ella encuentran sus garantías, es uno de los más importantes del constitucionalismo democrático y cada vez contemplamos con más frecuencia como se aprueban Constituciones que recogen en su articulado un amplio elenco de estos derechos. Marco en el cual también adquiere relevancia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos por su trascendencia a la hora de proteger los derechos internos.

La comprensión de la naturaleza jurídica de la gran variedad de derechos reconocidos requiere partir de una determinada ideología del Estado y de la Constitución; Así, en un Estado Social, Democrático de Derecho se mantiene la existencia de derechos fundamentales por parte de la ideología liberal, de la ideología democrática y de la ideología propia del Estado social.

Según la ideología liberal los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza le corresponden al hombre individual y libre. Los sujetos que se dan en esa relación son dos: por un lado el individuo libre por naturaleza, autónomo y sujeto activo y por otro, el Estado, sujeto pasivo, limitado en su actuación por esos derechos fundamentales. En esta ideología

la libertad humana es absoluta e ilimitada, anterior y superior al Estado. La libertad, como un fin en si misma queda a la iniciativa individual sin que el Estado adquiera obligaciones al respecto. Ejemplos de esos catálogos de derechos pueden ser: la libertad individual, la propiedad privada, igualdad ante la ley. En cambio, la teoría democrática de los derechos fundamentales entiende estos derechos en virtud de la función político-democrática que desempeñan: permitir la participación del pueblo soberano en el proceso democrático de formación de la voluntad política así como su participación en los asuntos políticos. De ello se desprende que a estas categorías de derechos pertenecen el derecho de sufragio activo y pasivo, la protección del pluralismo, la constitucionalización de los partidos políticos, el derecho de asociación y las demás formas de participación pública. En estos derechos la libertad no es un fin en sí misma sino que se trata de una libertad orientada hacia al proceso político-democrático.

Por último, si nos fijamos en el Estado Social de Derecho, la teoría que se sustenta no concibe al hombre como un sujeto aislado sino como miembro de una sociedad plural en la cual todos han de ser igualmente libres. Lo que se persigue es una libertad real de la cual puedan disfrutar todos los ciudadanos en las mismas condiciones de igualdad. Esto conlleva un cambio en el concepto de los derechos fundamentales que ven ampliado su catálogo a los derechos de contenido económico social y cultural, que se traducen para sus titulares en prestaciones de carácter económico que corresponde efectuar al Estado. Por dicho contenido económico la realización de estos derechos no consiste solo en un problema jurídico sino que implica un asunto de disponibilidad y de distribución de recursos financieros; Ejemplos de esta categoría pueden ser: el derecho a la educación, a la salud, al pleno empleo, a una vivienda digna, a un medio ambiente sano ...

Pero, como ya dijera KELSEN, "reconocer derechos sin establecer las correspondientes garantías es dejarlos reducidos a papel mojado", por ello las Constituciones vigentes se esfuerzan por ampliar el catálogo de medios de protección para los derechos que reconocen. Esas garantías suelen agruparse, por su naturaleza en diversas categorías: normativas, jurisdiccionales e institucionales, según sean las normas de la Constitución, los tribunales de justicia o las instituciones públicas las encargadas de la defensa de los derechos fundamentales.

Destacan por su operatividad, las garantías jurisdiccionales que consisten en la protección ordinaria o extraordinaria otorgada por los tribunales de justicia y, sobresale entre ellas, la garantía reforzada del recurso de amparo que cada vez con mas frecuencia aparece en las constituciones de Hispanoamérica. En España sus orígenes se hallan en la Constitución Republicana de 1931 y su conocimiento se encomienda al máximo defensor de la Constitución, es decir, al Tribunal Constitucional. Entre las garantías normativas merece especial mención

el carácter vinculante de las modernas Constituciones democráticas que afecta tanto a los poderes públicos como a los particulares y que conlleva la aplicación directa de las normas que garantizan los derechos fundamentales por parte de los órganos encargados de administrar justicia, sin necesidad de intervención del poder legislativo a través de leyes de desarrollo.

De entre las instituciones encargadas de velar por la eficacia de los derechos fundamentales, aparte del control parlamentario, adquiere cada vez mayor importancia la institución del Defensor del Pueblo; Sus orígenes son suecos, en el siglo XVIII y observamos que en la actualidad se da un reconocimiento cada vez mayor de esta institución, no sólo en las Constituciones Europeas e Hispanoamericanas sino también en textos de nuevo cuño elaborados en África y en Europa del Este. Incluso, la Unión Europea tiene reconocida una institución de estas características. Se trata de una institución, que sin tener la operatividad de las actuaciones judiciales, puesto que no es un juez, actúa como mediador entre los particulares y los distintos poderes públicos para tratar de corregir aquellos vicios que se deriven de una mala administración y que perturben el correcto ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

V

También en la parte dogmática de las Constituciones democráticas de occidente se encuentra regulado el sistema de fuentes del derecho. Esto se explica porque, estas Constituciones, fruto del poder constituyente del pueblo que es considerado soberano, son la norma suprema del ordenamiento jurídico que sustituye la arbitrariedad del poder que se daba en el gobierno de los hombres, propio del Antiguo Régimen, por un poder jurídico y racionalizado característico del Gobierno de las leyes de un Estado de Derecho. Pero, la Constitución no es sólo una norma sino que al ser la ley superior de todo un ordenamiento jurídico debe establecer el sistema de fuentes del derecho conforme al cual deben dictarse las leyes para su validez.

Con la expresión "fuente del derecho" aludimos no sólo a los titulares con capacidad para producir normas jurídicas sino también a aquellas categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan dichas normas jurídicas.

En la actualidad, el constitucionalismo moderno incorpora un nuevo concepto de Constitución como ya hemos visto, que incluye necesariamente un sistema de garantías constitucionales y en el que la ley, emanada del Parlamento, órgano soberano en Europa

hasta bien avanzado el siglo XX, pasa a ocupar un lugar preeminente en el sistema de fuentes pero, bien entendido, subordinada siempre a la Constitución y susceptible de ser controlada por algún órgano creado al efecto. La ley ha dejado de ser una categoría normativa única y ve ampliadas las formas de su manifestación con otras normas con rango de ley. Estas se deben a diversas causas: Procedimientos especiales de elaboración y reservas de materias para su desarrollo, como es el caso de las leyes orgánicas. Descentralización territorial del poder político del Estado que en el caso español origina los E.E.A.A. y las leyes de las C.C.A.A.; Transformaciones y crisis que sufren los Parlamentos actuales y que obligan a un desplazamiento de la capacidad "legislativa delegada" desde el legislativo hacia el Gobierno. Este órgano constitucional se ve dotado de la capacidad de hacer normas que sin ser leyes valen como si lo fueran (Decretos-leyes y Decretos-legislativos, en el supuesto español). Tampoco faltan en el marco de las Constituciones las fuentes del Derecho Internacional y su prelación respecto del derecho interno, y, en el caso de los países miembros de la Unión Europea es obligado punto de referencia el Derecho Comunitario en relación al propio sistema interno.

Todo este complejo entramado normativo está sujeto al principio de supremacía constitucional de tal modo que si el procedimiento de elaboración de esas leyes o su contenido material no respetasen los postulados constitucionales, serían arrojadas del ordenamiento jurídico gracias a los mecanismos de justicia constitucional establecidos en el marco de la Constitución.

VI

La parte orgánica de las Constituciones se dedica a vertebrar el Estado porque es aquí donde se regulan sus poderes y las funciones que a cada uno de ellos le han sido encomendados.

Si analizamos el proceso de legitimación democrática del Estado apreciamos la imposibilidad del principio de la democracia directa debiendo aceptar en la actualidad a la democracia representativa como la única forma operativa de organización política y jurídica del Estado. En un Estado representativo la legitimación descansa en dos pilares básicos que son: los partidos políticos y el sistema electoral, por medio de los cuales se reduce la complejidad social y se posibilita la formación de la voluntad de la sociedad como voluntad política a través del Parlamento.

Ahora bien, el objetivo de la democracia es el gobierno del pueblo. Esta expresión, tomada

en su sentido más amplio, se convierte en una meta del quehacer político diario; Por ello las Constituciones del occidente democrático establecen un orden de relaciones entre las instituciones públicas y entre éstas y los ciudadanos para coadyuvar a la consecución de dicho objetivo. Los sistemas democráticos de la actualidad, se sustentan en palabras de G. VEDEL en un sistema de diálogos, porque "la filosofía democrática rechaza la creencia de que existe una armonía espontánea y automática entre los diversos interlocutores del mundo político. Pero, esta filosofía no cree tampoco que las oposiciones sean de tal naturaleza que impidan encontrar una conciliación". A través del diálogo se conocen las opiniones ajenas y se puede llegar a una solución de compromiso. Así las cosas, la vida democrática se articula en base a cinco diálogos principalmente:

- El diálogo entre el poder constituyente que elabora la Constitución y los poderes constituidos reconocidos en el marco de la norma suprema y a ella sometidos.

- El diálogo entre los gobernantes y los gobernados que aproxima los que gobiernan a los que son gobernados sin atentar a la división del trabajo necesaria en una comunidad.

- El diálogo que se da entre el Parlamento, órgano representativo por excelencia y encargado de hacer las leyes, y el Ejecutivo de legitimación democrática indirecta que es el encargado de hacer cumplir las leyes mediante la función de gobernar.

- El diálogo entre la mayoría y la minoría parlamentaria que, en palabras de KELSEN, es donde radica la verdadera esencia de la democracia.

- Por último, el diálogo entre el Estado y los grupos sociales que hace viable la situación de pugna entre el interés general y los intereses particulares.

La distinta organización con que se configuran estos diálogos de acuerdo a las normas jurídicas pueden dar lugar a distintos regímenes políticos en democracia.

Si nos fijamos, por ejemplo, en el diálogo que mantienen el Parlamento y el Ejecutivo, observamos que en unos regímenes políticos la última palabra la tiene las Cámaras representativas, mientras que en otros es el Poder Ejecutivo quien decide finalmente. Cuando es el Parlamento el que prevalece sobre el resto de las instituciones hablamos de regímenes parlamentarios. En cambio, cuando el Ejecutivo adquiere una mayor relevancia en torno a la figura del Jefe del Gobierno, nos encontramos ante los regímenes presidenciales ó presidencialistas.

El régimen parlamentario es un sistema típico de colaboración entre los distintos poderes del Estado y es el régimen político común en Europa. Se nos presenta en la historia como una especie de compromiso entre dos legitimidades diferentes: la monárquico-aristocrática del antiguo régimen (Monarquía Absoluta) y la democrático-igualitaria del Estado constitucional.

Su origen se fue imponiendo en la práctica a través de los conflictos que jalonaron todo el siglo XVIII. Se fue desarrollando a lo largo del siglo XIX y se consolidó en Europa cuando finalizó el periodo revolucionario, tras la caída de Napoleón. La influencia mayor procede del régimen parlamentario inglés y el resultado es fruto del peso de la razón unido a la inercia de la historia.

Por estas causas los órganos constitucionales que se incorporan a este régimen como expresión del pasado (La Jefatura del Estado y la Segunda Cámara) se mantienen, pero no desempeñan papeles relevantes en el proceso político. La Jefatura del Estado, ya sea hereditaria – en el caso de un Rey o Monarca –, ó electiva – Presidente de la República – tiende a quedar reducida a una función simbólica, moderadora y arbitral. También la Segunda Cámara que paulatinamente deja de ser una Cámara privilegiada ve cada vez reducidas en mayor medida sus funciones y queda marginada de la exigencia de la responsabilidad política del Gobierno

Las bases constitucionales del régimen parlamentario son: el poder ejecutivo dual y el poder legislativo bicameral. Pero, como el único órgano que goza de legitimación democrática directa es el Parlamento, el Gobierno depende de él en todo momento; Esta es la única forma en que el Ejecutivo se legitima como Gobierno de la Nación. Este, en la práctica, para constituirse requiere de una mayoría parlamentaria que lo sustente y que le conserve la confianza obtenida a lo largo de todo el mandato.

Otro elemento esencial del régimen parlamentario es la posibilidad de que el Gobierno disuelva de forma anticipada el Parlamento o aquella Cámara cuya confianza es imprescindible para poder gobernar, ya que, aunque formalmente la facultad de disolver las Cámaras le corresponde al Jefe del Estado, la decisión política siempre es tomada por el Gobierno. En el actual Estado de partidos la disolución anticipada no es más que el instrumento para que se pronuncie el cuerpo electoral en cuanto árbitro de todo proceso político.

A diferencia del régimen parlamentario, los sistemas presidencialistas que imperan en toda América se caracterizan por ser un ejemplo claro de separación rígida de los poderes constituidos. Las colonias inglesas que se convertirían en los Estados Unidos de América si desarrollaron un auténtico proceso constituyente, en base a un criterio racional que creó una nueva forma de Estado. En Europa el régimen parlamentario se configuró al enfrentarse a la Monarquía fortaleciendo al máximo al Parlamento en cuanto órgano representante de la sociedad. De ahí la necesidad de hacer depender al Gobierno de la confianza de la Cámara. Si no se separan rígidamente los poderes se debilita al Parlamento y el Monarca no tiene las manos libres para formar Gobierno. En cambio, en las colonias americanas del Norte y del Sur, la Monarquía dejará de ser un punto de referencia para la organización del Estado y éste

se organizará en forma de República, en la cual, la soberanía popular constituirá un axioma político indiscutible. Así las cosas, sería necesario ordenar constitucionalmente los poderes de tal forma que se limite la primacía de poder legislativo que tiene un auténtico peligro de ser ejercido de forma despótica por las mayorías, sobre las minorías parlamentarias. De ahí, la necesidad de establecer un mecanismo rígido de división de poderes y de controles recíprocos que dificulten la formación de una mayoría estable y generalizada que ejerza el poder de forma tiránica.

Los rasgos característicos que permiten definir un sistema presidencialista son los siguientes:

1) El Poder Ejecutivo – Presidente y secretarios a quienes el primero nombra discrecionalmente – no procede del Parlamento. El Presidente es elegido por el cuerpo electoral de forma autónoma y puede ser la expresión política de una mayoría distinta a la del Congreso.

2) Los secretarios ó ministros no pueden pertenecer ni tener acceso a ninguna de las Cámaras. 3) El Presidente puede formular su programa legislativo de forma exclusivamente política. La traducción jurídica del mismo la lleva a cabo el Congreso cuando lo transforme en normas jurídicas que deben ser aprobadas en ambas Cámaras.

4) El Congreso no puede forzar la dimisión del Presidente ni de los ministros.

5) Cada uno de los poderes es independiente orgánica y funcionalmente. El Presidente puede vetar las decisiones del Congreso que necesita de mayoría cualificada para levantar dicho veto y, el Congreso, a su vez, y por distintas vías, puede impedir la actuación presidencial.

La "forma política" (art. 1.3) que consagra la Constitución Española de 1978, vigente, es la "monarquía parlamentaria". Esto significa que la Jefatura del Estado no es elegida sino que viene dada, puesto que, es el Rey quien personifica al Estado. La constitucionalización del actual régimen parlamentario español gira en torno a dos ideas fundamentales: a) la no intervención del monarca en las reglas del proceso político y b) la estabilidad gubernamental.

Desde un punto de vista jurídico la importancia de las Cortes deviene de su potestad para dictar normas que sólo están subordinadas a la Constitución; Pero, desde un punto de vista político la relevancia del Parlamento radica en su poder para investir y destituir al Presidente del Gobierno, aunque formalmente sea el Rey, en cuanto Jefe del Estado, quien lo nombra y acepta su dimisión. En este proceso la única Cámara que interviene es el Congreso de los Diputados ó Cámara baja que así manifiesta su superioridad política respecto al Senado. De este modo, el constituyente español configuró un modelo de régimen parlamentario que podemos denominar "parlamentarismo racionalizado" donde abundan las garantías, sobre

todo para el Gobierno: investidura del Presidente del Gobierno, moción de censura, cuestión de confianza, disolución anticipada del Congreso ó de las Cortes Generales...

VII

A largo de toda nuestra exposición hemos hecho hincapié en que en la actualidad hablar de Constitución, en cualquier país democrático, es hablar de la norma suprema de un Estado. Como tal norma suprema nace con vocación de durar en el tiempo frente al carácter transitorio del que se dota a las leyes ordinarias. Frente a éstas la Constitución goza de un doble carácter de súper-ley: En sentido formal y en sentido material.

La súper legalidad formal pone de manifiesto la existencia de procedimientos especiales para la elaboración y las correspondientes modificaciones de las normas constitucionales. En cambio, la súper legalidad material significa que las leyes ordinarias deben respetar el conjunto de valores y límites que en la Constitución se señalan, así como el sistema formal de la producción de normas que en ella se establece.

Ahora bien, la supremacía de la Constitución será una mera hipótesis si no se fija el correspondiente sistema de garantías, entendiendo como tal al conjunto de mecanismos a través de los cuales se procede a la defensa de la Constitución. Estos aparecen definidos por J.J. FALLER como "el conjunto de instituciones y medidas con las cuales el Estado trata de guardar el ordenamiento constitucional frente a los peligros que lo amenazan desde dentro". El precitado autor los agrupa en: Factores estructurales y factores coyunturales:

1) Por factores estructurales, calificados como defensa ordinaria de la Constitución, entendemos aquellos peligros que proceden del carácter y de la estructura de la propia Constitución. Hacemos referencia a lo que la doctrina denomina como "defensa jurídica" y en ella enmarcamos tanto los sistemas de justicia constitucional, como los procedimientos de reforma de la Constitución.

2) Al hablar de factores coyunturales aludimos a aquellos que resultan de la situación política por la que en un momento determinado atraviesa la vida de un Estado. En este caso hablamos de "defensa política" de la Constitución porque, su objeto es velar por la supervivencia de un sistema político cuando la Nación atraviesa por circunstancias de especial dificultad (Protección extraordinaria del Estado). Aquí podemos encuadrar no solo los Estados excepcionales sino también la suspensión individual de garantías constitucionales.

La defensa ordinaria de la Constitución puede estar dotada de naturaleza política o de

naturaleza jurídica. En el primer caso los encargados de proteger la Constitución son órganos que dependen del poder legislativo, como es el caso de la antigua U.R.S.S. o del derecho histórico francés. En el segundo supuesto, los entes encargados de velar por la supremacía constitucional tienen naturaleza jurisdiccional. Se trata de una tendencia alcista en el momento presente y como ejemplos podemos citar no solo al caso español sino también el de todos los países de Hispanoamérica.

La garantía jurisdiccional de la Constitución también presenta variaciones y en este sentido hablamos de un sistema de justicia constitucional difuso cuando son todos los jueces y tribunales ordinarios los encargados de controlar la adecuación de las leyes ordinarias a la Constitución. La función unificadora de la diversidad de criterios que el sistema permite la lleva a cabo el Tribunal Supremo o, en todo caso, el órgano que ocupe la cúpula del poder judicial. En consecuencia no se establecen órganos especiales al efecto. El ejemplo por antonomasia es el caso de los U.S.A. y el primer referente es la sentencia "Marbury versus Madison" pronunciada en 1803 por el juez Marshall. Este modelo hizo sentir su influencia en numerosos países de Hispanoamérica, sobre todo en aquellos que han configurado sus estados de acuerdo a estructuras federales.

Frente al sistema difuso americano, el austriaco KELSEN, a comienzos del siglo XX, ideó otro sistema de justicia constitucional denominado concentrado en el que encomendó la defensa y garantía de la norma suprema a un órgano de naturaleza jurisdiccional, situado fuera del poder judicial. Ese órgano "ad hoc" recibe el nombre de Tribunal Constitucional y aparece reconocido en el marco de la Constitución. A él se le encomiendan tareas tales como el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa de los derechos fundamentales o la resolución de aquellos conflictos que se originan como consecuencia de la descentralización del poder político. El modelo creado por KELSEN se reconoció por vez primera en la Constitución austriaca de 1920 y, se extendió por Europa consolidándose en las Leyes Supremas aprobadas tras la II Guerra Mundial. Aquí es referencia obligada el supuesto de la Constitución Española de 1978 que dedica el Título IX a regular el Tribunal Constitucional como máximo intérprete constitucional y órgano de cierre de nuestro sistema jurídicopolítico. También algunas nuevas Constituciones de Hispanoamérica han sufrido influencias de este modelo europeo y han optado por adoptar, con ciertas variaciones, algún órgano de esta naturaleza.

Actualmente es difícil encontrar "modelos puros" en su sentido original y la doctrina (entre otros PEGORARO) adopta la expresión de "modelos mixtos" para definir aquellos sistemas de justicia constitucional en los cuales concurren elementos del sistema europeo concentrado y del sistema difuso americano.

La defensa jurídica de la Constitución quedaría incompleta si no hiciésemos referencia

a la institución de la Reforma en cuanto instrumento garantizador del principio de rigidez constitucional que surge en el momento revolucionario francés y asegura a la norma suprema una súper legalidad formal frente a las normas ordinarias. Fue Lord BRYCE quién estableció la diferencia entre Constituciones rígidas y exibles. Las de carácter rígido, a diferencia de las exibles, exigen para su aprobación y reforma procedimientos más agravados y difíciles de aquellos que se requieren para aprobar y modificar las leyes ordinarias. Esta diferencia ha pasado a ser histórica porque la práctica totalidad de las Constituciones actuales se dotan de un mayor o menor grado de rigidez. La Constitución Española vigente dedica a este apartado el Título X, último de los que se contemplan en su articulado.

El fundamento jurídico de la reforma, en cuanto garantía constitucional, se encuentra en el hecho de que la norma Suprema es elaborada por el Poder constituyente soberano que regula dentro de ella a los poderes constituidos, entre los que se encuentra el poder legislativo encargado de elaborar las leyes ordinarias. También el poder soberano regula al poder constituyente constituido – Poder de reforma -, que será el encargado, en su día, de proceder a reformar la Constitución.

Se pretende evitar con ello que cualquier mayoría parlamentaria, sin tener en cuenta razones jurídicas, pueda proceder en cualquier momento a la reforma constitucional sin respetar la voluntad soberana del pueblo. No obstante, hablar del carácter rígido de las Constituciones no significa dotarlas de carácter pétreo; Se deben, pues, configurar procedimientos de reforma lo suficientemente di-cultosos para proteger a la Constitución de cambios innecesarios pero, que permitan proceder a ello siempre que su modificación sea políticamente conveniente y jurídicamente necesaria.

O PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE NO FEDERALISMO BRASILEIRO.

Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann¹

1. Introdução.

2. Conceito jurídico do princípio de subsidiariedade.

3. Categorias jurídicas e aplicações.

4. Aspectos evolutivos da subsidiariedade no constitucionalismo brasileiro.

5. Notas a respeito da Jurisprudência do STF. Considerações Finais.

RESUMO

Este artigo aborda sobre o princípio de subsidiariedade, destacando de forma concisa o conceito jurídico, categorias jurídicas e o alcance de sua aplicação. Faz-se uma análise sobre a previsão e evolução da subsidiariedade no âmbito das constituições brasileiras. Destacam-se alguns aspectos sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, comentando-se, de modo particular, sobre o conceito do princípio da subsidiariedade mitigada

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Princípio. Subsidiariedade. Conceito. Evolução. Jurisprudência.

