

REVISTA ELETRÔNICA FEATI



Faculdade de Educação Administração e Tecnologia de Ibiti

REVISTA ELETRÔNICA
FEATI

REVISTA ELETRÔNICA DA FEATI

Faculdade de Educação Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI),
Mantida pela Associação de Ensino Superior de Ibaiti (AESI).
Edição - Nº 12 – jan-jul de 2016

Av. Tertuliano de Moura Bueno, 1400 - Vila Flamenguinho
Ibaiti – Paraná
CEP 84.900-000
Tel. (43) 3546-1263

CONSELHO EDITORIAL

Evaldo Gonçalves Leite
Luciano Ferreira Rodrigues Filho
Letícia Fátima Ribeiro
Ronny Carvalho da Silva

COORDENAÇÃO

Ronny Carvalho da Silva

Solicita-se permuta.

Os textos são de inteira responsabilidade de seus autores.

Revista Eletrônica da FEATI
Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti, v. 1, n. 12.
Ibaiti-PR: FEATI, jan–jul, 2016.

ISSN 2179-1880 2

1. Revista científica - periódico I. Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti. II. Congresso de Iniciação Científica do Curso de Direito.

REVISTA ELETRÔNICA
FEATI

APRESENTAÇÃO

Apresentamos ao leitor a décima segunda edição da **Revista Eletrônica da FEATI**, do curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – PR. A organização dos trabalhos publicados nesta edição está dividido em duas categorias: artigos completos e resumos.

Estes artigos e resumos são de autoria de docentes e acadêmicos internacionais e nacionais que submeteram os trabalhos seguindo as normas da revista, bem como, por trabalhos aprovados no V Congresso de Iniciação Científica do curso de Direito da FEATI.

Nesta edição as temáticas dos trabalhos envolvem o Direito Constitucional e cidadania, Direitos Humanos, as minorias e as relações étnico-raciais e cultura e educação ambiental.

A Revista Eletrônica da FEATI tem o propósito de fomentar a produção científica na área do Direito, buscando ser o referencial teórico na área jurídica no Norte Pioneiro do Paraná e um dos meios de divulgação de projetos e pesquisas que promova a dignidade humana. Com discussões inovadoras e com profunda reflexão, esta edição traz um olhar especial para as práticas jurídicas.

Apoderando-se de novas ferramentas críticas, muitos trabalhos utilizam o cinema e a literatura como meio de análise do Direito e da Justiça, buscando atenuar a distância entre o saber jurídico e a comunidade, estabelecido historicamente pelo *saber-poder*. O trabalho da academia na relação com a sociedade visa apresentar saberes que contribua para a sociedade e o Estado, neste sentido, os artigos e resumos publicados buscam dialogar com a comunidade, com a clareza e simplicidade