ABSTRACT

This paper broaches the principle of subsidiarity, concisely highlighting its juridical concept, juridical categories and the extent of its application. Traces an analysis on the prediction and the evolution of the subsidiarity in the ambit of Brazilian Constitutions. Highlights some aspects over the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal, being commented, in a particular

¹ Promotora de Justiça de entrância final MPMA. Professora Assistente III da Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Ciência Jurídico-Política (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Doutoranda em Direito AdministrativoAmbiental (Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona).

way, about the concept of the principle of mitigated subsidiarity. **KEYWORDS:** Principle of subsidiarity - juridical concept – evolution - Brazilian Constitutions – jurisprudence.

KEYWORDS: Principle of subsidiarity - juridical concept – evolution - Brazilian Constitutions – jurisprudence.

01. Introdução

Originariamente no modelo de Estado Federal vigente no Brasil a partir de 1891, não se encontra uma designação precisa do princípio de subsidiariedade nos textos das Constituições² do país ao longo de sua história constitucional. Tampouco, os manuais de Direito Constitucional dedicavam análises mais detidas ao assunto, até porque não estava explicitamente normatizado, prescindido de um estudo científico aprofundado a respeito deste elemento jurídico, no que tange ao conceito jurídico, categorias, aplicações no âmbito constitucional, administrativo etc.

Sem embargo, a ideia de subsidiariedade³ não era ignorada pela doutrina e jurisprudência nacional; ao contrário, aspectos importantes que identificavam tal princípio relacionado às questões em matéria de repartição de competências constitucionais permitiu que fosse construída gradativamente a evolução do estudo e interpretação das normas constitucionais a respeito desse importante princípio herdado do federalismo alemão.

Apesar deste princípio não aparecer expressamente afirmado entre os princípios dos textos das Constituições brasileiras anteriores, e inclusive da Carta Política vigente no país, tal qual aparece nas constituições de países europeus, apenas para exemplificar,

Alemanha (art. 23.1 e 23.1a), Portugal⁴ (art. 6.1 e art.7.6), França (art. 88-6) e Itália (arts.

2 Recordar-se que no Estado brasileiro, a partir da independência (1822) sete Constituições tiveram vigência: uma da monarquia (1824); seis da República (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 y 1988); registra-se aqui a Emenda Constitucional nº 1/69 que alterou significativamente a Carta de 1967 (no governo militar), e, setenta e sete Emendas que alteraram a atual Constituição Federal de 1988, além das seis Emendas de Revisão, também desta última. Consultado o site: [http://www4.planalto.gov.br/legislacao] em 10.05.2014.

3 Na língua portuguesa o “Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa”, editado no Brasil, o termo “Subsidiário” empregado no sentido jurídico quer dizer: “Diz-se da ação ou responsabilidade que confirma ou robustece outra principal”. Em Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos.1998. p. 1984. No mesmo sentido, no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa também editado no Brasil, encontramos a seguinte definição do vocábulo Subsidiário: “Diz-se de um elemento secundário que reforça outro de maior importância ou para este converge (...)”.Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed. Sao Paulo: ed. Nova Fronteira. P. 1622. Quanto ao termo “subsidiariedade” no sentido propriamente jurídico, resulta que não se encontra referido nos aludidos dicionários.

4 “Art. 6º.1. O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública”.

“7.6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia.”

118 e 120), estes três últimos delimitando a transposição do princípio introduzido a partir da inclusão no Tratado da União Europeia em 1992, tem-se que, não somente naquele sistema constitucional, mas no Brasil, este princípio tem sido cada vez mais debatido e aprofundado em questões levadas a julgamento no Supremo Tribunal Federal, o que denota que tem crescido o interesse na doutrina

Assim, pode-se considerar que no Brasil, a partir da Constituição de 1934, aparece implicitamente a subsidiariedade tal como um princípio oriundo da Ciência Política que serve para delimitar a descentralização das funções político-administrativas entre os entes federativos e o exercício destas, e ainda, em matéria da competência legislativa dos Estados-membros os contornos de uma forma suplementar ou complementar, indicam uma característica própria da função legislativa subsidiária destes frente à competência geral da União.

Portanto, a competência legislativa subsidiária, neste sentido, aparece também abrangendo a "competência concorrente", consoante estava previsto no art. 5º, § 3º e art. 91, I. I da CF de 1934.⁵

Neste mesmo documento, na matéria sobre organização administrativa e das funções exercidas pelos municípios, a ideia de subsidiariedade, também, aparecia subjacente ao princípio da autonomia política e administrativa, descrito no art. 13, II da CF, in verbis: "Art. 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: I- (...); II - A organização dos serviços de sua competência".

5 "Art.5º - Compete privativamente à União: (...); § 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras c e i, in fine, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta". (grifos nossos).

Art 5º - Compete privativamente à União: [...];

§ 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras c e i, in fine, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta. (grifos nossos)

Art.91 - Compete ao Senado Federal: 1 - colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: (...); I) matérias em que os Estados têm competência legislativa subsidiária ou complementar, nos termos do artigo 5º § 3º." (Subrayamos). Cfr. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de Julho de 1934). [en línea]: < ttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> [Consultada en 18 jun 2013].

02. Conceito jurídico do princípio de subsidiariedade.

De antemão, é necessário frisar que apresentar um conceito jurídico do princípio de subsidiariedade implicaria em uma complexa e extensa reflexão do tema, desde suas origens como um princípio da filosofia política⁶, passando pelo princípio do federalismo alemão⁷ até chegar às ideias contemporâneas do intervencionismo econômico e social do Estado, pois não existe uma concepção unívoca do mesmo, o qual tem sido objeto de controvertidos debates na doutrina estrangeira, sobretudo a europeia. Assim, para efeito de delimitação, colhe-se na doutrina pátria o conceito jurídico proposto pelo constitucionalista José Alfredo Baracho⁸, a seguir transcrito:

“A definição da subsidiariedade tem apresentado diversos alcances e conteúdos. Conceitua-se subsidiariedade como princípio pelo qual as decisões, legislativas ou administrativas, devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aquelas que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas. Está assim o princípio de subsidiariedade relacionado com a situação constitucional definida nas competências dos entes que compõem o tipo de Estado consagrado (Unitário, Autônomo, Regional ou Federal) e o processo de descentralização política e administrativa.”

03. Categorias jurídicas e aplicações.

Nos anos noventa foram notáveis os avanços em torno do tema da subsidiariedade no campo do direito europeu, constitucional e administrativo, impulsionado naquele continente pela introdução do princípio pela primeira vez no Tratado de Maastricht firmado em 07.02.1992 ((Tratado da União Europeia⁹ / TUE, art. 5º), estabelecendo-se assim, um grande passo na integração do bloco políticojurídico da União Europeia, no que tange à repartição das competências na atuação (funcional e processual) entre a União e os Estados-membros (países integrantes do bloco). De lá para cá, tem se destacado uma diversificada doutrina jurídica sobre o tema da subsidiariedade, inclusive de relevante contribuição para o sistema constitucional brasileiro, no que tange ao debate do federalismo e outras temáticas do direito constitucional-administrativo.

6 MILLON-DELSOL, Chantal. Le principe de subsidiarité. 1ª ed. Paris: PUF. 1993

7 STEIN, Torsten. El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea. Madrid: REP, nº 90, 1995, pp. 69-84

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 92.

9 “Este Tratado criou a União Europeia assente em três pilares: as Comunidades Europeias, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a cooperação policial e judiciária em matéria penal (JAI). Instituiu igualmente a cidadania europeia, reforçou os poderes do Parlamento Europeu e criou a União Económica e Monetária”. Consultado o site oficial “Europa _ síntese da legislação”. Última modificação: 15.10.2010. [http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_pt.htm]

Revisando-se a literatura científica encontram-se algumas categorias jurídicas em torno da subsidiariedade, e particularmente a classificação proposta por Delpérée¹⁰ oferece uma aplicação adequada ao nosso sistema jurídico sobre as competências. Este autor divide a subsidiariedade, genericamente, em três espécies: subsidiariedade territorial, funcional e processual. Esta tipologia foi também objeto de consideração da doutrina belga entre os autores Marc Verdussen e Elisabeth Willemart¹¹ (subsidiariedade vertical e horizontal), e está embasada quanto ao conteúdo, ocupando-se de examinar o campo de ação deste princípio.

Não obstante, existem outras categorias especificadas por outros autores que também seriam de grande interesse ao entendimento deste princípio, às quais se mencionam: a classificação referida na doutrina francesa por Joël B d'Onorio¹² (*subsidiariedade positiva e negativa*) e na doutrina espanhola por Estella de Noriega¹³ (*subsidiariedade material e procedimental*).

Na prática, vale destacar que em relação a estes autores as classificações elaboradas analisam algumas características típicas da subsidiariedade, tais como dimensões, perspectivas, sentidos e formas de articulação identificando para que servem, segundo o entendimento de cada autor em torno do tema. Por um lado, não se adentrará na análise detalhada destas, tomando-se como referência a classificação proposta por Delpérée, considerada bastante usual em nosso sistema e oportuna aos objetivos deste estudo. Portanto, o autor define as três espécies de subsidiariedade em:

- I- Subsidiariedade territorial: diz-se quando uma autoridade administrativa ou política é chamada a atuar na potestade administrativa subsidiária adotando uma providência ou medida no lugar da autoridade pública originariamente competente. Aquela autoridade superior a esta que se encontra sem condições de cumprir com as obrigações, tem o dever legal de intervir subsidiariamente por possuir a capacidade territorial (competência). O autor faz referência às hipóteses nas quais as autoridades locais por não serem capazes de controlar uma desordem ou um problema estabelecido no território, a autoridade hierarquicamente superior fica obrigada a intervir no exercício da função do poder de polícia estatal. Tem assim, uma responsabilidade subsidiária para prestar auxílio, dar suporte técnico

10 OConfrontar no texto original sobre as definições e comentários referidos pelo autor em: DELPÉRÉE, Francis. Le principe de subsidiarité. Bruxelles: Bruylant. (XXXVII). 2002. p. 11-12.

11 Vide VERDUSSEN, Marc; WILLEMART, Elisabeth. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques. In: AAVV. L'Europe de Subsidiarité. (Dir. Marc Verdussen). Bruxelles: Bruylant. 2000. P. 254-ss.

12 D'ONORIO, Joël-Benoît. La Subsidiarité analyse d'un concept. In: AAVV. Actes du XII Colloque National de la Confédération des Juristes Catholiques de France. La subsidiarité. De la théorie à la pratique. Paris: TÉQUI. 1993. P.27.

13 ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. El Dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces/Universidad Carlos III. 2000. P.38.

- e material, fornecer ajuda econômica, assumir nessa condição devido a questão territorial o papel de suprir a deficiência ou complementá-la (citam-se, p.ex., as funções subsidiárias do estado em relação aos municípios pertencentes a este).
- II- Subsidiariedade funcional: normalmente a autoridade pública hierarquicamente superior não intervém em determinadas matérias da competência local ou regional, inclusive quanto às tarefas que regularmente devem ser exercidas por entes privados, somente o fazendo se constatada a total incapacidade da outra autoridade pública ou da iniciativa privada na atividade desenvolvida. Aqui o autor destaca principalmente as hipóteses em que o estado ou região possuem competência subsidiária em matéria econômica, isto é, quando a iniciativa privada ou autoridade local são insuficientes porque lhes faltam recursos para alcançarem os objetivos definidos anteriormente. Portanto, deve dimensionar o interesse do serviço ou prestação envolvido.
- III- Subsidiariedade processual: é toda ação própria de uma autoridade estatal que somente deve agir em relação a outra autoridade pública competente, quando há falha ou omissão na capacidade sancionadora, ou ainda, quando a autoridade hierarquicamente superior pode oferecer mais garantias de acesso ao pedido do demandante ou administrado. Citam-se, p. ex., os casos de uso indevido das responsabilidades de competências de órgãos de controle político, administrativo e judicial quando um deles deixar de satisfazer ao demandante mediante atos que incorram em abuso de poder, ou omissão do dever de agir, cuja medida adotada importará em recurso da parte prejudicada mediante a intervenção subsidiária de outra autoridade¹⁴.

04. Aspectos evolutivos da subsidiariedade no constitucionalismo brasileiro.

Como já foi referido no início deste estudo, a noção do princípio de subsidiariedade encontrou uma primeira delimitação na Constituição de 1934, que ao estabelecer no art. 5º as matérias da competência privativa da União, excepcionalizou dentre aquelas, as que seriam da competência subsidiária dos Estados para legislar quando visasse "suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta." (art. 5º § 3º CF 34).

Assim, dentre as matérias federais cabia subsidiariamente aos Estados: _ traçar diretrizes no que se referisse ao ensino (art. 5º, XIV - tra- çar as diretrizes da educação nacional); _

14 Como é sabido em vários países europeus (membros da UE) o controle dos atos administrativos se submete a Tribunais Administrativos, estes originariamente, distintos dos tribunais jurisdicionais. No Brasil, embora não foi adotado esse sistema e nem se adota essa nomenclatura, porém tanto no processo administrativo disciplinar (contencioso administrativo) quanto no processo judicial de acordo é possível aplicar a modalidade de competência processual subsidiária.

legislar de forma supletiva ou complementar no que se referisse a direito rural, regime penitenciário, arbitragem comercial, assistência social, assistência judiciária e estatísticas de interesse coletivo (previstas no art. 5º, inciso XIX, alínea c); _ legislar de forma supletiva ou complementar sobre normas do trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público (estas referidas no art. 5º, inciso XIX, alínea i, in fine); e por fim, _ legislar de forma supletiva ou complementar sobre as seguintes matérias elencadas, no art. 5º parágrafo 3º: *registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração.*

O texto constitucional de 1934, contemplava um dispositivo sobre a elaboração das normas gerais das matérias que fossem objeto da competência legislativa subsidiária ou complementar dos Estados, que seria de competência da Câmara dos Deputados contando com a colaboração do Senado Federal (Art.91, 1, inciso I CF).

Ressalta-se, por último, que quanto à competência subsidiária dos municípios, embora não foi prevista expressamente na Carta Política de 34, era possível admitir que esses entes federativos também possuíam em sua gênese constitucional a capacidade legislativa subsidiária para organizar a sua legislação local, segundo o princípio da autonomia, que implicitamente confere àqueles entes a competência de sua auto-organização, naquilo que fosse do interesse local, instituído no art. 13 da CF-34¹⁵.

Observa-se que antes, na Constituição de 1891¹⁶, alterada pela emenda constitucional de 03 de setembro de 1926, foi assegurada pela primeira vez a autonomia dos municípios conforme previsto nos artigos 6º, "f" e 68 (art. 6º - O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) f) a autonomia dos municípios; art 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.), de modo que a intervenção da União nessa hipótese em relação aos municípios já sinalizava uma possível forma de subsidiariedade. Por outro lado, nos artigos 7º e 9º da Carta de 1891, a competência de matérias da União e dos Estados, respectivamente delimitadas nesses dispositivos, eram exclusivas, não se observando a competência suplementar ou complementar dos estados.

Portanto, a delimitação mais precisa da subsidiariedade legislativa surge na Carta de 34 a partir da compreensão da repartição constitucional de competências entre os entes federativos que passou a se distinguir, na evolução do federalismo, em duas técnicas, assinalando-se a

15 (Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: I - a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta; II - a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas; III - A organização dos serviços de sua competência).

16 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891. Consultada em 02.05.2014: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>

classificação proposta pelo emérito professor mineiro Raul Machado Horta¹⁷ entre repartição horizontal e repartição vertical de competência.

Segundo a mencionada doutrina clássica do constitucionalismo brasileiro, objeto de importantes debates no Supremo Tribunal Federal (adiante STF), a primeira técnica, *repartição horizontal de competências* [...] “consiste na discriminação das matérias em dois círculos entregues, a título de competência exclusiva, um à orden central e, o outro, a cada uma das ordens estaduais, no limite do território respectivo.”¹⁸ A segunda técnica, *repartição vertical de competência* significa que “realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União e os Estados-membros, estabelecendo condomínio legislativo consoante regras constitucionais de convivência”¹⁹.

Neste aspecto, o tema da subsidiariedade não raro resultou em conflitos entre norma geral e norma suplementar, objeto de inúmeros litígios judiciais sob variadas e complexas discussões, inclusive acerca da validade de lei municipal contestada em face de lei federal. Por outro lado, a matéria levou a outros desdobramentos, inclusive enfrentando o STF, questão de ordem (RE 118451-RJ/ QO)²⁰ para definição da competência processual, em caloroso debate sobre o recurso cabível para dirimir tais questões.

Acrescenta-se ainda que sob a égide da nova Carta Política de 1988, outra questão de ordem em recurso extraordinário (RE nº 117.809-4-PR²¹) tramitou no STF, sob a relatoria do

17 Vide HORTA, Raul Machado. A autonomia do estado moderno no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte, 1964, p.49-56. Apud RE nº 117.809-4-PR. Relatório do Min. Sepúlveda Pertence. Fls. 300-301. Pub. 14.06.1989. Em STF/ Serviço de Jurisprudência. Ementário 1549-2 (Tribunal Pleno). Publ. DJ 04.08.1989. Consultado em 13.05.2014.

18 Ibidem, p. 49-ss.

19 Ibidem, p. 53.

20 “Questão de Ordem relativa a competência para o julgamento de recurso extraordinário fundado em alegações de ofensa a preceitos constitucionais e legais, bem como de dissídio de jurisprudência relativo a legislação infraconstitucional, e que subiu a esta Corte, independentemente de arguição de relevância, por ter sido admitido pela letra ‘a’ do inciso III do artigo 119 Emenda Constitucional n. 1/69. - por já se encontrarem os autos principais nesta Corte e o recurso extraordinário já estar admitido no tocante a todas as alegações constitucionais e infraconstitucionais por força da súmula 292, tem-se o recurso extraordinário como convertido, ‘ipso iure’, em recurso extraordinário (quanto a matéria constitucional) e em recurso especial (quanto a matéria infraconstitucional) independentemente da necessidade do desdobramento material desses dois recursos a ser feito pelo recorrente, como se faz mister quando o recurso especial depende de admissão no tribunal de origem. Questão de ordem que se decide no sentido de determinar-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, para que este julgue a parte que se converteu em recurso especial (a relativa as alegações de ofensa a legislação infraconstitucional e de dissídio referente também a legislação dessa natureza) nos termos das letras ‘a’ e ‘c’ do inciso III do artigo 105 da atual constituição, e, posteriormente, devolva os autos a esta Corte, a que competira julgar a parte que permaneceu como recurso extraordinário, ou seja, a relativa a ofensa aos dispositivos constitucionais invocados pela recorrente”. (RE 118451 QO, Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/1989, DJ 05-05-1989 PP-07164 EMENT VOL-01540-03 PP-00520)

21 IEMENTA: “Constitucional. Processual. 1 - Recurso extraordinário (Const., art. 102, III, b) e recurso especial (art. 105, III, b): distinção. II - Estado Federal: repartição horizontal e repartição vertical de competência (Raul Machado Horta): consequências processuais na distinção entre hipóteses similares, mas distintas, de recurso extraordinário e do recurso especial (CF, arts. 102, III, b e 105, III, b). 1. Questão de ordem: competência para julgar RE, admitido pelas letras b e c, do art. 119, III, Const. 1969, porque o acórdão recorrido aplicou lei municipal, de validade contestada em face de lei federal, que a mesma decisão julgou inconstitucional. 2. Nem sempre a discussão de validade de lei ou ato de governo local em face de lei federal se resolve numa questão constitucional de invasão de competência, podendo reduzir-se à interpretação da lei federal e da lei ou ato local para saber de sua recíproca compatibilidade. 3. Se, entre uma lei federal e uma lei estadual ou municipal, a decisão optar pela aplicação da última por entender que a norma central regulou matéria de competência local, é evidente que a terá considerado inconstitucional, o que basta à admissão do recurso extraordinário pela letra b do art. 102, III, da Constituição. 4. Ao recurso especial (art. 105, III, b), coerentemente com a sua destinação, tocará a outra hipótese, a do cotejo entre lei federal e lei local, sem que se questione a validade da primeira, mas apenas a compatibilidade material com ela, a lei federal, de norma abstrata ou do ato concreto estadual ou municipal. 5. Questão de ordem que se resolve pela competência exclusiva do STF para apreciar o recurso, dado que se afastou a aplicação da lei federal por inconstitucionalidade”. (RE 117809 QO, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/1989, DJ 04-08-1989 PP-12612 EMENT VOL-01549-02 PP-00288 RTJ VOL-0129-01 PP-00456). Vide STF/ Serviço de Jurisprudência. Ementário 1549-2 (Tribunal Pleno). Publ. DJ 04.08.1989. Consultado em 13.05.2014.

Min. Sepúlveda Pertence, o qual examinando sobre a evolução constitucional da repartição de competência entre os entes federativos, trouxe relevante reflexão em torno da questão da subsidiariedade, implícita ao problema da repartição da competência exclusiva e da competência complementar ou supletiva, sucintamente abaixo destacado em seu voto:

"[...] repita-se, que, enquanto o parâmetro da impugnação da validade de lei ou ato normativo estadual for lei federal sobre o mesmo assunto, editada sob invocação de competência exclusiva da União, terá inteira razão o Min. Moreira Alves: o problema será necessariamente constitucional. Mas ninguém desconhece que, a essa técnica ortodoxa da repartição de competência exclusiva, a evolução do federalismo, na linha de ampliação constante da esfera material dos poderes legislativos da União, somou, em favor dos Estados-membros, o que o notável professor de Minas chama de "atividade normativa compensatória" (grifou-se) "[...] traduzida na técnica da "repartição vertical de competência [...] sic.

Dessas "regras constitucionais de convivência" entre órbitas de competência concorrentes, a mais comum é a da prevalência de lei federal, anterior ou posterior, sobre a lei local atinente à mesma matéria: essa vinha sendo a tradição do constitucionalismo brasileiro, seja no campo da competência tributária concorrente (CF-34, art. 11; CF-37, art. 24; CF-46, art. 21), seja na área da competência complementar ou supletiva dos Estados (CF-34, art. 5º § 3º; CF-37, art. 18; CF-46, art. 6º; CF-67, art. 8º § 2º, CF-69, art. 8º, parágrafo único).

Na esfera da técnica de repartição vertical, invertem-se, pois, os termos de equação do federalismo clássico: a relação entre lei federal e lei estadual deixa de ser uma questão de competência, que, em tese, é comum, à União e aos Estados, para reduzir-se a uma questão de hierarquia de normas (cf. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946, 1953, I/441)."²² [grifos nossos]

Naquele referido julgamento, o então Ministro Célio Borja, deixou registrado um novo questionamento a respeito da matéria constitucional quanto aos limites da subsidiariedade, muito embora não tenha empregado este termo em seu voto, que ora se transcreve uma parte:

"Permitir-me-ia pedir vênias a S. Exa. para, na oportunidade própria, fixarmos uma regra que nos ajude a discernir _ e isso não é fácil _ o caso em que se perquire da compatibilidade material de uma norma estadual ou municipal com uma norma federal, daqueles outros casos de repartição vertical de competência; e mesmo nesses casos, quando há, ou não uma questão constitucional [...]

O que é norma geral e qual o campo de abrangência da norma particular de cada Estado. Essa questão já existia na Constituição de 46, e ela, de fato, representa para os estudiosos do regime federativo do Brasil, uma grande dor de cabeça, uma enorme dificuldade. S. Exa., por certo, também conhece os obstáculos."²³ [grifos nossos]

22 RE 117809-PR. QO, Relatório, fls. 301-302. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/1989, DJ 04-08-1989. Consultado em 13.05.2014.

23 RE 117809-PR. QO, Voto, fls. 307. Min. Célio Borja, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/1989, DJ 04-08-1989. Consultado em 13.05.2014.

Portanto, a discussão gerada era em torno de saber “onde acaba o que é norma geral e começa o que é norma suplementar”, como bem indagou o Min. Sepúlveda Pertence²⁴, após ouvir as ponderações do voto do Min. Célio Borja.

Voltando-se à análise da evolução constitucional da subsidiariedade, observa-se que a Constituição Federal de 1937, além de manter a previsão anterior da competência legislativa suplementar ou complementar dos Estados-membros e da autonomia dos municípios na organização de suas funções de interesse local, respectivamente, nos artigos 17 e 26²⁵ trouxe uma inovação. Foi introduzida, pela primeira vez que tratava da organização da família, no capítulo da “Família”, no artigo 125, uma cláusula de subsidiariedade de caráter funcional, relativa à execução da política de ensino público, que até então não tinha sido prevista na CF-34, exceto no aspecto de fixação das diretrizes, consoante descrito no Título I – Da organização federal, capítulo I, das disposições preliminares do art. 5º, XIV e § 3º, no que pertine a traçar as diretrizes da educação nacional no ordenamento constitucional brasileiro. Veja-se o dispositivo em comento da Carta de 37:

“Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. (destacou-se)

No que pertine à função de subsidiariedade horizontal administrativa esta foi inserida no texto constitucional, na segunda parte do dispositivo o fim de “suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. Diga-se de passagem, que norma semelhante estava prevista no sistema alemão desde 1922 na legislação referente ao ensino²⁶.

O Estado aparece como um colaborador quando fosse para suprir uma necessidade que o setor privado era incapaz atender, por isso, em essência o princípio de subsidiariedade limitava a iniciativa do poder público que justificava somente nos casos da ausência de iniciativa privada, sendo lícita e oportuna a intervenção do Estado.

Por conseguinte, a Carta Magna de 1946, seguiu mantendo a competência subsidiária legislativa dos Estados para suprir ou complementar as matérias elencadas no dispositivo

24 *Ibidem*, fls. 307.

25 “Art 17 - Nas matérias de competência exclusiva da União, a lei poderá delegar aos Estados a faculdade de legislar, seja para regular a matéria, seja para suprir as lacunas da legislação federal, quando se trate de questão que interesse, de maneira predominante, a um ou alguns Estados. Nesse caso, a lei votada pela Assembleia estadual só entrará em vigor mediante aprovação do Governo federal.(grifos nossos).

“Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente: (...); c) à organização dos serviços públicos de caráter local”. Cfr. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (10 de novembro de 1937). [em linha]: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> [Consultada em 18 jun 2013].

26 MILLON-DELSOL, Chantal. Le principe de subsidiarité. Op.cit

6^o27, que por sua vez remetia ao art. 5º, inciso XV, letras “b, e, d, f, h, j, l, o” e “r”²⁸.

Quanto à repartição de competência subsidiária vertical dos Municípios para legislar esta foi, também, mantida, o que se permitia considerar através do princípio da autonomia para legislar em assuntos de interesse local, conforme disposto no artigo 28, discriminando algumas matérias nos incisos I e II²⁹.

Quanto à forma do exercício da educação no país, a Constituição de 46 inspirada nos princípios do Estado social de direito tornou a enfatizar a concepção da função de subsidiariedade horizontal do Estado, porque ao atribuir o caráter de “dever do Estado em garantir o acesso ao ensino público em diferentes ramos”, deixou claro também, o respeito à liberdade individual e a responsabilidade da iniciativa privada na oferta do ensino (art. 167), o que segundo o princípio da autonomia social³⁰ cabe à sociedade contribuir na promoção do auto desenvolvimento dos indivíduos. Assim, no título VI tratando “Da Família, da Educação e da Cultura”, nos artigos 166 e 167, sob o fundamento da livre iniciativa e da solidariedade, restou assentado que:

“Art.166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar- -se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

Art.167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem”.

Após vinte anos de vigência da Carta de 46, sobreveio a Constituição Federal de 1967³¹ (adiante CF), cabendo recordar que esta foi pronto modificada pelo Ato Institucional nº 5/1968

- 27 7“Art 6º - A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras b , e , d , f , h , j , l , o e r , não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar.” (grifamos).
- 28 Enumeram-se as seguintes matérias : b) direito financeiro; seguro e previdência social; defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário; d) diretrizes e bases da educação; e) registros públicos e juntas comerciais; f) organização, instrução, justiça e garantias das polícias militares e condições gerais da sua utilização pelo Governo federal nos casos de mobilização ou de guerra; h) requisições civis e militares em tempo de guerra; j) tráfego interestadual; l) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca; o) emigração e imigração; e r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional).
- 29 9“Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada: I- (...); II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas; b) à organização dos serviços públicos locais.” Cfr. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (18 de setembro de 1946). [em linha]: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm > [Consultada em 18 jun 2013].
- 30 0Este princípio tem sua primeira formulação na teoria filosófica da escolástica tendo como precursor São Tomaz de Aquino, em torno da subsidiariedade e da doutrina do bem comum, e foi abstraído pela Escola do Direito Natural, exercendo séculos mais tarde, forte influência nas ideias da teoria da solidariedade da escola francesa do direito administrativo (Duguit), em meados do século XX. O princípio da autonomia social ganha relevo também, na doutrina social da igreja, através da encíclica papal Quadragésimo Anno, publicada pelo Papa Pio XI em 1931, propondo uma restauração social geral naquele período de forte crise econômica, provocada pela depressão norte-americana, fortalecendo, portanto, as bases do estado do bem estar social, cujas ideias aportaram no Brasil, já nos anos 30 no governo de Getúlio Vargas. Por fim, o princípio da autonomia social compartilha com a subsidiariedade horizontal a relação entre a iniciativa privada e o Estado, na promoção do desenvolvimento social. A relação entre sociedade e Estado, neste aspecto da subsidiariedade horizontal aponta para um movimento dialético).
- 31 1Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (24 de janeiro de 1967). [em linha]: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm > [Consultada em 18 jun 2013].

(adiante AI), de 13 de dezembro de 1968, editado no governo militar, impondo medidas de restrições da liberdade política e dos direitos civis, e com intervenção direta nos Estados e Municípios, ultrapassando os limites das garantias da Constituição. No ano seguinte, esta Carta Política foi substancialmente reformada através da Emenda Constitucional nº 1/69 (adiante EC), de 17 de outubro, considerada por alguns constitucionalistas uma nova constituição que vigorou até 1988.

Desse modo, a reforma constitucional levada a efeito pela EC nº 1/69 introduziu mudanças na matéria da competência legislativa subsidiária e de outras funções relacionadas à subsidiariedade, entre as seguintes:

Primeiro, relativo à competência legislativa concorrente entre Estados-membros e a União, observou-se uma limitação das matérias que poderiam ser objeto, segundo elencado no 8º, XVII³² e parágrafo único da EC 1/69. Por tanto a competência da União não excluiria a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q, e v do item XVII, respeitada a lei federal.

Segundo, a EC nº 1/69 manteve a subsidiariedade legislativa dos municípios no artigo 15³³, em que pese as regras de restrições interventivas do AI nº 5/68 ao princípio da autonomia destes.

Em outro aspecto, na matéria da competência tributária foi introduzida a competência administrativa supletiva de Estados, Municípios e do Distrito Federal nos artigos 18 § 1º (competência residual)³⁴ e 21 § 1º (competência funcional supletiva)³⁵.

Por último, no que diz respeito às normas da educação e cultura a EC nº 1/69 manteve a "cláusula de subsidiariedade horizontal", vez que o Estado brasileiro permaneceu com parcela da reponsabilidade pela oferta do ensino público, consoante o artigo 176, do Título IV "Da família, da educação e da cultura", conservando-se também os preceitos em relação à

32 Art. 8º. Compete à União: (...) XVII- Legislar sobre: (...). Parágrafo único. A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q, e v do item XVII, respeitada a lei federal. (Grifos nossos). Cfr. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969 [en línea]: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm > [Consultada em 18 jun 2013].

33 3ª Art. 15. A autonomia municipal será assegurada: I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e vereadores (...); II - pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e b) à organização dos serviços públicos locais". (grifos nossos). Ibidem.

34 4ª Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir: (...) § 5º. A União poderá, desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos dos previstos nesta Constituição instituir outros impostos, além dos mencionados nos artigos 21 e 22 e que não sejam da competência tributária privativa dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, assim como transferir-lhes o exercício da competência residual em relação a impostos, cuja incidência seja definida em lei federal". (grifos nossos)

35 5ª Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre: (...) § 5º. A União poderá transferir o exercício supletivo de sua competência tributária aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios". (grifos nossos).

iniciativa privada do texto da Carta de 1946 (arts. 166 e 167 acima comentados):

“Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

§ 1º O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

§ 2º Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive mediante bolsas de estudos.

§ 3º (...)”³⁶ (grifos nossos)

Outra importante contribuição trazida nessa matéria com a EC nº 1/69, foi a “cláusula da subsidiariedade vertical” introduzida na oferta de ensino federal em todo país, este de caráter supletivo; portanto, a União somente atuaria junto a Estados e Municípios na medida dos limites das deficiências locais, consoante disposto no art. 177³⁷:

“Art. 177. Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, que terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais. (grifos nossos).

Posteriormente, o retorno ao Estado democrático de direito no Brasil, trouxe uma nova ordem constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988³⁸ (adiante CF), observa-se que foi ampliado o catálogo de matérias da repartição de competências entre os quatro entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Assim, a competência concorrente entre as normas gerais da União e normas suplementares remetidas aos Estados foram elencadas no rol do artigo 24 e §§ 1º e 2º CF³⁹, dos Municípios no artigo 30, II CF⁴⁰ e do

36 Cfr. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969. *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

38 Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. [em linha]: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm > [Consultada em 18 jun 2013].

39 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados”. (grifos nossos). Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Ibidem*.

40 0º Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;” (grifos nossos). *Ibidem*.

Distrito Federal no artigo 32 § 2º CF.⁴¹

Assinala-se ainda que, apesar da competência legislativa exclusiva da União descrita no rol de art. 22 de lá CF, foi também conferido aos Estados a competência concorrente, portanto, aplicável à espécie a subsidiariedade para legislar em questões específicas em tais matérias, ex VI do art. 22. Parágrafo único CF⁴², desde que devidamente autorizado por lei complementar.

Por último, a CF de 1988⁴³ fez uma redefinição completa dos direitos sociais da educação, que passou a ser considerado como serviço público essencial⁴⁴, observando-se ainda que a função de subsidiariedade vertical permanece descrita no artigo 211 § 1º CF⁴⁵ a qual além da função redistributiva, mantém a natureza de função supletiva⁴⁶ da União e dos Estados no seguinte aspecto: significa que estes só devem agir quando for para corrigir, progressivamente as disparidades do acesso e garantir os padrões mínimos da qualidade do ensino, si as respectivas estâncias locais mais próximas, não forem atendidas mediante a oferta de vagas do ensino nas escolas da rede pública (estadual, municipal e distrital) a que corresponda, respectivamente, cada nível das esferas.⁴⁷

05. Notas a respeito da Jurisprudência do STF.

Um último aspecto que se ressalta, para finalizar esta resumida análise do princípio da subsidiariedade no direito brasileiro, será sobre a interpretação da jurisprudência em torno da sua aplicação, o qual vem sendo interpretado em julgados do Supremo Tribunal Federal sob vários matizes, consoante já se fez uma primeira menção neste estudo.

41 "Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, (...). § 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. (...)" (grifos nossos). Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Ibidem*.

42 "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...); Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo". *Ibidem*

43 Vide o Título VIII - Da ordem social, capítulo III - "Da educação, da cultura e do desporto", que detalhou sobre a distribuição das competências administrativas entre as distintas esferas federal, estadual, municipal e distrital, delimitando quais são as funções de organização e colaboração do ensino em cada sistema e os respectivos percentuais de financiamento de aplicação a cargo de cada esfera do governo.

44 Cfr. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. P. 839.

45 "Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (...) § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório". (Subrayamos). Cfr. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Ibidem*.

46 As competências de cada nível devem ser cumpridas em conformidade com os preceitos da Constituição e la lei de Diretrizes de Bases da Educação (Art. 75 da Lei Federal nº 9.394/96, de 20 de dezembro) e segundo as demais normas da legislação infraconstitucional vigente.

47 Os municípios são encarregados da educação infantil (creches e pré-escola) e básica (ensino fundamental, obrigatório e gratuito); os Estados e o Distrito Federal atuarão com prioridade na educação com oferta do ensino fundamental e médio.

Não se propõe fazer um exame profundo da interpretação emanada da Suprema Corte a respeito da subsidiariedade, mas tecer dois pontos de interesse ao estudo deste princípio, na construção de uma doutrina mais sedimentada a esse respeito.

O primeiro aspecto examinado envolve tanto a subsidiariedade funcional como a subsidiariedade processual, posição que vem sendo firmada na delimitação das competências concorrentes pela Excelsa Corte. Existem julgados relativos aos conflitos de interesse envolvendo esta matéria, não apenas no exercício da competência legislativa, mas administrativa das funções e prestações de serviços públicos essenciais de responsabilidade da União, Estados- -membros, Municípios e Distrito Federal; De outro modo, o conflito de competências concorrentes entre os órgãos administrativos dentro das três esferas dos Poderes constituídos, relativo às funções de controle e fiscalização dos atos administrativos, vem provocando relevantes decisões a respeito da autonomia destes órgãos autônomos (v.g., Conselho Nacional de Justiça e Tribunais).

Assim, quanto à primeira discussão que se refere sobre o conflito de interesses entre funções públicas de administração e serviços, cita-se por exemplo um caso entre Estado e Municípios, que envolve o elemento de subsidiariedade o qual resultou em importante decisão emanada da excelsa Corte, que será mencionada apenas como referência em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade versando o objeto da demanda dentre outros assuntos sobre a instituição de região metropolitana e da competência para administração de saneamento básico entre municípios integrados.

No julgamento da ADI 1842- RJ⁴⁸, tendo como relator o Min. Luiz Fux (e relator do acórdão o Min. Gilmar Mendes) realizado pelo Tribunal Pleno do STF em 06/03/2013, a questão da subsidiariedade funcional foi amplamente debatida tendo o Min. Luis Fux, em uma parte de sua análise reiterado sobre a concepção de subsidiariedade, trazida do direito germânico, conforme colacionado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto, e aplicada ao caso em comento (fls. 20):

“O próprio Ministro Gilmar Mendes trouxe à baila em seu voto a experiência dos Kreise alemães, do qual destaque, por oportuno: “Na Alemanha, destaca-se o modelo dos Kreise, que instituí

48 Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. (...) 3. (...) O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). [...] A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa” constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a 21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro. 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (...)”.ADI 1842, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181 Public 16-09-2013). Consultado em 11-02-2014: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/> >

associação distrital, com regime de competências de interesse comum. A propósito, Andreas J. Krell explicita a natureza e características das circunscrições municipais: 'Nesse ponto, cabe fazer um excursão para uma instituição famosa da administração pública na Alemanha, o 'Kreise', cuja tradução adequada é 'círculo' ou 'circunscrição' municipal. A competência dos Kreise é baseada no princípio da subsidiariedade, quer dizer: somente aquelas funções que os próprios municípios não conseguem exercer sozinhos de maneira satisfatória, devem ser cumpridos pelo respectivo Kreise, que, na média, integra de 20 a 30 municípios menores e rurais.' (Voto do Relator Min. Luis Fux, fls. 20).

A egrégia Corte ao final pronunciou o seguinte entendimento com relação à instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões no sentido de que: "à instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos". Portanto, é possível deduzir que o princípio da subsidiariedade foi reconhecido nesse julgamento em harmonia com o princípio da autonomia municipal, conforme a exegese conclusiva, afirmando pelo Pretório de que: "este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal". E ao final sedimentou que: "a participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto". (grifos nossos).

Outra relevante questão apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desta feita a respeito da subsidiariedade processual foi no julgamento do Agravo Regimental em Medida Cautelar do Mandado de Segurança nº 28.891-MC-AgR/DF⁴⁹ de 13 de junho de 2012, no qual a "discussão central do recurso gira em torno da subsidiariedade ou da concorrência da fiscalização efetuada pelo Conselho Nacional de Justiça em face da competência de igual natureza dos próprios tribunais".⁵⁰

Naquele processo o Ministro-relator Celso de Melo destacou sobre o alcance do princípio de subsidiariedade em torno da questão da autonomia administrativa em caso concreto, quando envolver a atuação de órgãos do Poder Judiciário (Tribunais Estaduais, Regionais, Superiores) frente aos poderes conferidos constitucionalmente ao Conselho Nacional de Justiça (adiante CNJ), reconhecendo aquele e. Ministro, em suma, que a subsidiariedade é um

49 Vide MS nº 28.891 MC-AgR/DF (Recurso de Agravo Regimental em Medida Cautelar em Mandado de Segurança). Relatório e Voto do Ministro Celso de Mello e Decisão final do Tribunal Pleno proferida em 13.06.2012. Consulta em 20-04-2014 : < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3125768>>

50 Cf. Parecer da lavra do Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos (fls. 456/461) referido pelo Min. Celso Melo no Relatório do MS 28.891-MC-AgR/DF.

fator de harmonização e equilíbrio entre situações jurídicas conflitantes, consoante extraído do voto, *in verbis* :

“(…) se pode afirmar que o postulado da subsidiariedade representa, nesse contexto, um fator de harmonização e de equilíbrio entre situações que, por exprimirem estados de polaridade conflitante (pretensão de autonomia em contraste com tendência centralizadora), poderão dar causa a grave tensão dialética, tão desgastante quão igualmente lesiva para os sujeitos e órgãos em relação de frontal antagonismo”⁵¹ (grifos nossos).

Assim, no entendimento do Min. Celso de Melo sobre a função de subsidiariedade foi reforçado o argumento de que a competência do CNJ em matéria correcional, disciplinar e administrativa seria complementar, consoante deixou lavrado:

“incidência do princípio da subsidiariedade como requisito legitimador do exercício, pelo Conselho Nacional de Justiça, de uma competência complementar em matéria correcional, disciplinar e administrativa. Papel relevante, nesse contexto, porque harmonizador de prerrogativas antagônicas, desempenhado pela cláusula de subsidiariedade. (grifos nossos). _ fls. 19/20

Ressalta-se ainda que, neste voto o Min. Celso de Melo trouxe à reflexão uma vez mais o conceito inovador do princípio de subsidiariedade mitigada, anteriormente defendido pelo Ministro Luis Fux, em voto-vista firmado, em outro processo, _ no Mandado de Segurança nº 28.003- DF⁵², onde o Pleno do egrégio STF havia apreciado e julgado, também, a questão da competência processual (aqui adotando-se a classificação apresentada no início deste estudo) do CNJ em processo administrativo disciplinar.

Na peculiaridade deste voto do Min. Luis Fux (que foi transcrito) colhem-se os dois conceitos, a respeito do princípio da subsidiariedade, o primeiro seria o conceito propriamente dito, e o outro revelando a noção de princípio de subsidiariedade mitigada, observando-se adiante conforme se destaca:

51 1Vide MS 28.891 MC-AgR/DF (Recurso de Agravo Regimental em Medida Cautelar em Mandado de Segurança). Relatório e Voto do Ministro Celso de Mello. Op. Cit.

52 “Denegação da segurança, mantendo-se a decisão do Conselho Nacional de Justiça com o aproveitamento de todas as provas já produzidas”. MS 28003, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator p/Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 08/02/2012, Acórdão Eletrônico Dje-106 Divulg 30-05-2012 Public 31-05-2012. Consultada em 20/04/2014: < Predominou na exegese do STF a tese oposta, acolhida por maioria do colegiado, segundo o qual foi reconhecida a competência sancionadora originária, mesmo que mantida o autogoverno dos órgãos disciplinares dos Tribunais. Significa por tanto, que o CNJ é órgão constitucional de controle administrativo dos atos praticados por magistrados e serventuários, e pode conhecer diretamente das reclamações, decidindo e aplicando as providências administrativas e sanções previstas na lei, inclusive pode avocar processos administrativos disciplinares em tramitação no Tribunal local ou vinculado com o objeto da reclamação.

“De acordo, portanto, com o princípio da subsidiariedade, a autoridade estatal mais afastada da comunidade apenas poderá atuar quando a esfera de poder inferior não tiver condições de eficazmente desempenhar suas funções.

Nesse cenário, o princípio da subsidiariedade não impede o exercício da competência originária pelo CNJ nas situações em que o Poder Judiciário local não tiver meios para agir, ficando o referido órgão nacional autorizado a, por exemplo, originariamente e nesses casos, realizar investigações e apurações das condutas de magistrados e, até mesmo, em cartórios extrajudiciais. (...) [fls. 16]

Em suma, o Supremo Tribunal Federal, por força do princípio da unidade da Constituição e como Guardião da Carta Federal, não pode desconsiderar a autoridade do CNJ e a autonomia dos Tribunais, por isso que a conciliação possível, tendo em vista a atividade correcional de ambas as instituições, resulta na incidência do denominado “Princípio da Subsidiariedade’ de forma mitigada”. O princípio da subsidiariedade mitigada, que pauta a atuação do CNJ, indica que a competência originária do órgão pode ser exercida de acordo com os seguintes termos e parâmetros apresentados de forma exemplificativa: a) Comprovação da inércia do Tribunal local quanto ao exercício de sua competência disciplinar. (...); b) Demora irrazoável; c) Falta de quórum; d) Simulação; e) Prova da incapacidade de atuação dos órgãos locais; f) A iminência de prescrição de punições aplicáveis; g) Qualquer situação genérica; h) Arquivado; i) Havendo conflito de interesses; j) Os procedimentos disciplinares; (...)”

Portanto, a tese sustentada pelo Min. Luis Fux inovou trazendo a concepção de princípio de subsidiariedade mitigada que, em outras palavras, sustenta a aplicação de um determinado rol de competências ou atribuições, determinando a necessidade concreta de se fixar em quais situações poderia se orientar a atuação processual subsidiária em se tratando da função sancionadora do CNJ pela via administrativa, pois conforme foi enfatizado pelo Min. Celso Melo a respeito desse posicionamento a subsidiariedade mitigada “consiste em como fator de superação de eventual antagonismo, em matéria de jurisdição censória, entre o Conselho Nacionalidade Justiça, de um lado, e a autonomia institucional dos Tribunais, de outro” fls. 19.

Inclusive foi este, Ministro quem qualificou várias destas "situações" de anômalas, em outros casos que já havia examinado, para servir parâmetro em hipóteses específicas de intervenção do CNJ.

Esta tese, não obstante, ser de exegese restritiva, e vencida no julgamento do recurso, bem assinalado pelo relator Min. Celso de Melo, de que ajustaria o seu voto⁵³, ao final, segundo o entendimento diretriz da Corte, mesmo assim, pode-se extrair da análise discorrida sobre o princípio de subsidiariedade, neste julgamento, que trouxe relevante contribuição e de que ainda existem muitos pontos suscitando o estudo aprofundado sobre este importante princípio jurídico.

Diga-se de passagem, que a tese diretriz primeiramente acolhida pelo E. Tribunal Pleno da Suprema Corte, nos autos do MS 28003 / DF, que teve como Relatora a Min. ELLEN GRACIE, e o Relator p/ Acórdão o Min. LUIZ FUX, julgado em 08/02/2012, restou consubstanciada, no ponto do acórdão que a competência do CNJ não se revela como subsidiária, assim ementado:

"(...) 6) A competência originária do Conselho Nacional de Justiça resulta do texto constitucional e independe de motivação do referido órgão, bem como da satisfação de requisitos específicos. A competência do CNJ não se revela subsidiária".⁵⁴

E finalmente, quanto às varias hipóteses jurídicas aventadas na tese da subsidiariedade mitigada (elencadas nas alíneas "a" a "j") pelo Min. Luís Fux, foram colacionadas no acórdão final (item 7) de "forma exemplificativa" para que de acordo com "competência originária do órgão" possa servir de parâmetros.

Considerações Finais

Conforme foi abordado neste estudo, o princípio de subsidiariedade é de complexa definição, não obstante seja um princípio jurídico delimitador do exercício das competências. É um princípio que embora importado da Filosofia política, precisamente sua forte contribuição provém do federalismo alemão, e em 1992 passou a ter uma nova configuração, a partir de

53 Vide a conclusão do voto do Min. Celso de Melo: "Não obstante a minha pessoal convicção em sentido contrário, que acolhe exegese restritiva a propósito do tema em discussão, tal como exposta na decisão recorrida, devo ajustar o meu entendimento à diretriz jurisprudencial prevalecente nesta Suprema Corte, em respeito e em atenção ao princípio da colegialidade". ..grifou-se.

54 Denegação da segurança, mantendo-se a decisão do Conselho Nacional de Justiça com o aproveitamento de todas as provas já produzidas". MS 28003, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator p/Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 08/02/2012, Acórdão Eletrônico Dje-106 Divulg 30-05-2012 Public 31-05-2012. Consultada em 20/04/2014: <

sua inserção no Tratado da União Europeia, por isso foi objeto de muitos estudos em torno de sua construção jurídica na doutrina e jurisprudência europeia.

Aparentemente em nosso sistema jurídico, a rigor, em nenhum texto constitucional das constituições brasileiras, o elemento da subsidiariedade recebeu a denominação de princípio, não obstante, está previsto a partir da Constituição de 34, como um mecanismo (ou técnica) da repartição da competência legislativa entre a centralização da União e a descentralizações dos Estados e Municípios. Sucessivamente, a cada nova ordem constitucional a subsidiariedade foi ganhando novos contornos no sistema jurídico brasileiro, e adquiriu uma significativa aplicação em outros temas constitucionais, especialmente quanto ao exercício da função legiferante da ordem tributária e de diversas matérias, da autonomia dos Municípios, e no capítulo da organização da família relacionado ao tema da intervenção pública na educação (CF de 46).

Atualmente, na vigência da CF de 1988, tem adquirido novos contornos na jurisprudência, consoante foi comentado sobre as decisões relativas às regiões metropolitanas envolvendo interesses de Estado e municípios no exercício da autonomia destes e da prestação de serviços comuns. De outra parte, no tocante à atuação de órgão administrativo e disciplinar (Conselho Nacional de Justiça), no exercício da competência concorrente para exercer atividade correccional e sancionadora administrativa, o debate simboliza um relevante avanço na interpretação quanto aos limites de aplicação deste princípio em cada caso concreto.

Por fim, conclui-se que um dos desafios deste princípio sua aplicação não só no âmbito da competência legislativa concorrente, mas da sua aplicação nas competências materiais em que os diversos entes da federação e órgãos administrativos devem exercer, de forma compartilhada mas em condições diferenciadas, as distintas competências administrativa, territorial e funcional.

Referências Bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. Rio. Forense, 1997.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/02/1891. Consulta: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16/07/1934. Consulta: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937. Consulta: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18/09/1946. Consulta: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24/01/1967. (Emenda Constitucional nº 01/69, de 17/10/1969). Consulta: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988. Consulta: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> BRASIL - STF – ADI 1842. Relator(a): Min. Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181. Public 16-09-2013 Consultado: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>> em 11-02-2014.

BRASIL – STF_ RE nº 117.809-4-PR. QO. Relatório e Voto do Min. Sepúlveda Pertence. Fls. 300-301. Pub. 14.06.1989. Em STF/Serviço de Jurisprudência. Ementário 1549-2 (Tribunal Pleno). Publ. DJ 04.08.1989. Consultado em 13.05.2014. BRASIL - STF _ MS 28.891 MC-AGR / DF. Relator :Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, Acórdão Eletrônico Dje-231 Divulg 23-11-2012 Public 26-11-2012). Consultado em 13.05.2014.

DELPÉRIÉ, Francis. Le principe de subsidiarité. Bruxelles: Bruylant. (XXXVII). 2002. p. 11-12.

D'ONORIO, Jean-Benoît. La subsidiarité analyse d'un concept. En: AAVV. Actes du XII Colloque National de la Confédération des Juristes Catholiques de France. La subsidiarité. De la théorie à la pratique. Paris: TÉQUI. 1993. P. 11-40;

ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. El dilema de Luxemburgo. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el principio de subsidiariedad. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces/Universidad Carlos III. 2000.

HORTA, Raul Machado. A autonomia do estado moderno no direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte, 1964, p.49-56. MILLON-DELSOL, Chantal. Le principe de subsidiarité. 1ª ed. Paris: PUF. 1993.

STEIN, Torsten. El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea. Madrid: REP, nº 90, 1995, pp. 69-84.

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. [2010/C 83/01]. Consultada : [http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_pt.htm]. Última modificação: 15.10.2010.

VERDUSSEN, Marc; WILLEMART, Elisabeth. La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques. In: AAVV. L'Europe de Subsidiarité. (Dir. Marc Verdussen). Bruxelles: Bruylant. 2000. P. 254-ss.



TOMO VIII

DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONCORRÊNCIA

| DORA RESENDE ALVES |

| MARIA MANUELA MAGALHÃES SILVA |

O RESPEITO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS
PROCEDIMENTOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA
UNIÃO EUROPEIA NO ÂMBITO DO REGULAMENTO N.º 1/2003

The enforcement of fundamental rights on the european
union competition law proceedingseia.Pág 335

| THIAGO AIRES ESTRELA |

CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E O REGISTRO
DO PENHOR NA MATRÍCULA DO IMÓVEL:

Novas Perspectivas a Respeito do Registro de Imóveis.Pág 365



O RESPEITO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PROCEDIMENTOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA NO ÂMBITO DO REGULAMENTO N.º 1/2003

THE ENFORCEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE
EUROPEAN UNION COMPETITION LAW PROCEDINGS

Dora Resende Alves¹

Maria Manuela Magalhães Silva²

RESUMO: Apresenta-se uma aproximação breve ao dever de respeito da Comissão Europeia pelos direitos fundamentais no exercício dos procedimentos do direito da concorrência da União Europeia. No desempenho dos seus poderes de investigação ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003, cabe à Comissão respeitar os princípios gerais e direitos de defesa garantidos pelo direito comunitário.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão Europeia, direito da concorrência, Regulamento n.º 1/2003, direitos de defesa.

ABSTRACT: This paper presents a brief approach to the duty of the European Commission to respect the fundamental rights in the exercise of procedures of competition law of the European Union. In exercising its powers of investigation under Regulation n.º 1/2003, the Commission must respect the general principles and fundamental rights guaranteed by european law.

1 Mestre em Direito e Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal. Doutoranda em Direito na Universidade de Vigo, Espanha.

2 Doutora em Direito e Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e do Instituto Bissaya Barreto, Porto e Coimbra, Portugal.

KEY-WORDS: European Commission, competition law, Regulation n.º 1/2003, the rights of defense

Sumário: Introdução; 1. Os poderes de investigação da Comissão; 2. O respeito pelos direitos fundamentais das empresas; a) O direito de não testemunhar contra si próprio; b) Protecção da correspondência entre empresa e advogado; c) Sigilo profissional; d) Inviolabilidade do domicílio; e) O direito a ser ouvido; Conclusões.

Introdução

O apreço pelos Direitos Fundamentais, enquanto princípio geral de direito comunitário, assenta no princípio do “respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais” (artigo 6.º do Tratado de União Europeia)³ e é prosseguido pela União Europeia quer na sua acção institucional quer na sua acção na cena internacional (artigo 21.º, n.º 1, do Tratado de União Europeia). No âmbito das suas competências, o cumprimento das regras de direito de concorrência relativas às empresas previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 101.º e 102.º) é promovido pela Comissão Europeia através de procedimentos administrativos detalhados no direito derivado através do Regulamento n.º 1/2003. Nesse exercício, em que a margem de discricionariedade da Comissão é grande, reveste grande importância o respeito pelos direitos de defesa.⁴

“Segundo jurisprudência constante, os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e que, para este efeito, este último se inspira nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem em que os Estados membros colaboraram ou a que aderiram. Neste quadro, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem reveste um significado particular”.⁵

Não se aborda aqui a problemática global do sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais⁶, mas tão só a análise de alguns direitos de defesa escolhidos e no âmbito procedimental definido.

3 - VIEIRA, Nuno da Costa Silva. A origem e a importância dos Direitos Fundamentais. 2013.

4 - Ainda que a definição de direitos fundamentais suscite problemas complexos, em sentido amplo abrange todo o conjunto de liberdades, direitos e garantias de que beneficiam as pessoas num Estado de Direito. E a expressão “direitos de defesa” para os direitos e instrumentos necessários e adequados que o administrado pode fazer valer perante a administração. ANTUNES, Luís Miguel Pais. Direito da Concorrência. 1995, p. 64.

5 - 3 - TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. p. I-9052

6 - Veja-se DUARTE, Maria Luísa. “A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais...” in Cadernos O Direito. 2010, pp. 169 a 189, e PACHECO, Maria de Fátima. “A protecção dos particulares...” in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas. 2005, pp. 99 a 152.

A defesa da concorrência não pode ser vista como um ordenamento estanque, no seio do ordenamento a que pertença, no caso do direito da União Europeia, antes devendo ser articulada e harmonizada com outros valores jurídico-normativos e ainda com os postulados próprios do Estado de Direito.⁷

Em todo o procedimento susceptível de terminar com a aplicação de uma sanção por violação do direito da concorrência, multa ou adstrição, mesmo que não tendo um carácter penal⁸, a Comissão terá que zelar pelo respeito dos princípios gerais de direito. Sendo que destes fazem parte os direitos fundamentais deles decorre o respeito pelos direitos de defesa das empresas.⁹

1. Os poderes de investigação da Comissão

Enquanto guardião dos Tratados¹⁰ a Comissão Europeia é competente para vigiar o cumprimento do direito da União Europeia¹¹ e será sempre responsável em especial pela garantia de aplicação coerente das regras comunitárias da concorrência¹² no que mantém um papel central de desempenho.¹³ Nesse exercício, a Comissão exerce específicos poderes de inquérito para concluir pela existência de infracções ao direito comunitário da concorrência – os poderes de investigação previstos em pormenor no regulamento de execução dos artigos 101.º e 102.º TFUE. Esse regulamento é hoje o Regulamento n.º 1/2003¹⁴ que, num movimento de modernização do direito da concorrência, veio substituir o eficaz Regulamento n.º 17 de 1962, primeiro regulamento de execução dos então artigos 85.º e 86.º do Tratado.¹⁵

Os poderes de investigação da Comissão vieram a ser alargados no Regulamento n.º 1/2003¹⁶. Na execução conferida à Comissão por este Regulamento, esta continua a encontrar ao seu dispor um núcleo de poderes de investigação para e - ciente aplicação e cumprimento do direito comunitário da concorrência com um conjunto de instrumentos investigatórios que compreendem: o pedido de informações; a inspecção nas empresas; os inquéritos por sectores económicos; a realização de entrevistas.¹⁷

7 CORDEIRO, António Menezes. "Defesa da concorrência e direitos fundamentais..." in Revista O Direito. 2004, p. 44.

8 - BALCIUNAITĖ, Justina e STARIENĖ, Lijana. "Right to privacy v. European Commission's expanded power of inspection according to Regulation 1/2003" in Jurisprudence. 2010, p. 116

9 THOUVENIN, Jean-Marc. "Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure" in Revue du Marché commun et de l'Union européenne. 2005, p. 467

10 Antigo artigo 211.º TCE, substituído em substância pelo novo artigo 17.º do TUE.

11 Artigos 17.º, n.º 1, do TUE e 258.º a 260.º do TFUE.

12 Expressamente o antigo artigo 85.º TCE e agora artigo 105.º do TFUE.

13 Artigo 1.º do Regulamento n.º 1/2003.

14 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1 de 04.01.2003, pp. 1 a 25.

15 Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, JO 13 de 21.2.1962, p. 204

16 Ver FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados" in Anuario de la Competencia 2009. 2010, p. 139

17 Respectivamente, artigos 18.º, 20.º, 17.º e 19.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003.

A fase de inquérito surge como uma etapa fundamental para a recolha de informações pela Comissão. Este inquérito prévio tem unicamente por objecto permitir-lhe reunir as informações e documentação necessários para verificar a realidade de uma infracção ao direito comunitário da concorrência¹⁸, mais concretamente aos artigos 101.º e 102.º do Tratado, de que a Comissão teve conhecimento através de denúncia ou de qualquer fonte de informação ao seu alcance e procura pelo exercício dos poderes enunciados assegurar da compatibilidade ou incompatibilidade do comportamento de cada empresa com as regras da concorrência, recolhendo provas da sua participação que só poderão estar, na maior parte dos casos, na posse da própria empresa, antes de iniciar o procedimento contraditório que culminará (eventualmente) com a punição da infractora.

Com efeito, com as competências conferidas à Comissão desde o Regulamento n.º 17, esta tem ao seu dispor um núcleo de poderes de investigação para e ciente aplicação e cumprimento do direito comunitário da concorrência. Previstas vêm também as sanções para a falta de colaboração dos visados, essencialmente as empresas.¹⁹

O Regulamento n.º 17/62 surgiu com um amplo campo de aplicação, tornado fonte para posteriores regulamentos específicos para campos de actividade por eles definidos, e deu lugar a importantes desenvolvimentos jurisprudenciais.²⁰ Como é compreensível o exercício destes poderes é rodeado de um conjunto de cuidados no sentido de respeitar os direitos fundamentais das pessoas (colectivas, mas por vezes também singulares) envolvidas nas investigações que a Comissão pode efectuar.²¹ Da parte do Estado membro, impende sobre ele o dever de cooperação leal. "Quando as autoridades comunitárias e nacionais são chamadas a concorrer para a realização dos objectivos do Tratado através de um exercício coordenado das suas competências respectivas, como acontece no caso vertente, essa cooperação se reveste de um carácter particularmente essencial"²².

18 - TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic / Commission, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, p. 2033.

19 - A natureza destas sanções não tem, porém, um carácter penal. Ver DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. "Derecho Comunitario y Medidas Sancionatorias" in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. 1994, p. 294: "Tampoco existen muchas actos de Derecho derivado que, en el ámbito del Tratado CEE, establezcan directamente sanciones aplicables por la propia Comunidad. Se limitan a la esfera de la competencia y toman como modelo el Reglamento 17/1962, que, en desarrollo de los arts. 85 y 86 (...) habilita a la Comisión para la imposición de multas por la infracción de las mencionadas reglas sobre la competencia. Es de destacar que estos reglamentos a rman expresamente el carácter no penal de las mencionadas sanciones."

20 - GALINDO, Blanca Rodriguez. "L'application des règles de concurrence du traité CEE: les pouvoirs d'enquête de la Commission" in *Revue du Marché Unique Européen*. 1991, p. 76.

21 - RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. *O Essencial da Política da Concorrência*. 2005, p. 321.

22 - TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. pp. I-9054.

2. O respeito pelos direitos fundamentais das empresas

No exercício dos seus poderes de investigação, cabe à Comissão respeitar os princípios gerais e direitos fundamentais garantidos pelo direito da União Europeia.

Nos aspectos processuais relativos ao quadro institucional de aplicação efectiva do direito da concorrência da UE é crucial garantir uma protecção adequada dos direitos fundamentais das partes interessadas, eventualmente através de controlo jurisdicional.²³

Num processo de natureza administrativa toda a pessoa jurídica, cujos direitos, liberdades ou interesses possam ser afectados, deve beneficiar, quer antes quer depois da tomada de decisão pela administração, da possibilidade de invocar, por escrito ou oralmente, todos os factos, argumentos e provas em sua defesa, elementos esses que deverão ser devidamente ponderados pelas autoridades administrativas.²⁴ O acesso ao processo desencadeado pela Comissão e documentos aí constantes ganha importância vital, a conjugar com o respeito pela confidencialidade própria de alguns elementos.²⁵ A política de acesso aos documentos tem sido largamente desenvolvida pela União Europeia²⁶ e é só por si tema de desenvolvimento de estudos²⁷ e legislação.

Os direitos fundamentais (e em especial os direitos de personalidade) foram histórica e dogmaticamente pensados para servir o ser humano, a pessoa singular, porém a sua tutela veio a ser alargada (se aplicável) às pessoas colectivas por via da jurisprudência, passando os direitos fundamentais a contemplar todos os sujeitos de direito, independentemente da sua natureza. As empresas têm os mais variados direitos e surge a necessidade de verificar os limites à defesa da concorrência, em nome dos direitos fundamentais das empresas, tutelando-a e regulando-a, para que seja possível conciliar os valores em presença. A conjugação entre a defesa da concorrência e os direitos das empresas torna-se mais fácil se tivermos em conta que na Europa a concorrência não vale por si, mas apenas como um meio para o bom funcionamento do mercado interno²⁸.²⁹

Um certo número de questões e dúvidas levantam-se quanto à conformidade de alguns

23 - Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2011. 2012, p. 11.

24 ANTUNES, Luís Miguel Pais. Direito da Concorrência... 1995, p. 106.

25 COMMISSION of the European Communities. XIIth Report on competition policy. 1982, p. 40

26 VÖLCKER, Sven B. "Developments in EC competition law in 2005: an overview" in Common Law Market Review. 2006, pp. 1411

27 - THOUVENIN, Jean-Marc. "Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure" in Revue du Marché commun et de l'Union européenne. 2005, p. 470. Muito recentemente volta a haver propostas nesta matéria com a Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 168 E/45, de 15 de dezembro de 2011, JOUE C 168 E de 14.06.2013, p. 159.

28 Artigo 3.º, n.º 2, do TUE

29 - CORDEIRO, António Menezes. "Defesa da concorrência e direitos fundamentais..." in Revista O Direito. 2004, pp. 72 a 75

aspectos do exercício dos poderes de investigação da Comissão com a existência e devido respeito por direitos fundamentais³⁰ das empresas³¹ tais como a inviolabilidade da correspondência trocada com advogados ou a recusa de testemunhar contra si próprio³² e mesmo em relação às pessoas individuais envolvidas por exemplo no que toca ao respeito pela sua vida privada³³. Preocupações fundadas, nomeadamente, na inexistência de controlo jurisdicional prévio à acção da Comissão e no não reconhecimento às empresas de um direito de recusa ao efectuar das diligências da Comissão.³⁴

Mesmo porque sendo um dos objectivos da construção da União Europeia o estabelecimento de um verdadeiro *Rechtstaat*, o assegurar a protecção dos direitos e garantias fundamentais tornou-se prioritário.³⁵ O próprio Tribunal de Justiça veio a consagrar o respeito dos direitos de defesa³⁶ como um princípio fundamental do direito comunitário desde a década de 70³⁷.

Questão relevante foi a ausência de uma previsão sistemática de regras que instituíam um sistema jurídico comunitário de respeito pelos direitos fundamentais, durante largo tempo.³⁸

A primeira norma processual reguladora da acção da Comissão no âmbito escolhido para esta análise³⁹ não previa disposições que regulamentassem expressamente os direitos das empresas face ao exercício dos poderes de inquérito pela Comissão, mas o Tribunal de Justiça⁴⁰ exerceu eficazmente a sua função de fonte de direito, com base nos princípios gerais de direito e nos princípios comuns aos direitos dos Estados membros, colmatando

30 Alguma distinção se pode fazer entre os direitos fundamentais e os direitos de defesa, conceitos não perfeitamente coincidentes, mas que, sem nos alongarmos nessa análise, iremos tratar como idênticos, tendo em conta precisamente a caracterização do processo de inquérito da Comissão como um processo de natureza administrativa.

31 Os direitos fundamentais do indivíduo não mereceram inicialmente uma atenção sistemática no quadro comunitário, carência talvez explicável por as preocupações dos Tratados originários terem apenas um carácter puramente económico. A ordem comunitária veio contudo a inspirar-se em diplomas internacionais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Social Europeia, e houve uma evolução grande com a introdução da cidadania europeia pelo Tratado de Maastricht até à consagração da CEDF. Ver COHEN JONATHAN, G. "La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme" in *Revue du Marché Commun*. 1978, p. 74.; DAUSES, Manfred A. " e Protection of Fundamental Rights..." in *European Law Review*. 1985, p. 399. e ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. *Direito Comunitário*. 1985, p. 50.

32 JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission..." in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 696

33 BALCIUNAITE, Justina e STARIENE, Lijana. "Right to privacy v. European Commission's expanded power of inspection according to Regulation 1/2003" in *Jurisprudence*. 2010, p. 119.

34 *Idem*

35 SIMON, Denys. "Ordre public et libertés publiques..." 1976, p. 202.

36 PLIAKOS, Astéris. *Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência*. 1995, pp. 52 e 76.

37 A observar nos processos administrativos susceptíveis de levar à aplicação de sanções no cumprimento das regras substantivas da concorrência (TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Commission, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, p. 3498). Ver ainda COHEN JONATHAN, G. "La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme" 1978, p. 88. Ver PICOZZA, Eugénio. "Il Regime Giuridico del Procedimento Amministrativo Comunitario" 1994, p. 327, que defende o respeito pelos direitos de defesa em qualquer procedimento que possa conduzir à imposição de sanções

38 Ver LENAERTS, Koen. "Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue" 1991, p. 367

39 O Regulamento n.º 1/2003

40 Ver JEANTET, Fernand-Charles. "La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence". 1986, p. 65; BERGERÈS, Maurice-Christian. *Contencioso Comunitário*. e VESTERDORF, Bo. "Complaints concerning infringements of competition..." 1994, p. 89

com regras⁴¹ que começam a ser exigidas pelas empresas ao reagirem contra a acção da Comissão que consideram excessiva. Os poderes da Comissão já foram mesmo considerados “exorbitantes”⁴², mas muito se avançou desde então.

Sendo, o processo inquisitório da Comissão de natureza administrativa⁴³, ainda assim há lugar ao respeito de um quadro de direitos fundamentais, aliás com raízes nos ordenamentos dos Estados membros.⁴⁴

Recorde-se portanto que, em particular no que respeita ao direito da concorrência, a consagração da aplicação dos direitos fundamentais nestes processos, bem como a delimitação da amplitude com que seriam aplicáveis, teve origem pretoriana, retirando os tribunais comunitários a sua inspiração das tradições constitucionais dos Estados membros e das linhas de orientação fornecidas por textos internacionais. E é assim que a retórica dos princípios e direitos fundamentais evoluiu significativamente no decorrer dos anos 90, e o papel preponderante dos tribunais permitiu garantir que, ao longo do processo, os poderes de investigação da Comissão fossem equilibrados com os direitos das empresas⁴⁵.

Naquela data, o Regulamento n.º 99/63⁴⁶ já fazia uma referência aos direitos de defesa⁴⁷ e o Regulamento n.º 4064/89⁴⁸ declarava que os direitos de defesa deviam ser garantidos em todas

-
- 41 No Acórdão *Transocean Marine Paint / Commission* : “la règle générale selon laquelle les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue” (TJCE, 23 de Outubro de 1974, Proc. 17/74, Colect. 1974, p. 1080).
- 42 PLIAKOS, Astéris. “La protection des droits de la défense...” 1995, p. 450.
- 43 COMMISSION of the European Communities. XIth Report on competition policy (1981). § 27, p. 31
- 44 No Acórdão *Ho-man-La Roche / Commission* : “le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d’aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s’il s’agit d’une procédure de caractère administratif” (TJCE, de 13 de Fevereiro de 1979, Proc. 85/76, Colect. 1979, p. 511). Ainda que a Comissão deva respeitar as garantias de defesa das empresas, não se pode ter por preocupação tratar-se de um processo de natureza judicial, uma vez que a Comissão directamente será considerada como um tribunal para efeitos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TJCE, Acórdão de 29 de Outubro de 1980, *Van Landewyck (FEDETAB) / Commission*, Procs. 209 a 215 e 218/78, Colect. 1980-7, p. 3248). Ver também VAN DAMME, Jacques. “La mise en oeuvre des articles 85 et 86...” 1967, p. 51.
- 45 - MARTINHO, Helena Gaspar. “Tribunais especializados, concentração de competências e o futuro tribunal da concorrência, regulação e supervisão” in *C&R.* 2010, p. 258.
- 46 Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, JOCE 127 de 20.8.1963, revogado pelo Regulamento n.º 2842/98. Foi aliás com fundamento no artigo 9.º, n.º 1, deste Regulamento que surge o cargo de conselheiro auditor, na designação da sua criação. Anexo ao Treizième Rapport sur la politique de concurrence de 1983 da Comissão, Mandat du conseiller-auditeur, p. 291.
- 47 Ver o seu terceiro Considerando.
- 48 A matéria sobre as operações de concentração de empresas foi regulada em 1989 (a primeira proposta era de 1972) pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, JOCE 395 de 30 de Dezembro de 1989, pp. 1 a 12, com as alterações do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”), JOCE L 24 de 29.1.2004, executado pelo Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOCE L 133 de 30.04.2004, pp. 1-39 (rectificado no JOCE L 172 de 6.5.2004, p. 9), e está hoje regulada pelo Regulamento (CE) n.º 1033/2008 de 20 de Outubro, que altera o Regulamento (CE) n.º 802/2004 de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JOUE L 279 de 22.10.2008, pp. 3-12).

as fases do procedimento⁴⁹, enquanto o Regulamento n.º 17/62 não fazia qualquer referência de uma forma abrangente a tais direitos nem nos seus Considerando iniciais⁵⁰. Mas surge aqui um ponto a esclarecer: a diferença entre o inquérito preliminar e o procedimento acusatório. Neste último, o princípio do contraditório está assegurado⁵¹, mas no inquérito preliminar a acção da Comissão é organizatória e preventiva, não tem ainda um carácter repressivo. E se bem que os direitos de defesa devam ser garantidos nesta fase não contraditória, em todo caso sê-lo-ão com uma intensidade diferente (maior) da fase seguinte.⁵²

O inquérito, como fase em que a Comissão tenciona descobrir as infracções às prescrições legais ou regulamentares que protegem a livre concorrência é talvez a fase de procedimento onde a necessidade de assegurar a eficácia da acção administrativa é maior e mais perceptível, mas há, ainda assim, que a manter nos limites do necessário e na prossecução de um objectivo pré-definido.⁵³ Os largos poderes conferidos à Comissão pelos regulamentos de execução para prosseguir o cumprimento das regras comunitárias da concorrência têm sido criticados, considerando que o direito adjectivo dota a Comissão do exercício de funções próprias de acusador, investigador, acusador e juiz, o que resultaria num procedimento injusto, mas a jurisprudência sempre confirmou a validade dessas regras como em conformidade com os princípios de justiça.⁵⁴

Porém, em todos os procedimentos administrativos passíveis de conduzir à aplicação de sanções, como é o caso na aplicação das regras de concorrência do Tratado, se requer o respeito pelos direitos de defesa como direitos fundamentais que fazem parte dos princípios gerais de direito de que o Tribunal de Justiça é garante.⁵⁵

Os poderes administrativos de investigação, enquanto actuação material, incidem sobre os direitos fundamentais pois envolvem o exercício de poderes coercitivos, o que explica a sua sujeição a um conjunto de princípios gerais, comuns a toda a intervenção administrativa, de limitação e organização. Para além do princípio de reserva de lei há que ter em conta os

49 No seu artigo 18.º.

50 Salvo uma referência ao direito de as empresas serem ouvidas, no seu décimo primeiro Considerando e no artigo 19.º

51 - A propósito do direito de ser ouvido constante do artigo 19.º do Regulamento n.º 17/62, ver CESARINI, Paolo. "Le droit d'être entendu..." in *Révue du Marché Unique Européen*. 1995, p. 145, e GUDIN, Charles-Étienne. "Le droit d'être entendu..." in *Révue des A-aires Européennes*. 1994, p. 43.

52 LESGUILLONS, Henry. "L'auto-incrimination en droit de la concurrence" in *Révue de Droit des A-aires Internationales*. 1994, p. 245, e SAINT-ESTEBEN, Robert. "Les droits de la défense..." in *Révue des A-aires Européennes*. 1994, p. 51.

53 - JEANTET, Fernand-Charles. "La défense dans les procédures..." in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. 1986, p. 56

54 LAVOIE, Chantal. "The Investigative Powers of the Commission..." in *European Law Review*. 1992, p. 21; TJCE, Acórdão de 7 de Junho de 1983, *Musique Disunion Française / Commission*, Proc. 100 a 103/80, Colect. 1983-6, p. 1880, e BRUNET, François. "Chronique de droit communautaire de la concurrence" in *Revue de Droit des A-aires Internationales*. 1994, p. 492.

55 THOUVENIN, Jean-Marc. "Chronique de la concurrence... Première partie: aspects de procédure" in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. 2005, p. 467.

princípios de necessidade, proporcionalidade e igualdade, com a dificuldade de os articular com o necessário poder discricionário da Comissão na hora de colocar em prática as medidas de investigação.⁵⁶

Na sua análise, o Tribunal de Justiça, e também a doutrina, têm considerado que os extensos poderes da Comissão não põem em causa o respeito pelos direitos fundamentais.⁵⁷

Fica assegurado como princípio de direito da União Europeia, o direito a ser ouvido, ainda pedra angular do direito a um julgamento justo, muitas vezes exercido por escrito mas também conferida a oportunidade de requerer uma audição oral, no respeito pelos princípios de direito internacional geral.⁵⁸

No sistema da UE, e com a sua evolução, há hoje detalhados procedimentos que garantem um elevado grau de protecção dos direitos de defesa das partes envolvidas⁵⁹. Dessa forma, por exemplo, o exercício das funções do cargo de Auditor⁶⁰ insere-se nas preocupações da Comissão em conduzir os seus procedimentos em matéria de concorrência de forma a assegurar o respeito dos direitos procedimentais das partes interessadas. Em especial, o direito das partes interessadas em serem ouvidas antes da adopção de qualquer decisão individual, que constitui um direito fundamental da União Europeia, reconhecido pela Carta dos Direitos Fundamentais⁶¹. As normas de execução das regras do Tratado relativas ao direito da concorrência prevêm o direito de as partes interessadas e de terceiros serem ouvidos antes de ser tomada qualquer decisão final que afecte os seus interesses. O direito de apresentar os seus argumentos acontece por escrito mas também é possível oralmente.

56 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia" in *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*. 2009, p. 37.

57 BALCIUNAITI, Justina e STARIENE, Lijana. "Right to privacy v. European Commission's expanded power of inspection according to Regulation 1/2003" in *Jurisprudence*. 2010, p. 117

58 O artigo 6.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 em RODRIGUES, L. Barbosa e CARNEIRO, Alberto Soares. *Direitos Humanos*. 2011, p. 204

59 ITALIANER, Alexander. "The European Commission's procedural package..." in *C&R*. 2011, p. 26.

60 Decisão 2011/695/UE do Presidente da Comissão Europeia, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência, JOUE L 275 de 20.10.2011, pp. 29 a 37.

61 Ver artigo 41.º da CEDF

Em 2007/C 303/01, JOUE C 303 de 14.12.2007 consta Informação oriunda das instituições e dos órgãos da União Europeia com a republicação do texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proclamada em 7 de Dezembro de 2000, texto esse adaptado e válido a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa (pp. 1 a 16).

Segue-se (2007/C 303/02, pp. 17 a 35) a publicação de Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, que constituem um valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta.

Fora no Conselho Europeu em Colónia, Alemanha, em 3 e 4 de Junho de 1999, que se decidira a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É no Conselho Europeu de Nice, França, de 7 a 9 de Dezembro de 2000, que é solenemente proclamado o texto da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (publicado em 2000/C 364/01 em JOCE C 364 de 18.12.2000, pp. 1 a 22), sem ser juridicamente vinculativa.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a posição da Carta de Direitos Fundamentais figura em Declaração anexa, com algumas ressalvas para a República Checa, Polónia e Reino Unido.

O assegurar dos direitos de defesa nos procedimentos de direito da concorrência foi uma preocupação crescente, hoje expressamente apoiada no texto da Carta dos Direitos Fundamentais.⁶²

Certamente que a observação de tais direitos de participação é em primeiro lugar da responsabilidade da Comissão, nomeadamente o direito de acesso a todo o processo foi consagrado pela Comissão e uma conquista para os direitos de defesa, a par da criação do cargo de Auditor em 1982⁶³ e com imediato êxito⁶⁴, acompanhando as evoluções tecnológicas na disponibilização dos processos às partes.⁶⁵ “Em princípio, deve ser concedido às Partes acesso a todos os documentos que constituem o processo da Comissão, com excepção de documentos internos, dos segredos comerciais de outras empresas ou de outras informações confidenciais”.⁶⁶

Ainda que a aplicação pública do direito da concorrência não tenha apresentado um mau resultado na Europa e visto que a sua aplicação evidentemente se manterá, as dificuldades de ordem material e processual dificultam ainda a prática do exercício para a propositura de acções de indemnização por danos e prejuízos, possíveis hoje em dia em todos os direitos internos, para salvaguarda do respeito pelos direitos fundamentais (no chamado private enforcement por oposição ao public enforcement).⁶⁷

Analisa-se com mais detalhe alguns direitos escolhidos:

a. O direito de não testemunhar contra si próprio

O direito de não testemunhar contra si próprio é um princípio de direito segundo o qual qualquer pessoa suspeita de uma infracção sancionada repressivamente pelos tribunais, tem o direito de não responder a questões que possam agravar a sua situação, não sendo obrigada a fornecer argumentos utilizáveis contra ela⁶⁸⁻⁶⁹.

62 Ver artigos 47.º e 48.º, n.º 2, da CEDF

63 COMMISSION des Communautés européennes. Treizième Rapport sur la politique de concurrence (1983), § 74, p. 68. ALBERS, Michael e JOURDAN, Jérémie. “The Role of Hearing Officers in EU ...” 2011, p. 189, e COMMISSION of the European Communities. XIth Report on competition policy. 1981, § 22

64 - COMMISSION of the European Communities. XIIth Report on competition policy (1982). § 34, p. 40

65 Por exemplo através de DVD no Relatório Final do Auditor 2011/C 324/06, JOUE C 324 de 09.11.2011, p. 5.

66 Relatório Final do Auditor 2012/C 64/08, de 10 de outubro de 2011, JOUE C 64 de 03.03.2012, p. 8.

67 VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. “La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia” in Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. 2009, p. 170.

68 PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, p. 257

69 No direito português, relacionados com este o artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal, na versão da Lei n.º 20/2013 de 21 de Fevereiro, como a 25.ª alteração.

O Regulamento n.º 1/2003 não prevê qualquer norma que liberte as empresas de uma obrigação de informar. O Conselho não aprovou a proposta do Parlamento Europeu, aquando da discussão do projecto do prévio Regulamento n.º 17/62, no sentido de que “as pessoas obrigadas a fornecer as informações podem recusar responder às questões, quando tal resposta for susceptível de expôr as próprias pessoas, ou de expor qualquer pessoa a quem seja reconhecida pelas normas de processo nacionais a possibilidade de recusar-se a testemunhar, ou as empresas ou associações de empresas que elas representam, a sanções penais”.⁷⁰

Nem o artigo 18.º, nem o artigo 20.º, ambos do Regulamento n.º 1/2003, reconhecem o direito de recusa das empresas ou associações de empresas de fornecer informações que possam vir a ser utilizadas pela Comissão como prova contra elas. Pelo contrário, o Regulamento impõe às empresas uma obrigação de colaboração activa nas medidas de investigação⁷¹. Porém, a jurisprudência vincula o direito a não testemunhar contra si próprio como um direito de defesa e portanto um princípio fundamental da ordem comunitária.⁷²

Outra questão é o carácter não penal expresso⁷³ das sanções passíveis de serem aplicadas e a sua aplicação apenas a pessoas colectivas, empresas ou associações de empresas. É que, encontramos na doutrina autores que consideram que o direito a não testemunhar contra si próprio só pode ser invocado quando reunidas duas condições, a sanção a aplicar ser de natureza penal e dizer respeito a uma pessoa individual⁷⁴; e autores que se manifestam a favor de um reconhecimento geral desse direito às pessoas colectivas e para todo o tipo de sanções.⁷⁵ Crê-se ser este o sentido a seguir. As normas de aplicação das regras da concorrência não reconhecem portanto um direito ao silêncio⁷⁶. A possibilidade de uma empresa alegar que a resposta a um pedido de informação da Comissão deixa vulnerável o seu direito de defesa é limitada.⁷⁷

Ainda que a Comissão tenha a autoridade para obrigar a empresa a fornecer todas as informações solicitadas e a apresentar os documentos pedidos que se encontrem em seu

70 DERINGER apud ANTUNES, Luís Miguel Pais Direito da Concorrência. 1995, p. 120

71 - TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, p. 3349.

72 - TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Commission, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, pp. 3461 a 3547

73 - Artigo 15.º, n.º 4, do anterior Regulamento n.º 17/62: “As decisões tomadas por força dos n.ºs 1. e 2. não têm natureza penal.”

74 JOSHUA, Julian Mathic. e Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17. European Law Review. 1983, p. 13.

75 PLIAKOS. 1995, op. cit., p. 258.

76 LABARDE, Marie-Chantal Boutard. Enquêtes en vue de l’application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises. 1992, p. 33

77 FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea...” in Derecho de la competencia europea y español. 2007, p. 188.

poder, incluindo os que sirvam de fundamento para provar a sua infracção, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de dar respostas que impliquem admitir a existência de uma infracção cuja prova cabe à Comissão.⁷⁸ O equilíbrio é difícil.

A questão é que a empresa não pode ser obrigada a inculpar-se⁷⁹, acusando-se da prática de uma infracção ao direito da concorrência comunitário, mas pode por outro lado ser obrigada a fornecer todas as indicações que a Comissão considere necessárias e que servirão de base à acusação⁸⁰. Na prática, nem sempre será evidente distinguir as duas ideias, já que a Comissão ao solicitar elementos factuais, considera que os mesmos deverão ser fornecidos, mesmo tendo como consequência o estabelecimento da prova da infracção⁸¹. Não é uma questão fácil.

A jurisprudência garante que a Comissão não pode obrigar uma empresa a reconhecer a existência de uma infracção, antes cabe à Comissão provar a infracção mediante uma reconstrução dos factos e não está autorizada a simplesmente pedir à empresa que reconheça a sua implicação, sob pena de nulidade⁸². Mas por outro lado a empresa não pode recusar-se a responder a perguntas puramente factuais que levem a empresa a admitir a existência de uma infracção.

Não obstante a ausência de previsão sobre o direito a não testemunhar contra si próprio no direito da concorrência comunitário, o Tribunal de Justiça vincula-o como um direito de defesa na qualidade de princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário⁸³. Porém, não se trata de um direito absoluto, não podendo portanto constituir entrave injustificado à actividade da Comissão na sua missão de velar pelo cumprimento das normas da concorrência no mercado interno⁸⁴. Nem sempre é fácil estabelecer estas fronteiras com nitidez entre um dever de cooperação das empresas investigadas e o seu direito a uma não incriminação⁸⁵.

78 TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3283 a 3354.

79 Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão, JOUE C 308 de 14.10.2011, Considerando 36, p. 13.

80 SAINT-ESTEBEN, Robert. "Les droits de la défense..." in *Révue des A-aires Européennes*. 1994, p. 54, e JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission..." in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 700.

81 SAINT-ESTEBEN. 1994, cit..

No Acórdão Orkem / Comissão : "o Regulamento n.º 17 não reconhece à empresa que seja objecto de uma medida de investigação qualquer direito de se furtar à execução dessa medida em virtude de o seu resultado poder fornecer a prova de uma infracção que cometeu às regras da concorrência (...) a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos (...) mesmo que estes possam servir (...) para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial", mas não pode "impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão" (TJCE, 18 de Outubro de 1989, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3350 e 3351).

82 - TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, cit, p. 3283, § 41, e Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Solvay & Cie / Comissão, Proc. 27/88, Colect. 1989-9, p. 3355, § 37

83 - GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. 2010, p. 220.

84 TPI, Acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhen-Werke AG / Comissão, Proc. T-112/98, Colect. p. II-729.

85 MENDES, Paulo de Sousa. "O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência" in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*. 2009, pp. 217.

b. Protecção da correspondência entre empresa e advogado

A todo o indivíduo sujeito a uma jurisdição deve ser concedida a possibilidade de se comunicar livremente com o seu advogado, cuja função será conceder-lhe, de uma forma independente, todos os conselhos jurídicos necessários⁸⁶. Consequentemente, em todos os Estado membros encontramos uma protecção conferida à confidencialidade da correspondência trocada entre o advogado e o seu cliente⁸⁷, embora com diferenças de grau ou de métodos aplicados nas diferentes legislações nacionais. Mas não se encontra consagrado directamente na legislação europeia, apenas através da sua jurisprudência⁸⁸, cujo entendimento não afecta a regulamentação interna de cada Estado membro nesta matéria.⁸⁹

Questão específica é sabermos da aplicação desta protecção no quadro do direito da concorrência comunitário e sendo o cliente uma empresa ou associação de empresas⁹⁰. O direito à confidencialidade nas comunicações entre advogado e cliente está pensado na óptica do cliente, quer dizer que se trata de um direito que este pode invocar no caso de sofrer uma investigação por parte das autoridades da concorrência, para proteger essas comunicações e documentos elaborados pelos seus advogados, é portanto um direito do cliente⁹¹.

O Regulamento n.º 17/62 não previa quaisquer disposições que expressamente previssem esta protecção, nem agora o novo Regulamento n.º 1/2003. Não obstante, existe uma limitação em relação à correspondência entre as empresas e seus advogados⁹² no exercício dos poderes de investigação da Comissão. Documentos que podem estar protegidos pelo sigilo profissional da relação entre advogado e cliente e terem, por isso, um carácter confidencial em relação à Comissão⁹³. Face a esta lacuna, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a aplicabilidade desta protecção no direito comunitário, vindo a concluir pelo reconhecimento

86 Ver os deveres do advogado para com o seu cliente, na legislação portuguesa, no artigo 83.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, pela Lei n.º 15/2005 de 26 de Junho, já alterada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro e Lei n.º 12/2010 de 25 de Junho.

87 Ver artigo 179.º, n.º 2, do Código de Processo Penal português.

88 Pela primeira vez consagrado pelo TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1610

89 IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. "El derecho a la con dencialidad..." in Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia. 2011, p. 134.

90 É das questões mais debatidas em relação à actuação da Comissão (JOSHUA, Julian Mathic. "Information in EEC Competition Law Procedures" in European Law Review. 1986, p. 423).

91 - IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. "El derecho a la con dencialidad..." in Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia. 2011, p. 131

92 FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in Derecho de la competencia europeo y español. 2007, p. 200.

93 Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão, JOUE C 308 de 14.10.2011, Considerando 51, p. 15.

da protecção da confidencialidade da correspondência trocada entre empresa e advogado como um princípio geral de direito comunitário⁹⁴.

Já muito antes o Parlamento Europeu se pronunciara sobre o projecto do Regulamento n.º 17/62 propondo que o segredo profissional, como por exemplo dos advogados e dos contabilistas, deve ser assegurado, mas tal proposta não foi atendida na redacção final⁹⁵. Também já fora levada a cabo uma análise da questão nas diferentes ordens jurídicas nacionais dos Estados membros em 1976 pela CCBE - Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne, dando origem a um chamado "Relatório Edward"⁹⁶.

A noção de "correspondência" deve ser interpretada de uma forma lata, incluindo qualquer comunicação, oral ou escrita, entre a empresa e o seu advogado, embora as questões se levantem quase exclusivamente sobre documentos escritos⁹⁷. No entanto, o Tribunal adopta este direito das empresas com um alcance delimitado por duas condições: que se trate de correspondência trocada no âmbito e no interesse dos direitos de defesa do cliente e que seja proveniente de um advogado independente⁹⁸. E a jurisprudência tem reafirmado este entendimento⁹⁹. É neste quadro que o princípio consagrado pelo Tribunal de Justiça deve ser interpretado na aplicação do hoje Regulamento n.º 1/2003¹⁰⁰.

A primeira condição é, como foi dito, que se trate de correspondência trocada no âmbito e com os fins do direito de defesa do cliente. O que traz consigo uma concepção finalista dos direitos de defesa, o interesse a defender é o da defesa do cliente, já que a empresa poderá mesmo abdicar da confidencialidade, revelando o conteúdo dos elementos protegidos, se o entender favorável à sua posição¹⁰¹⁻¹⁰².

94 Esta fonte de direito comunitário não escrita corresponde a objectivos gerais da integração europeia e foi consagrada no TJCE, Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage et Continental Can / Commission, Proc. 6/72, Colect. 1973, p. 215.

95 - Ver TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1621.

96 Idem

97 TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, pp. 1625 e 1655. e TPICE, Acórdão Hilti / Comissão, Proc. T-30/89, Despacho de 4 de Abril de 1990, Colect. 1990-4, p. II-164, e GOFFIN, Léon. "Le principe de la confidentialité" in Cahiers de Droit Européen. 1982, p. 397.

98 No Acórdão AM & S / Commission, cit. p. 1611: "d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux ns du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi." Ver Competition Proceedings before the EC Commission, Report No. JD06. pp. 18 e ss.

99 - TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão, Proc. C-550/07.

100 - Idem. Ver também FAULL, Jonathan. "A. M. & S.: the Commission's Practice Note" in European Law Review. 1983, p. 411.

101 Ibidem, p. 1613: "le principe de confidentialité ne saurait faire obstacle à ce que le client d'un avocat révèle la correspondance échangée entre eux, s'il estime avoir intérêt à le faire"

102 No sentido de considerar a protecção do sigilo como um princípio de ordem pública, como na ordem jurídica francesa, ver PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, p. 245.

A confidencialidade abrange toda a correspondência trocada após o início do processo de inquérito, mas também toda a correspondência anterior ligada ao objecto do processo¹⁰³. Mais ainda, por exemplo, notas internas da empresa que tenham sido elaboradas reproduzindo fielmente o aconselhamento jurídico recebido¹⁰⁴ ou documentos preparatórios destinados ao aconselhamento jurídico em causa¹⁰⁵.

Embora nada seja referido quanto aos locais onde se devem encontrar os elementos protegidos, seja na posse da empresa seja na do seu advogado, parece ser de excluir do âmbito da protecção a correspondência encontrada, em poder de terceiros e por estes obtida de modo legítimo¹⁰⁶. E também cará fora de protecção a correspondência que envolva o próprio advogado na prática infractora¹⁰⁷.

A segunda condição definida pela jurisprudência é que a correspondência seja proveniente de um advogado independente, isto é, não ligado à empresa por um vínculo contratual laboral. O Tribunal considera que só assim se observa uma concepção do papel do advogado como colaborador da justiça e susceptível de fornecer, em total independência e no interesse superior dessa mesma justiça, a assistência legal de que o cliente necessita¹⁰⁸. Não nos parece haver necessidade de, com estas preocupações, excluir os advogados ligados à empresa ou a qualquer instituição por um contrato de trabalho, sendo sim de apreciar se se encontram em condições de isenção de acordo com a deontologia profissional aplicável¹⁰⁹. E houve até a ideia de se poder alargar este entendimento aos membros do pessoal do departamento jurídico¹¹⁰. Contudo o entendimento do TJUE mantém-se entendendo que um advogado interno da empresa não manterá o mesmo grau de independência relativamente à empresa do que um advogado externo com os seus clientes pois aquele não conseguirá enfrentar eventuais conflitos de interesses que se coloquem entre as suas obrigações profissionais e os objectivos dos seus clientes perdendo alguma independência profissional¹¹¹. O advogado deve encontrar-se inscrito na Ordem dos Advogados do seu país ou estar habilitado a exercer

103 Acórdão AM & S / Commission, cit., pp. 1611 e 1614. Ver também, sobre a evolução do entendimento jurisprudencial da questão, PLIAKOS. 1995, op. cit., pp. 246 e 247.

104 TPI, Acórdão de 12 de Dezembro de 1991, Hilti Aktiengesellschaft / Comissão, Proc. T-30/89.

105 GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 197.

106 GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 197.

107 JOSHUA, Julian Mathic. "The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17" in *European Law Review*. 1983, p. 17

108 - TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1611.

109 - Relacionado o artigo 76.º, n.º 2 e 3, do Estatuto da Ordem dos Advogados portuguesa, considerando a isenção e independência próprias da profissão de advogado compatível com a existência de um contrato de trabalho. Ver ainda a posição do Advogado-Geral Warner no Acórdão AM & S / Commission, cit., p. 1620, e GOFFIN, Léon. "Le principe de la confidentialité" in *Cahiers de Droit Européen*. 1982, p. 397.

110 - Na Decisão da Comissão de 28 de Janeiro de 1998, JOCE L 142 de 25.04.1998, p. 90, pontos 189 a 199

111 TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão, Proc. C-550/07.

num Estado do Espaço Económico Europeu¹¹², independentemente do Estado membro onde o cliente resida. O próprio Tribunal explica-o considerando que a questão se prende com a existência de princípios comuns aos Estados membros em matéria de confidencialidade, não perceptíveis por advogados de ordens jurídicas exteriores à Comunidade¹¹³.

Um outro ponto é saber quem aprecia da confidencialidade dos elementos trocados entre advogado e empresa. Se a empresa recusar a cedência de um documento invocando o seu carácter confidencial, deverá justificar-se apresentando elementos de prova dessa confidencialidade, cuja apreciação caberá à Comissão. Desde que os funcionários da Comissão aceitem essa prova justificando a protecção, a empresa não terá que os apresentar. Mas se a empresa recusar a apresentação e a Comissão, através dos seus agentes, não ficar persuadida da argumentação invocada, pode reclamar mais elementos de prova por os considerar manifestamente insuficientes ou lavrar auto da recusa de apresentação, no caso de nos encontrarmos numa investigação no local, podendo dar origem a sanções posteriores para a empresa. A sanção pode basear-se na recusa de apresentação do documento ou no carácter insuficiente dos elementos de prova apresentados para estabelecer a sua eventual confidencialidade protegida¹¹⁴.

c. Sigilo profissional

O sigilo profissional é uma espécie de dever que recai por um lado sobre o advogado que assegura o apoio legal, no sentido de evitar que um terceiro ou uma autoridade possa tomar conhecimento de documentos directamente ligados a esse apoio jurídico, é portanto uma obrigação que se dirige ao advogado¹¹⁵. Por outro lado, e mais do que isso, refere-se aos segredos comerciais dos negócios, informações confidenciais de cada empresa no seu desempenho comercial e que devem ser garantidos no exercício das competências da Comissão e demais autoridades da concorrência¹¹⁶. No âmbito dos seus poderes de investigação nas empresas, a Comissão detém um poder de examinar os elementos profissionais da empresa, o que inclui todos os documentos relativos às actividades comerciais da empresa, sejam eles de natureza oficial ou não¹¹⁷. O único limite imposto à Comissão é o objectivo do processo de

112 FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 201.

113 - Uma vez que encontramos uma harmonização comunitária relativa ao exercício da profissão de advogado por força da Directiva n.º 77/249 de 22 de Março de 1977, JO L 78, p. 17. Ver Acórdão AM & S / Commission, cit. p. 1612, e LABARDE, Marie-Chantal Boutard. *Enquêtes en vue de l'application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises*. 1992, p. 72.

114 O decorrer prático desta acção vai ter em conta o tipo de procedimento de inquérito a decorrer: se pedido de informações, se inspecção na empresa, nos termos do Capítulo V do Regulamento n.º 1/2003.

115 IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. "El derecho a la confidencialidad..." in *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. 2011, p. 131.

116 GUILLÉN CARAMÉS, Javier. *Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*. 2010, p. 193.

117 JOSHUA. 1983, cit., p. 11

inquérito, estarem os documentos relacionados com as actividades ou produtos investigados no decurso daquele processo de inquérito¹¹⁸. Mas aí impende sobre ela a obrigação de respeitar os segredos profissionais da empresa, mantendo sigilo sobre os elementos a que tenham acesso¹¹⁹. O princípio geral consta do artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 que ao atribuir poderes de investigação à Comissão estabelece uma medida geral de garantia para os particulares que consiste em que a informação recolhida no exercício da investigação apenas possa ser utilizada para o fim que justificou o seu pedido. Segundo a jurisprudência “do artigo se depreende, com efeito, que a informação obtida durante as investigações não deve utilizar-se para fins distintos dos indicados no mandado de investigação ou na decisão de inspecção. Esta exigência deve preservar, além do segredo profissional, o direito de defesa das empresas”¹²⁰. E o Tribunal de Justiça declarou que a informação obtida em virtude de um pedido de informações não deve ser utilizada para um fim diferente daquele com que foi solicitada, devendo a Comissão, assim como as autoridades competentes dos Estados membros e seus agentes, respeitar o segredo profissional¹²¹.

Tratando-se de uma resposta a um pedido de informações da Comissão, esta solicitará à empresa que identifique claramente, na sua resposta, os segredos profissionais que não devem ser revelados a terceiros nem publicados¹²². Com efeito, no âmbito de processos em que participem empresas concorrentes, a divulgação de aspectos sigilosos poderia causar danos irreparáveis ao desempenho de uma empresa no mercado¹²³.

A Comissão considera que lhe assiste o direito de, com essas limitações, ter acesso a todos quaisquer documentos, mesmo que contenham segredos profissionais¹²⁴, no decorrer de um pedido de informações ou de uma inspecção na empresa. Assim, a Comissão não detém o direito de examinar todos os documentos profissionais, tão só os relacionados necessariamente com o objecto do inquérito, cabendo-lhe, no entanto, a liberdade de decisão na possível apreciação dessa necessidade¹²⁵.

118 Ver TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, p. 1610, e Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979, JOCE L 57 de 08.03.1979, p. 34.

119 Artigos 16.º, n.º 1, e 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003.

120 Ver TJCE, Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux NV / Comissão, Proc. 85/87

121 TJCE, Acórdão de 16 de Julho de 1992, Dirección General de Defensa de la Competencia / Asociación española de banca (AEB) e outros, Proc. C-67/91, pp. I- 4885, § 34.

122 FERNÁNDEZ MOLINERO, María. “Los poderes de investigación de la Comisión Europea...” in Derecho de la competencia europeo y español. 2007, p. 185.

123 GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 190.

124 Na terminologia francesa a expressão é talvez mais elucidativa: secrets d'a-aires

125 Embora caiba à Comissão a designação de quais os documentos que considera necessários para sua informação, o poder discricionário que detém não a permite adoptar comportamentos injustos ou arbitrários, sob pena de violar um princípio de proporcionalidade reconhecido na ordem comunitária. Ver LAVOIE, Chantal. “Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules” in European Law Review. 1992, p. 27, e Acórdão AM & S / Commission, cit., p. 1610.

É compreensível o receio legítimo da empresa em divulgar os seus segredos profissionais próprios do seu modo de produção, da fórmula de fabricação do produto, listagens de clientes, condições de venda ou qualquer indicação que julgue característica e passível de prejudicar o seu desempenho concorrencial no mercado se vier a ser conhecida por concorrentes do sector¹²⁶. No entanto, não lhe é permitido recusar informação à Comissão com esse argumento, uma vez que isso vedaria o acesso desta instituição comunitária a informações necessárias para cumprir a sua missão de controlo do cumprimento das regras comunitárias da concorrência, que ficaria desprovida de eficácia¹²⁷.

Desta forma, equilibrando os interesses de ambas as partes logo o Regulamento n.º 17/62 veio consagrar a protecção do segredo profissional, considerando que as informações obtidas durante o processo de inquérito só podem ser utilizadas e divulgadas para o fim prosseguido por esse procedimento¹²⁸. O fim desta protecção aos segredos profissionais é essencialmente prevenir o acesso a tal informação pelos concorrentes de cada empresa, garantindo o conhecimento da Comissão no sentido de recolher elementos probatórios¹²⁹.

Igualmente, a interdição de divulgar os dados assim confidenciais a que a Comissão tem acesso estende-se, para além dos seus agentes e funcionários¹³⁰, às autoridades nacionais que assistem o procedimento, que não poderão utilizar os elementos desta forma levados ao seu conhecimento para iniciar qualquer tipo de procedimento ao abrigo do direito nacional em matéria fiscal, penal ou administrativa, cujo indiciar se tornaria possível com este conhecimento¹³¹.

A própria publicação de decisões no Jornal Oficial respeitantes ao procedimento de inquérito será limitada ao essencial da decisão¹³², quando haja nessa prática de publicação um interesse geral, atento, por exemplo, tratar-se de uma questão jurídica pouco trabalhada. A não ser que o próprio segredo profissional constitua um elemento probatório da infracção ao

126 Não é possível estabelecer à partida os elementos abrangidos pelo segredo profissional, a propósito do qual o artigo 339.º do TFUE refere que inclui os dados sobre as relações comerciais das empresas e elementos dos seus preços de custo.

127 KORAH, Valentine. " e Rights of the Defense in Administrative Proceedings Under Community Law" in *Current Legal Problems*. 1980, p. 79.

128 Artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003. Ver TJCE, Acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB / Commission, Procs. 43 e 63/82, Colect. 1984-1, p. 21; Acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma / Commission, Proc. 41/69, Colect. 1970, Vol. XVI-2, p. 688. Ver ainda *Competition Proceedings before the EC Commission*, Report n.º JD06, p. 14.

129 LAVOIE, cit., 1992, p. 26

130 Ver Decisão CSV da Comissão de 25 de Junho de 1976 (76/593/CEE), JO L 192 de 16 de Julho de 1976, p. 27.

131 Hoje o artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Ver JOSHUA, Julian Mathic. "Information in EEC Competition Law Procedures" in *European Law Review*. 1986, p. 419

132 Antigo artigo 20.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17/62, sem equivalência no actual, e artigo 30.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Ver como exemplo as omissões relativas à identificação do produto em causa na Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979, cit., p. 33, atentos os segredos profissionais envolvidos.

direito da concorrência, caso em que nos parece não deverá gozar de protecção na publicação, uma vez que o interesse na protecção deixou de ser legítimo¹³³.

Nem sempre, ainda assim, é simples conciliar este requisito de protecção com a necessidade de divulgação de certas informações pela Comissão para prosseguir com o inquérito¹³⁴. Até porque conciliar depois o direito de acesso de alguns intervenientes torna-se moroso e complexo¹³⁵.

d. Inviolabilidade do domicílio

Na análise elaborada pelo Tribunal de Justiça sobre a garantia de direitos fundamentais das empresas, como protecção perante a arbitrariedade administrativa da Comissão, surge¹³⁶ o discutir do reconhecimento de um direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, considerando a hipótese de ser este direito extensível aos locais comerciais¹³⁷, no âmbito do exercício dos poderes de investigação da Comissão e em especial da inspecção nas empresas. Este direito fundamental supõe que a empresa titular do direito dê consentimento para o acesso às instalações/domicílio ou que o agente da Comissão venha munido de mandato judicial de jurisdição nacional.

Se durante anos a ordem jurídica comunitária se pautou pela ausência de um catálogo de direitos fundamentais, coube à jurisprudência do Tribunal de Justiça reconhecê-los com base nos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados membros¹³⁸. O direito ao respeito pelo domicílio vem também no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹³⁹ e foi reforçado com a adopção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁴⁰

133 No mesmo sentido LAVOIE, cit., 1992, p. 38. Ver a argumentação do Advogado-Geral Lenz no TJCE, Acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie / Comissão, Proc. 53/85, Colect. 1986-6, p. 1994. E ainda PLIAKOS, Astéris. Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência. 1995, p. 277.

134 COMISSÃO EUROPEIA. XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência 1993. p. 113. e TJCE, Acórdão de 18 de Junho de 1986, BAT et Reynolds / Comissão, Procs. 142 e 156/84, Colect. 1986-6, p. 1899.

135 Quando um processo reúne milhares de documentos objecto de pedidos de confidencialidade, os pedidos de acesso provocam atrasos no procedimento tendo em conta a necessidade de verificar, em relação a cada documento, se o alegado interesse no acesso a esse documento a fim de fazer valer os seus direitos de defesa prevalecia sobre a confidencialidade. COMISSÃO EUROPEIA. Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. 2007, p. 15.

136 Uma das primeiras vezes no Acórdão Nacional Panasonic / Commission, em que propriamente não toma posição, referindo-se apenas ao invocar pela requerente do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, p. 2057). Embora se encontre no Acórdão Acciaieria e Tubificio di Brescia / Haute Autorité uma referência ao assunto, considerando que o respeito pelo direito à vida privada se estende aos "locaux professionnels", sejam eles de um indivíduo ou de uma sociedade (TJCE, Acórdão de 14 de Abril de 1960, Proc. 31/59, Colect. 1960, Vol. VI, pp. 156 e 173).

137 TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect. pp. I-9039 a I-9078.

138 GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. 2010, p. 212.

139 Relevante por força do artigo 6.º, n.º 2, do TUE.

140 Por força do artigo 6.º, n.º 1, do TUE ver seu artigo 48.º, n.º 2

O Tribunal considerou¹⁴¹ que se é facto que o reconhecimento do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio se impõe na ordem jurídica comunitária como princípio comum aos direitos dos Estados membros, a questão não surge tão clara quanto à aplicação de tal direito às empresas¹⁴², uma vez que nesse aspecto se encontram divergências não desprezíveis nos sistemas jurídicos nacionais, quanto à natureza ou grau de protecção¹⁴³. Embora este não reconhecimento da inviolabilidade dos locais comerciais como um direito fundamental não significa que uma total inexistência de protecção, uma vez que toda a intervenção na esfera da actividade privada de uma pessoa, singular ou colectiva, deverá ter fundamento legal e uma medida proporcional¹⁴⁴.

Tal como nas restantes vertentes de exercício dos poderes de investigação da Comissão, caberá ao tribunal nacional garantir a comprovação da autenticidade da decisão de inspecção, podendo apreciar se as medidas de investigação não são arbitrárias ou excessivas face ao objecto da infracção, velando pelo respeito do direito nacional na aplicação das medidas envolvidas, mas não mais do que isso, não podendo aferir da legalidade ou necessidade da decisão, controlo que cabe apenas ao Tribunal de Justiça. Por vezes não resulta fácil distinguir estas competências¹⁴⁵.

O princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, exige que os actos das instituições comunitárias não ultrapassem os limites do que resulta apropriado e necessário para alcançar os objectivos legitimamente prosseguidos pelo acto em causa, entendendo-se que quando haja escolha entre várias medidas a adoptar se deva escolher a menos onerosa tendo em vista os objectivos a atingir – diz a jurisprudência.¹⁴⁶

e. O direito a ser ouvido

No decorrer de qualquer procedimento de aplicação dos poderes de investigação da Comissão no direito da concorrência, assiste aos intervenientes o direito a serem ouvidos. O exercício desse direito pelas partes afectadas é regulado pelo Regulamento n.º 773/2004¹⁴⁷. Trata-se de um direito fundamental para as empresas destinatárias de uma investigação por

141 JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission..." in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 697. JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission..." in *Revue du Marché Commun*. 1990, p. 697.

142 No Acórdão Nacional Panasonic / Comissão, cit. p. 2057: "pour autant qu'il s'applique à des personnes morales".

143 PLIAKOS, Astéris. "La protection des droits de la défense..." in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. 1995, p. 455

144 Acórdão Hoechst AG / Comissão, cit. e Acórdão Nacional Panasonic / Comissão, cit. p. 2045.

145 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Las inspecciones de las autoridades..." in *Anuario de la Competencia* 2009. 2010, p. 139.

146 TJCE, Acórdão de 5 de Outubro de 1994, Crispoltoni / Fattoria Autonoma Tabacchi, Processo C-133/93, pp. I-4891 a I-4914.

147 Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004, JOUE L 123 de 27.04.2004, pp. 18 a 24

parte da Comissão, no âmbito dos seus direitos processuais de defesa¹⁴⁸.

Ao iniciar um procedimento contra uma empresa, a Comissão deverá fixar um prazo para que ela possa comunicar por escrito as suas observações¹⁴⁹.

Como princípio geral, as partes destinatárias de uma investigação dispõem do direito a serem ouvidas¹⁵⁰, desde logo, e a final, respeitando o princípio do contraditório antes de adoptar uma decisão definitiva¹⁵¹ relativamente às empresas visadas.

Este direito pode mesmo ser estendido a outras pessoas que solicitem ser ouvidas invocando um interesse legítimo¹⁵².

O conceito de interesse suficiente não vem depois claramente definido na legislação. Terão um interesse suficiente por exemplo as associações de consumidores quando o processo se refira a produtos ou serviços utilizados pelos consumidores finais¹⁵³ ou as autoridades de defesa da concorrência dos Estados membros¹⁵⁴. Nesta matéria, a Comissão dispõe de uma grande margem de discricionariedade na indicação das pessoas que podem ser ouvidas.¹⁵⁵

Conclusões

Analisámos, brevemente, alguns dos direitos fundamentais escolhidos no quadro dos direitos de defesa que considerámos mais podem suscitar invocação, no decurso do exercício dos poderes de investigação da Comissão Europeia nas empresas em direito da concorrência, no âmbito das competências conferidas pelo Regulamento n.º 1/2003, regulamento de execução dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

O papel da jurisprudência europeia vai continuar a ser marcante, colmatando a brevidade da letra da lei, face à disparidade de situações que na prática surgem. O seu papel deve ser consciencioso na busca de um justo equilíbrio entre a eficácia dos poderes da Comissão e o respeito dos direitos fundamentais reconhecidos às empresas, enquanto pessoas jurídicas, e reconhecidos como básicos em todas as ordens jurídicas que se orientam pela legalidade da acção dos entes públicos. Procurando também na sua função de cumprimento da

148 FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 204.

149 Artigo 10.º do Regulamento n.º 773/2004.

150 Considerando 32 do Regulamento n.º 1/2003.

151 Artigo 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003.

152 Artigo 13.º do Regulamento n.º 773/2004.

153 Considerando 11 do Regulamento n.º 773/2004.

154 Artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 773/2004.

155 FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea..." in *Derecho de la competencia europeo y español*. 2007, p. 204.

legalidade, ter em conta a necessidade de deixar à Comissão os instrumentos necessários ao cumprimento da sua função e o seu equilíbrio, por vezes difícil de alcançar, com a garantia de direitos de defesa e protecção das entidades investigadas.

O exercício dos seus poderes deve respeitar estritamente a letra e o espírito das disposições que os concedem e concretizam, não os aplicando na busca de infracções que sabe não terem uma base credível de suspeita.

Há que continuar a procurar um equilíbrio entre a necessidade da existência de meios ao dispor da Comissão para prosseguir a sua tarefa e os direitos das empresas inquiridas. O problema fulcral é portanto conciliar dois interesses que na prática se revelam contraditórios, seja um interesse de eficiência da acção da Comissão e um interesse de defesa dos seus direitos pelas empresas visadas. É uma preocupação sempre presente e que necessita ser avaliada e efectivada em função casual, não sendo fácil a consagração de um sistema de regras rígidas em que o acentuar em demasia a protecção dos direitos das empresas, resultaria em detrimento da prossecução das missões adstritas à Comissão pelo próprio Tratado, tornando o seu poder de inquérito num conjunto de actuações formais sem conteúdo útil.

Referências bibliográficas

ALBERS, Michael e JOURDAN, Jérémie. "The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective" in *Journal of European Competition Law & Practice*. Vol. 2, n.º 3, 2011, pp. 185 a 200.

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. *Direito Comunitário*. Lisboa: Centro de Publicações do Ministério da Justiça, 1995.

ALVIM, Mariana de Sousa. "O direito a uma tutela judicial efetiva dos particulares no direito da União Europeia. Em particular, no direito da concorrência da União Europeia" in *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coimbra Editora, 2013, pp. 703 a 735. ISBN 978-972-32-2116-9.

ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência – os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina. 1995. ISBN 972-40-0871-1.

AUBY, Jean-Bernard. "Les pouvoirs d'inspection de l'Union européenne" in *Review trimestrielle de droit européen*. Paris: Dalloz, 42e année, n.º 1, 2006, pp. 131 a 140. ISSN 0035-4317.

BALCIUNAITĖ, Justina e STARIENĖ, Lijana. "Right to privacy v. European Commission's expanded

power of inspection according to Regulation 1/2003" in *Jurisprudence*. 3(121). Mycolas Romeris University. 2010. ISSN 2029-2058. pp. 115-132.

BERGERÈS, Maurice-Christian. *Contencioso Comunitário*. Porto: RÉS Editora, Resjurídica, s.d.

BRUNET, François. "Chronique de droit communautaire de la concurrence" in *Revue de Droit des A-aires Internationales*. F.E.C.. N° 4, 1994, pp. 485-498.

CESARINI, Paolo. "Le droit d'être entendu dans les procédures communautaires en matière de concurrence" in *Révue du Marché Unique Européen*, 1, 1995, pp. 145-157.

COHEN JONATHAN, G. "La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme" in *Revue du Marché Commun*. 214 (Février), 1978, pp. 74-100.

COMISSÃO EUROPEIA. XIth Report on competition policy 1981. Bruxelas, Luxemburgo, 1981. ____ XIIth Report on competition policy 1982. Bruxelas, Luxemburgo. 1982. ____ Treizième Rapport sur la politique de concurrence (1983). Luxembourg: Oce des Publications Ocielles des Communautés Européennes, 1984. ISBN 92-825-4232-7. XXIII Relatório sobre a Política de Concorrência 1993. Bruxelas, Luxemburgo, 1994.

____ Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. Bruxelas, Luxemburgo, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. "Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção" in *Revista O Direito*. Ano 136.º, I. Almedina: 2004. ISBN 972-40- 2406-7, pp. 43 a 76.

DAUSES, Manfred A. "e Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order" in *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 10, N° 6 (December), 1985, pp. 398-419.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. "Derecho Comunitario y Medidas Sancionatorias" in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. Giu-rè editore. Numero 2, 1994, pp. 291-348.

DUARTE, Maria Luísa. "A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa" in *Cadernos O Direito*, n.º 5 - O Tratado de Lisboa. Almedina, 2010. pp. 169 a 189.

FAULL, Jonathan. "A. M. & S.: the Commission's Practice Note" in *European Law Review*. London: Sweet & Maxwell. Vol. 8, 1983, pp. 411 a 414. FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel. "Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados" in *Anuario de la Competencia* 2009. Universitat Autònoma de Barcelona, 2010, pp. 133- 157. ISBN 978-84-490-2665-2.

FERNÁNDEZ MOLINERO, María. "Los poderes de investigación de la Comisión Europea en los Reglamentos 1/2003 y 773/2004" in Derecho de la competencia europeo y español. Volumen VII. Madrid: Editorial Dykinson, 2007, pp. 177-208. GALÁN CORONA, Eduardo. "Notas sobre el Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma" in Revista de Derecho Comunitario Europeo. ISSN 1138-4026. Año 7, n.º 15: (Mayo-Agosto 2003), pp. 499-525.

GALINDO, Blanca Rodríguez. "L'application des règles de concurrence du traité CEE: les pouvoirs d'enquête de la Commission" in Revue du Marché Unique Européen. 2, 1991, pp. 75-95.

GOFFIN, Léon. "Le principe de la confidentialité" In Cahiers de Droit Européen. Bruxelles. 18, 1982, pp. 381 a 405.

GUDIN, Charles-Étienne. "Le droit d'être entendu dans les procédures communautaires" in Revue des Affaires Européennes. L.G.D.J.. N.º 4, 1994, pp. 42-48.

GUILLÉN CARAMÉS, Javier. Régimen Jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia. Thomson Reuters, Aranzadi, 2010. ISBN 978-84-9903- 540-6.

HABERMAS, Jürgen. Um ensaio sobre a Constituição da Europa. Edições 70, 2012. ISBN 978-972-44-1700-4.

IGARTUA ARREGUI, Íñigo; ESPÓSITO, Daniela. "El derecho a la condencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente: límites y perspectivas" in Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia. N.º 64, 2011, pp. 129-139. ISSN 1579- 3494.

ITALIANER, Alexander. "e European Commission's procedural package: increasing interaction with parties and enhancing the role of the Hearing Officer" in C&R Revista de Concorrência e Regulação. Coimbra: Almedina, Ano II, n.º 7/8, 2011, pp. 23 a 42. ISSN 1647- 5801.

JANSEN, Bernhard. "Les pouvoirs d'investigation de la Commission des Communautés Européennes en matière de concurrence" in Revue du Marché Commun. 342 (Décembre), 1990. pp. 696 a 701.

JEANTET, Fernand-Charles. "La défense dans les procédures répressives en droit de la concurrence" in Revue Trimestrielle de Droit Européen. Paris: Sirey Editions. N. 1 (Janviers-Mars), 1986, pp. 53-67.

JOSHUA, Julian Mathic. "Requests for Information in EEC Factfinding Procedures" in European Competition Law Review (ECLR). Oxford. 3, 1982, pp. 173 a 184. _____

"The Element of Surprise: EEC Competition Investigations under Article 14 (3) of Regulation 17" in

European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 8, 1983. pp. 3 a 23.

_____. "Information in EEC Competition Law Procedures" in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 11, 1986, pp. 409 a 429.

KORAH, Valentine. "The Rights of the Defense in Administrative Proceedings Under Community Law" in Current Legal Problems. London: Stevens Publication. Vol. 33, 1980, pp. 73 a 97.

LABARDE, Marie-Chantal Boutard. Enquêtes en vue de l'application des articles 85 & 86: droits et devoirs des entreprises. Bruxelles: Maison Larquier, 1992.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "Las potestades administrativas de investigación en matéria de defensa de la competencia" in Revista de Derecho de la Competência y la Distribución. La Ley, N.º 5, 2009, pp. 33 a 64. ISSN 1888-3052.

LAVOIE, Chantal. "The Investigative Powers of the Commission with respect to Business Secrets under Community Competition Rules" in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 17, N.º 1, 1992, pp. 20 a 40.

LENAERTS, Koen. "Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue" in European Law Review. London: Sweet & Maxwell. Vol. 16, N.º 5 (October), 1991, pp. 367-390.

LESGUILLONS, Henry. "L'auto-incrimination en droit de la concurrence" in *Révue de Droit des A-aires Internationales*. 2, 1994, pp. 245-247.

MARTINHO, Helena Gaspar. "Tribunais REVISTA JURIS - WWW.CECGP.COM.BR 65 especializados, concentração de competências e o futuro tribunal da concorrência, regulação e supervisão" in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra: Almedina, Ano I, n.º 3, 2010, pp. 253 a 267. ISSN 1647-5801.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*. Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4587-0. pp. 93 a 124. MENDES, Paulo de Sousa. "O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência" in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*. Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1729-2. pp. 209 a 224.

MOURA, Teresa. "De Maastricht a Nice" in *Revista Nação e Defesa*. Instituto da Defesa Nacional, 2ª Série; N.º 100 (Inverno 2001). ISSN 0870-757X. pp. 57 a 71.

PACHECO, Maria de Fátima. "A protecção dos particulares no sistema português de direitos fundamentais e no sistema da União Europeia" in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 3, 2005. ISSN 1646-1029. pp. 99 a

152.

PICOZZA, Eugénio. "Il Regime Giuridico del Procedimento Amministrativo Comunitario" in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*. Giu-rè editore. Numero 2, 1994, pp. 321-348.

PLIAKOS, Astéris. *Os Direitos de Defesa e o Direito Comunitário da Concorrência*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1995.

_____. "La protection des droits de la défense et les pouvoirs de vérification de la Commission des Communautés européennes: une issue heureuse?" in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Sirey Editions. N° 3, 1995, pp. 449 a 469.

RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes. *O Essencial da Política da Concorrência*. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 2005. ISBN 972-9222-55-X.

RODRIGUES, L. Barbosa e CARNEIRO, Alberto Soares. *Direitos Humanos, Textos Fundamentais*. Quid Juris Editora, 2011. ISBN 978-972-724-587-1.

RODRIGUES, Sara e SERZEDELO, Dorothée. "O Estado português seria condenado? As buscas efectuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem" in *C&R Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra: Almedina, Ano II, n.º 6, Junho 2011, pp. 87 a 115. ISSN 1647-5801.

SAINT-ESTEBEN, Robert. "Les droits de la défense dans l'application aux entreprises du droit communautaire de la concurrence" in *Révue des A-aires Européennes*. L.G.D.J.. N° 4, 1994, pp. 49 a 65.

SIMON, Denys. "Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes" in *Revue du Marché Commun*. 195 (Avril), 1976, pp. 201-256.

THOUVENIN, Jean-Marc. "Chronique de la concurrence, ententes, jurisprudence 2003-2004 Première partie: aspects de procédure" in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. Paris, n.º 490, juillet-août 2005. ISSN 0352-616. Pp. 467 a 474.

VAN DAMME, Jacques. "La mise en oeuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome" in *Cahiers de Droit Européen*. Bruxelles. 3, 1967, pp. 49-59.

VESTERDORF, Bo. "Complaints concerning infringements of competition law within the context of european community law" in *Common Market Law Review*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers. Vol. 31, N° 1 (February), 1994, pp. 77-104.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. "La terminación convencional del procedimiento sancionador

em matéria de defesa de la competencia" in Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. La Ley, Grupo Wolters Kluwer, N.º 4, Año 2009, pp. 169 a 182. ISSN 1888-3052.

VIEIRA, Nuno da Costa Silva. A origem e a importância dos Direitos Fundamentais. Vieira Amílcar & Associados. Consulta de 23.01.2013 em [http:// www.advocatus.pt/](http://www.advocatus.pt/) .

VÖLCKER, Sven B. "Developments in EC competition law in 2005: an overview" in Common Law Market Review. Netherlands: Kluwer Law International, Vol. 43, n.º 5, october, 2006, pp. 1409 a 1446. ISSN 0165-0750.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA e DOCUMENTAÇÃO

Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 258 E/02, de 18 de abril de 2012, sobre o relatório anual sobre os direitos humanos no mundo e a política da União Europeia neste domínio, incluindo as implicações para a política estratégica da UE em matéria de direitos humanos, JOUE C 261 E de 07.09.2013, pp. 8 a 36.

Resolução do Parlamento Europeu 2013/C 168 E/45, de 15 de dezembro de 2011, sobre uma proposta de reformulação do Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (JOCE L 145 de 31.5.2001, p. 43), JOUE C 168 E de 14.06.2013, pp. 159 a 178. Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2011 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. Documento COM (2012) 253 final de 30 de Maio de 2012. Relatório Final do Auditor 2012/C 64/08, de 10 de outubro de 2011, COMP/39.482 – Frutos Exóticos, JOUE C 64 de 03.03.2012, pp. 7 a 9. Relatório Final do Auditor 2011/C 324/06, de 20 de Junho de 2011, COMP/39.525 - Telekomunikacija, JOUE C 324 de 09.11.2011, pp. 5 e 6. Comunicação 2011/C 308/06 da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, sendo o texto relevante no Espaço Económico Europeu, JOUE C 308 de 14.10.2011, pp. 6 a 32.

Decisão do Presidente da Comissão Europeia 2012/199/UE de 29 de Fevereiro de 2012 relativa à função e ao mandato do conselheiro auditor em determinados processos comerciais, JOUE L 107 de 19.04.2012, pp. 5 a 11. Decisão 2011/695/UE do Presidente da Comissão Europeia de 13 de Outubro de 2011, relativa às funções e ao mandato do Auditor em determinados procedimentos de concorrência, JOUE L 275 de 20.10.2011, pp. 29 a 37.

Comissão Europeia. Relatório sobre a Política de Concorrência 2005. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2007. ISBN 92-79-01733-0.

Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, sendo o texto relevante no Espaço Económico Europeu, JOUE L 123 de 27.04.2004, pp. 18 a 24. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 622/2008 da Comissão de 30 de Junho de 2008, JOUE L 171 de 01.07.2008, pp. 3 a 5. Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE L 1 de 04.01.2003, pp. 1 a 25. Alterado pelo Regulamento (CE) n.º 411/2004 do Conselho de 26 de Fevereiro de 2004, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 3975/87 e altera o Regulamento (CEE) n.º 3976/87 e o Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativamente aos transportes aéreos entre a Comunidade e países terceiros, JOUE L 68 de 06.03.2004, pp. 1 e 2, e Regulamento (CE) n.º 1419/2006 do Conselho de 25 de Setembro de 2006, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 4056/86, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, e que altera o Regulamento (CE) n.º 1/2003 por forma a tornar o seu âmbito de aplicação extensível aos serviços internacionais de cabotagem e de tramp, JOUE L 269 de 28.09.2006, pp. 1 a 5. Decisão da Comissão de 28 de Janeiro de 1998 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (IV/35.733 D VW), JOCE L 142 de 25.04.1998, pp. 60 a 108.

Competition Proceedings before the EC Commission, Report No. JD06. European Study Conferences Limited. (s. d.)

Decisão Fides da Comissão de 31 de Janeiro de 1979 (79/253/CEE), JO L 57 de 8 de Março de 1979, p. 33 a 35.

Decisão CSV da Comissão de 25 de Junho de 1976 (76/593/CEE), JO L 192 de 16 de Julho de 1976, p. 27.

Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, JOCE 127 de 20.8.1963, pp. 2268-2270. Com o m de validade em 31.01.1999, revogado pelo Regulamento n.º 2842/98 da Comissão, JOCE L 354 de 30.12.1998, pp. 18-21.

Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO 13 de 21.2.1962, p. 204, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1216/1999, JOCE L 148 de 15.6.1999, pp. 5 e 6. (revogado)

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES CITADOS (consultados no texto completo) (ORDENADOS CRONOLOGICAMENTE)

TJCE, Acórdão de 14 de Abril de 1960, Acciaieria e Tubi cio di Brescia / Haute Autorité, Proc. 31/59, Colect. 1960, Vol. VI, pp. 151 e 214.

TJCE, Acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma / Commission, Proc. 41/69, Colect. 1970, Vol. XVI-2, pp. 661 a 730.

TJCE, Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage et Continental Can / Commission, Proc. 6/72, Colect. 1973, pp. 215 a 268.

TJCE, Acórdão de 23 de Outubro de 1974, Transocean Marine Paint / Commission, Proc. 17/74, Colect. 1974, pp. 1063 a 1093.

TJCE, Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Ho- man-La Roche / Commission, Proc. 85/76, Colect. 1979, pp. 461 a 601.

TJCE, Acórdão de 26 de Junho de 1980, National Panasonic / Commission, Proc. 136/79, Colect. 1980-5, pp. 2033 a 2070.

TJCE, Acórdão de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck (FEDETAB) / Commission, Procs. 209 a 215 e 218/78, Colect. 1980-7, pp. 3125 a 3331.

TJCE, Acórdão de 18 de Maio de 1982, AM & S / Commission, Proc. 155/79, Colect. 1982-5, pp. 1575 a 1663.

TJCE, Acórdão de 7 de Junho de 1983, Musique Di- usion Française / Commission, Proc. 100 a 103/80, Colect. 1983-6, pp. 1825 a 1954.

TJCE, Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin / Commission, Proc. 322/81, Colect. 1983-10, pp. 3461 a 3547.

TJCE, Acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB et VBVB / Commission, Procs. 43 e 63/82, Colect. 1984-1, pp. 19 a 106.

TJCE, Acórdão de 18 de Junho de 1986, BAT et Reynolds / Comissão, Procs. 142 e 156/84, Colect. 1986-6, pp. 1899 a 1906.

TJCE, Acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie / Comissão, Proc. 53/85, Colect. 1986-6, pp. 1985 a 1993.

TJCE, Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Dow Benelux NV / Comissão, Proc. 85/87, Colect. 1989-9, pp. 3137 a 3163.

TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Orkem / Comissão, Proc. 374/87, Colect. 1989-9, pp. 3283 a 3354.

TJCE, Acórdão de 18 de Outubro de 1989, Solvay & Cie / Comissão, Proc. 27/88, Colect. 1989-9, pp. 3355 a 3358. TPI, Acórdão de 12 de Dezembro de 1991, Hilti Aktiengesellscha / Comissão, Proc. T-30/89, Colect.. pp. II-1441 a II-1496.

TJCE, Acórdão de 16 de Julho de 1992, Dirección General de Defensa de la Competência / Asociación española de banca (AEB) e outros, Proc. C-67/91, pp. I- 4820 a I-4838. TJCE, Acórdão de 5 de Outubro de 1994, Crispoltoni / Fattoria Autonoma Tabacchi, Processo C-133/93, pp. I-4891 a I-4914.

TJCE, Acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères / Directeur général de la concurrence, Proc. C-94/00, Colect.. pp. I-9039 a I-9078 TPI, Acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, Mannesmannröhren-Werke AG / Comissão, Proc. T-112/98, Colect.. p. II-729.

TJCE, Acórdão de 29 de Junho de 2010, Comissão Europeia / Alrosa Company Ltd, Proc. C-441/07.

TJCE, Acórdão de 14 de Setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd, e Akros Chemicals Ltd / Comissão, Proc. C-550/07.

CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E O REGISTRO DO PENHOR NA MATRÍCULA DO IMÓVEL: NOVAS PERSPECTIVAS A RESPEITO DO REGISTRO DE IMÓVEIS

Thiago Aires Estrela

Mestrando em Ciências da Educação, Especialista em Direito
Notarial e Registral, Bacharel em Direito.

O presente artigo tem como escopo fazer uma análise acerca das Cédulas Rurais Pignoratícias com o registro do penhor na matrícula do imóvel vinculado à cédula.

01. Introdução

O presente artigo tem como escopo fazer uma análise acerca das Cédulas Rurais Pignoratícias com o conseqüente registro do penhor na matrícula do imóvel vinculado à cédula. Em primeiro lugar iremos tratar do financiamento rural e dos tipos de cédulas rurais, espécies de títulos de crédito regulados pelo Decreto Lei nº 167/67.

Após uma breve análise acerca desses temas, passa-se a esmiuçar a Cédula Rural Pignoratícia, seus requisitos essenciais e sua inscrição no Registro de Imóveis.

Faz-se uma breve comparação da maneira como o instituto é tratado hodiernamente pelos registradores imobiliários e como deveria ser, bem como sobre os “inconvenientes jurídicos” que a forma errada de inscrição desse tipo de garantia pode trazer para as partes e para terceiros de boa-fé.

Por fim, procuramos fundamentar o que consideramos como adequado juridicamente (registro do penhor na matrícula do imóvel), com os princípios modernos do direito registral imobiliário, e, também, com normativos legais vigentes.

02. Do financiamento Rural

As cédulas de crédito rurais são títulos de crédito que estão disciplinadas pelo Decreto Lei nº 167/67, possuindo como destinação o financiamento da atividade rural.

O financiamento rural, nesse tipo de instrumento, dá-se quando o emitente promete o pagamento em dinheiro, com ou sem garantia real cedularmente instituída, em contrapartida a um crédito obtido e que deverá ser destinado ao fomento da atividade rural.

Nesses termos, o artigo 2º do diploma legal em epígrafe é claro ao dispor que *“o emitente da cédula fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma exigidos pela instituição financiadora”*.

E o artigo 7º arremata que o credor poderá, sempre que julgar conveniente, não só percorrer todas as dependências dos imóveis referidos no título, como também, verificar o andamento dos serviços neles existentes.

A compreensão correta desses dois artigos é de suma importância para o entendimento do objeto do presente estudo, que é o registro do penhor na matrícula do imóvel e suas implicações jurídicas.

Assim, o cerne desse texto é demonstrar os fundamentos jurídicos para a inscrição do penhor no livro 2 (Registro Geral) e não no Livro 3 (Auxiliar) como é a praxe atualmente.

03. Das Cédulas de Crédito Rural

A Cédula de Crédito Rural é gênero do qual são espécies: I – Cédula Rural Pignoratícia; II – Cédula Rural Hipotecária; III – Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária e IV – Nota de Crédito Rural.

A diferença básica entre elas é o tipo de garantia dado quando da emissão da Cédula, que pode ser penhor, hipoteca, penhor e hipoteca e no caso da Nota de Crédito Rural não há garantia de direito real, podendo, entretanto, haver uma garantia de direito pessoal, como o aval.

Como dito acima, as Cédulas são títulos de crédito. São, então, títulos civis, líquidos e certos, exigíveis pela soma que constam dele ou do endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização (quando houver) e demais despesas que o credor fizer para a segurança, regularidade e realização do seu direito creditório.

3.1 Cédula Rural Pignoratícia

A Cédula Rural Pignoratícia indica um título de crédito garantido pelo direito real “penhor” e está disciplinado entre os artigos 14 à 19 do Decreto Lei 167/67.

Para a caracterização desta espécie de cédula, necessário se faz a apresentação dos seguintes requisitos, elencados no artigo 14:

I – Denominação;

II - data e condições de pagamento;

III - nome do credor e a cláusula à ordem;

IV - valor do crédito deferido (indicação da finalidade ruralista a que se destina o financiamento concedido e a forma de sua utilização);

V - descrição dos bens vinculados em penhor, além do local ou depósito em que os mesmos bens se encontram;

VI - taxa de juros e da comissão de fiscalização, bem como o tempo de seu pagamento;

VII - praça de pagamento;

VIII - data e lugar da emissão;

IX - assinatura de próprio punho do emitente ou de representante com poderes especiais.

Fizemos um destaque no item V, tendo em vista que em razão da localização dos bens apenhados é que se faz a inscrição desse título de crédito no Registro de Imóveis competente, conforme interpretação do artigo 30, já transcrito.

Após a apresentação básica das características da Cédula Rural Pignoratícia, passemos ao ato de inscrição desse tipo de cédula.

04. Da inscrição da Cédula Rural Pignoratícia

A prática registral e até mesmo a maioria da doutrina indica que o local correto do registro da Cédula Rural Pignoratícia e o conseqüente registro do penhor é no livro 3 (Auxiliar de Imóveis), isso com fundamento no artigo 176 c/c 178, II, ambos da Lei nº 6.015/73, que rezam: Art. 176 - “O livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e **não atribuídos ao Livro nº 3...**” e Art.

178 – “Registrar-se-ão no Livro nº 3 – Registro Auxiliar: ... II – **as cédulas de crédito rural e de crédito industrial, sem prejuízo do registro da hipoteca cedular...**”.

Pela leitura dos artigos acima, pode-se concluir que as inscrições no Livro 2 são subsidiárias, vez que primeiro se verifica se o ato é inscritível no Livro 3, não o sendo, deverá haver, então, o registro do título no Livro Principal.

À primeira vista, tem-se que de fato a inscrição da Cédula Rural Pignoratícia se faz no Livro no 3, por expressa disposição legal, contudo, a falha que apresentamos é em relação ao registro do penhor, ou seja, da garantia dada ao credor pelo pagamento da cédula.

Explica-se. A maioria dos registradores de imóveis pátrios, para não dizer todos, procedem ao registro do penhor no Livro 3, contudo este livro não é hábil para a constituição de direitos reais e o penhor como sendo direito real não pode ser inscrito em Livro Auxiliar.

A garantia desses títulos de crédito não pode ser considerado apenas e tão somente como cláusula acessória, tendo em vista que esse tipo de cédula só existe em razão desse direito real.

Afrânio de Carvalho, muito bem leciona que cada livro no Registro de Imóveis tem uma função específica e a inscrição de atos no livro errado pode gerar sérias consequências para as partes[i].

O Livro 2, que é o principal livro do Registro de Imóveis, via de regra é repositório de direitos reais, seja para constituí-los, declará-los, transferi-los, ou extingui-los e o Livro 3, como o próprio nome indica é auxiliar, servindo para o registro dos atos que são atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente ao imóvel matriculado.

O eminente autor elucida bem esse tema quando diz que:

Na relação dos livros sobressai, por sua importância, o Registro Geral, que, como recipiente dos direitos reais, aos quais transmite os efeitos de publicidade e de constitutividade, aparece como verdadeiro sensório do registro, de onde emanamos reflexos que movimentam o tráfico jurídico imobiliário. Se qualquer livro há de ter um conteúdo adequado ao fim que lhe é imputado, com mais forte razão isso deve acontecer naquele a que tocou a função precípua de

centro de convergência dos atos jurídicos de aquisição, transmissão, oneração ou extinção de direitos reais. A especificidade deste, ditada pela coerência da classificação, se impõe também para a segurança dos direitos, suscetível de prejudicar-se se a estes se misturassem, numa miscelânea, atos de natureza diversa" (Revista dos Tribunais. Direito Registral. Registros Públicos. Doutrinas Essenciais. 2ª Ed. Vol. VI, p. 47, 2014).

A dúvida que pode aparecer nesse ponto é: Se o penhor é direito real de garantia em que se dá um bem móvel para cumprimento de uma obrigação creditória, por que o seu registro, quando da emissão de Cédulas Rurais Pignoratícias se dá no Registro de Imóveis? E outra indagação é, se o bem dado em garantia é bem móvel, o correto não seria mesmo o registro no Livro 3?

Passemos à análise dessas duas questões. A primeira resposta é bastante simples, o registro desse tipo de cédula se dá no Registro de Imóveis por expressa disposição legal.

O artigo 30 do Decreto Lei nº 167/67reza que *"As cédulas de crédito rural, para terem eficácia contra terceiros, inscrevem-se no Cartório do Registro de Imóveis: a) a cédula rural pignoratícia, no da circunscrição em que esteja situado o imóvel de localização dos bens penhados..."*.

Não existe emissão de cédula rural sem a vinculação de um imóvel, motivo pelo qual a lei expressamente diz que o seu registro será feito no Registro de Imóveis competente.

Cumpre fazer o seguinte destaque, até mesmo as notas de crédito rural, que como vimos não possuem garantia de direito real, vinculam um imóvel ao financiamento rural, motivo pelo qual esse tipo de cédula também se inscreve no Registro Imobiliário, e esta inscrição sim, deve ser feita apenas no Livro 3.

Essa mesma vinculação (cédula X Imóvel) serve de substrato para o entendimento a seguir.

1 – A constituição do penhor rural se dá por meio de registro, tendo em vista que diferentemente do penhor comum que é constituído pela *"transferência efetiva da posse, de uma coisa móvel, suscetível de alienação"*, naquele *"as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar"* (caso das cédulas rurais pignoratícias)[ii].

Ora, se não há a transferência da posse do devedor para o credor, só podemos chegar à conclusão de que nesse tipo de transação, a instituição da garantia se dá pelo registro.

Após a compreensão da forma de constituição do penhor nas cédulas rurais pignoratícias, cumpre observar o procedimento de inscrição delas no Registro de Imóveis.

A prática é inscrever todos os requisitos essenciais da cédula no Livro 3 para se ter uma impressão equivocada de que o penhor está garantido pelo registro.

Ledo engano, tendo em vista que o artigo 32 do Decreto Lei nº 167/67 quando trata da inscrição das cédulas traz expressamente o que deve ser registrado, nesses termos tem-se que: Art. 32: "*A inscrição consistirá na anotação dos seguintes requisitos cedulares:*

Data do pagamento havendo prestações periódicas ou ajuste de prorrogação, consignar, conforme o caso, a data de cada uma delas ou as condições a que está sujeita sua efetivação;

O nome do emitente, do financiador e do endossatário, se houver;

O valor do crédito deferido e o de cada um dos pagamentos parcelados, se for o caso;

Praça do Pagamento;

Data e lugar da emissão;

Note-se que deliberadamente o legislador não coloca entre os requisitos a serem inscritos no Livro 3 "*a descrição dos bens vinculados em penhor, os quais se indicarão pela espécie, qualidade, quantidade, marca ou período de produção se for o caso, além do local ou depósito dos mesmos bens*"[iii].

Nesse sentido, temos um aparente conflito de normas. O Novo Código Civil indica que a constituição do penhor rural se aperfeiçoa quando do registro do instrumento, mas o normativo legal que disciplina a matéria não coloca a garantia, ou seja, não se refere ao penhor rural, como um dos requisitos que devem ser inscritos.

E nem o poderia fazê-lo, tendo em vista que o Código Civil anterior (1916) não indicava o registro do penhor como requisito para a sua constituição.

Então, por esse aparente conflito, o penhor não pode ser registrado no Livro 3, mas se não for registrado não se constituirá.

Ora, se o penhor não pode ser registrado no livro auxiliar, onde deverá ser feito? A resposta lógica é, no livro 2, abaixo daremos mais fundamentos para esse tipo de registro na matrícula.

Antes, cumpre verificar o seguinte questionamento: Por que o legislador não consignou a garantia (penhor rural), quando da inscrição da cédula no registro de imóveis? Porque neste caso, a inscrição da cédula é feita para se garantir a eficácia perante terceiros. Registra-se no Livro Auxiliar, dados que normalmente não vão para a matrícula.

Pelo Decreto Lei nº 167/67 a inscrição da cédula no registro imobiliário teria a função de dar eficácia perante terceiros. Assim sendo, se a cédula for emitida e não for registrada, sua validade só se firmaria perante as partes contratantes.

Contudo por disposição do novo código civil, o penhor rural, se constitui pelo registro, e como a constituição de direitos reais, via de regra, se faz no livro principal, como conseqüente lógico temos que compreender que o nascimento do desse tipo de penhor se dá quando do seu registro no Livro 2.

Alguns oficiais de registro, a fim de dar “mais publicidade” à cédula rural pignoratícia, “averbam” na matrícula o título que fora anteriormente registrado no Livro 3.

Ressalta-se que a averbação, via de regra, é ato modificativo ou de mera publicidade, ou seja, não seria meio idôneo de constituição de direitos reais e por via de conseqüência não poderia ser utilizada para esse fim[iv].

2 – Os bens móveis dados em garantia se tornam em “imóveis” por ficção jurídica. Como afirmado anteriormente, não existem cédulas rurais desvinculadas de imóveis e o artigo 18 do Decreto Lei nº 167/67 dispõe que: ***“Antes da liquidação da cédula, não poderão os bens apenhados ser removidos das propriedades nela mencionadas, sob qualquer pretexto e para onde quer que seja, sem prévio consentimento escrito do credor”.***

A inamovibilidade dos bens móveis, por ficção jurídica, tem razão de ser: primeiro, pela vinculação necessária ao imóvel onde esses bens estão; segundo, porque, também por comando legal, o credor pode percorrer todas e quaisquer dependências dos imóveis referidos no título, como verificar o andamento dos serviços nele existentes[v].

Ora, se assim não o fosse, o credor poderia ser surpreendido ao ir verificar *in loco* o estado dos bens apenhados e constatar que eles não estão mais lá.

Temos que compreender, portanto, que o consentimento do credor se dá por meio de aditivo à cédula, conforme preleciona o artigo 12 do Decreto Lei: ***“A cédula de crédito rural***

poderá ser aditada, ratificada e retificada por meio de menções adicionais e de aditivos, datados e assinados pelo emitente e pelo credor”.

A dificuldade que os registradores encontram para o registro do penhor rural, na matrícula do imóvel, se dá em razão de considerarem que estes bens móveis dados em garantia são independentes dos imóveis, razão pela qual o registro no livro auxiliar bastaria para a sua constituição e devida publicidade.

05. Dos inconvenientes da falta do registro do penhor na matrícula do imóvel

O primeiro e mais importante inconveniente da falta de registro do penhor na matrícula do imóvel se apresenta quando da compra e venda de imóvel pela modalidade “*ad corpus*” ou pelo dito popular “de porteira fechada”.

Suponhamos que “A” queira comprar uma “fazenda de vastos pastos e um pomar, bem tudo o que estiver dentro” situada no Povoado Nova Olinda, no Município de Alto Alegre do Pindaré, Estado do Maranhão e que na negociação ficou acertado que o preço pago seria o equivalente para o pagamento do imóvel, acréscimos e de todos os bens móveis existentes lá.

Contudo, “A” não sabia que os animais existentes nessa fazenda são objeto de cédula rural pignoratícia já registrada apenas e tão somente no Livro 3 do Registro de Imóveis competente, e que “B”, por descuido ou má-fé, simplesmente deixou de indicar na escritura.

Imagine, ainda, que o credor da cédula pignoratícia, sem saber que o imóvel fora vendido, resolva ir ao local verificar como estão os bens apenados e se o crédito rural que fora financiado realmente está sendo utilizado como deveria.

O comprador “A” é obrigado a deixar o credor adentrar no seu imóvel? Assume a dívida que não sabia existir?

Acontece que a Lei nº 7.433/85 reza em seu artigo 1º, § 2º que “*O tabelião consignará no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, ficando dispensada a sua transcrição*”.

Nesses termos, nem o tabelião, nem o comprador poderiam ter ciência do penhor dos animais vinculados ao imóvel objeto da compra e venda, tendo em vista que a certidão de

ônus necessariamente sairia negativa, já que é expedida em razão apenas do livro 2, ou seja, em razão da matrícula do imóvel.

Outro inconveniente que pode acontecer é quando o credor de cédula rural pignoratícia, defere o crédito rural (financiamento) e solicita à parte o registro da cédula para que o dinheiro possa ser liberado.

Contudo, quando da qualificação do título percebe-se que o imóvel não possui matrícula, ou seja, trata-se apenas e tão somente de posse[vi].

Esta cédula não pode adentrar o registro de imóveis porque este não se presta a registros que não estejam vinculados a direitos reais, principalmente ao direito de propriedade.

Até mesmo direitos pessoais que ingressam no Registro de Imóveis por expressa determinação legal, guardam relação ao menos com o direito de propriedade exercido ou que um dia o será (como no caso dos pactos antenupciais, em que os nubentes não têm bem imóveis ainda, mas que, por força de lei, o registram no Livro 3 - Auxiliar)[vii].

A prática do registro do penhor apenas no Livro 3 faz com que o registrador não possa fazer uma qualificação negativa das cédulas rurais pignoratícias que vinculem imóveis sem matrícula, vez que não teria fundamento jurídico para tanto.

Deferir-se-ia um crédito, garantido por um penhor irregularmente constituído (apenas no livro 3) e vinculado a um imóvel que sequer poderíamos dizer que existe, pois para a emissão dessa cédula, bastaria a declaração do emitente de que os animais estariam nesse imóvel.

A prática recorrente de registro desse tipo de cédula apenas no livro 3, faz com que credores solicitem o registro da cédula, vinculadas aos imóveis que não possuem matrícula, e alguns registradores o fazem por ser apenas no livro auxiliar e por imaginarem que esses bens não guardam relação com os imóveis aos quais estão vinculados.

Este não é o espírito do registro imobiliário. Os professores Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva sabiamente descrevem a função do sistema registral imobiliário:

A verdadeira função do sistema registral imobiliário está em tutelar a propriedade privada, bem assim combater a clandestinidade, irmã gêmea da fraude. (IRIB. Introdução ao Direito Notarial e Registral, p. 171, 2004).

Como o credor poderá ver o seu crédito satisfeito se a garantia pela cédula emitida não chegou a ser de fato constituída?

06. Dos Princípios do Registro de Imóveis

Três princípios registrais podem ser invocados como norteadores do entendimento do que fora explanado: 1 – Segurança Jurídica; 2 – Concentração dos atos na matrícula e 3 – Publicidade.

A segurança jurídica é a razão de ser dos registros públicos, e, por isso mesmo, esse ramo do direito deixou de ser apenas um apêndice do direito civil para se tornar um ramo autônomo do direito.

Os juristas Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva aclaram esse princípio ao declararem que:

Se o Registro Imobiliário constitui-se no único mecanismo confiável para noticiar-se à comunidade o que lhe pode ser oponível, mister que o mesmo seja completo, ágil, seguro e universal, similar a uma Encíclica Papal: *urbi et orbi*. (IRIB. Introdução ao Direito Notarial e Registral, p. 182, 2004).

Pelo princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel temos que entender que as inscrições no fôlio real sejam tão completas que dispensem diligências outras. Somente dessa forma poderemos garantir a própria segurança jurídica. E os autores acima citados continuam:

O art. 167, da Lei 6.015/73, pode ser considerado exaustivo por alguns. Todavia, o apego a essa conclusão não enriquece o sistema, também porque o art. 246, da mesma Lei, permite ilações no sentido de se dar elasticidade ao comando legal.

Assim, a nosso ver, nenhum fato jurígeno ou ato jurídico que diga respeito à situação jurídica do imóvel ou às mutações subjetivas pode ficar indiferente à inscrição na matrícula. Além dos atos translativos de propriedade, das instituições de direitos reais, a ela devem acorrer os atos judiciais, os atos que restringem a propriedade, os atos constrictivos (penhoras, arrestos, sequestros, embargos), mesmo de caráter acautelatório, as declarações de indisponibilidade, as ações pessoais reipersecutórias e as reais, os decretos de utilidade

pública, as imissões nas expropriações, os decretos de quebra, os tombamentos, comodatos, as servidões administrativas, os protestos contra a alienação de bem, os arrendamentos, as parcerias, enfim, todos os atos e fatos que possam implicar a alteração jurídica da coisa, mesmo em caráter secundário, mas que possa ser oponível, sem a necessidade de se buscar alhures informações outras, o que conspiraria contra a dinâmica da vida. (IRIB. Introdução ao Direito Notarial e Registral, p. 181, 2004).

A publicidade gera a ficção do conhecimento, assim, a realização de um ato de registro, seja a abertura de matrícula, um registro ou averbação dá a ideia de conhecimento por todos.

Essa publicidade garante a oponibilidade *erga omnes* aos direitos originados através do ingresso do título no fólio real.

Contudo, deve bastar para o registrador gerar essa ficção de conhecimento, quando ele tem em mãos meios para fazer com que esse conhecimento se torne mais palpável.

07. Conclusão

O registro do penhor na matrícula do imóvel deve se tornar prática entre os registradores de imóveis. A própria constituição desse direito real de garantia depende de sua correta inscrição nos livros imobiliários.

O registro do penhor rural apenas no livro 3 não é suficiente para constituí-lo, por falta expressa de norma nesse sentido.

Ademais, os princípios registrares imobiliários, por si só, já dariam embasamento suficiente para essa nova prática.

Precisamos fazer com que o Registro de Imóveis avance e abarque cada vez mais atos, vez que a sua função primordial é dar segurança jurídica às relações no corpo social.

Pensar no registro de imóveis como meio de pacificação social é pensar num registro que não seja engessado por formalismos desnecessários ou entendimentos que não abarquem a real intenção do legislador.

08. REFERÊNCIAS

CARVALHO, Afrânio de. A matrícula no registro de imóveis (publicado na Revista de Direito Imobiliário, RDI, 5/31, jan-jun. 1980). Revista dos Tribunais. Direito Registral. Registros Públicos. Doutrinas Essenciais. 2ª Ed. Vol. VI, São Paulo, 2014.

ERPEN, Antônio Décio. PAIVA, João Pedro Lamana. Princípios do Registro Imobiliário Formal. IRIB. Introdução ao Direito Notarial e Registral. Porto Alegre, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática. Editora Método. 5ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro, 2014.

PASSARELLI, Luciano Lopes. Teoria Geral da Certidão Registral Imobiliária: O princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico. Ed. Quinta Editorial. São Paulo, 2010.

RODRIGUES, Marcelo. Tratado de registros públicos e direito notarial. Ed. Atlas. São Paulo, 2014.

[i] Afrânio de Carvalho ensina que os livros de imóveis possuem atribuições específicas, não podendo o registrador misturar a função de cada um deles. O professor alerta que o nascedouro de direitos reais se dá sempre no Livro Principal (Livro 2), vez que todos os direitos reais que a lei contempla como registráveis se relacionam com o direito real maior que é a propriedade.

[ii] Art. 1.431 (*caput*) e parágrafo único do CC/2002.

[iii] Art. 14, V do Dec. Lei nº 167/67.

[iv] Uma exceção a essa regra é o disposto no § 4º do artigo 35 da Lei nº 4.591/64, que por meio de averbação confere um direito real oponível a terceiros. Entendemos que esse dispositivo é uma falha técnica do legislador que confunde ato de averbação com ato de registro.

[v] Art. 7º do Dec. Lei nº 167/67.

[vi] Este inconveniente tem acontecido com certa regularidade na Serventia Extrajudicial de Alto Alegre do Pindaré/MA. O credor de Cédula Rural (geralmente bancos) solicitam o registro do título apenas no livro 3 e não se preocupam se o imóvel está devidamente matriculado. Este equívoco faz com que os posseiros de terras não se preocupem na regularização imobiliária.

[vii] Art. 167, item 12 c/c Art. 178, III da Lei nº 6.015/73.



ALONZO REIS FREIRE



JOÃO BATISTA ERICEIRA



MARIA MANUELA M. SILVA



ANGELA F. BURRIEZA



JORGE MIRANDA



NÁDIA MARIA F. QUINZEIRO



ANA LUIZA FERRO



LOURIVAL SEREJO



NELSON M. DE M. RÊGO



ANNA GRAZIELLA NEIVA



MÁRCIA CAVALCANTE AGUIAR



ROBERTO C. VELOSO



ARTENIRA DA S. E S. SAUÁIA



MÁRCIO ALEANDRO C. TEIXEIRA



SARA FERNANDA GAMA



DORA RESENDE ALVES



MARIA DE JESUS R. A. HEILMANN



SERGIO VICTOR TAMER



MARIA GORETTI C. DE CARVALHO



THIAGO AIRES ESTRELA

**Uma publicação do Departamento de Publicidade
da SVT Consultores Marketing e Propaganda Ltda.**

Av. Castelo Branco, 605, Ed. Cidade de São Luís, salas 400-C
Bairro São Francisco - CEP: 65076-090 - São Luís - MA
Telefone: (98) 3235 6467
E-mail: contato@cecgp.com.br
www.cecgp.com.br



REVISTA *Juris* ADVOCATUS

A REVISTA JURIS nasceu no ano da celebração do 66º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma carta de princípios que espargiu luzes sobre as constituições democráticas, em todo o mundo. Pela sua participação nesse acontecimento e pela sua fulgurante trajetória de vida, fazemos aqui uma homenagem especial a Stéphane Hessel, morto em fevereiro de 2013, aos 96 anos, - até então o último remanescente da equipe de redatores da Declaração. Hessel escreveu um pequeno livro-manifesto, em 2010, sob o título original "Indignez-vous!" (Traduzido para o Espanhol, com prólogo de José Luis Sampedro, com a denominação "Indignaos!") -, dando origem, assim, a um forte movimento internacional que ultrapassou todas as fronteiras culturais, religiosas e ideológicas: o movimento dos indignados que em 2013 chegara ao Brasil. Hessel nos deixou a lição de que a indiferença é a pior das atitudes. Que é preciso revitalizar a solidariedade. E para aqueles que farão o século 21, observou que "criar é resistir".

A missão institucional do CECGP - de promover e publicar estudos constitucionais e de gestão pública - fez com que nascesse a REVISTA JURIS, hoje uma promissora realidade editorial. E estamos imbuídos dos mesmos princípios que nortearam a Declaração Universal dos Direitos Humanos para cuja redação final tanto contribuiu esse herói da Resistência francesa, Stéphane Hessel. Mais do que isso, seguir o exemplo dos que sempre lutaram, entre nós, para mudar a triste realidade de nossos terríveis indicadores sociais. Por isso, é preciso reafirmar que não iremos ficar indiferentes diante da falta de efetividade dos direitos sociais - em especial no campo da segurança pública - flagelo que decorre tanto da falta de políticas públicas quanto de políticas ineficientes ou de má gestão.

É preciso, portanto, revitalizar a solidariedade e, como Hessel, dizer que também nós estamos indignados!

A revista é uma publicação do CECGP
Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública

e da SVT Editora Ltda.

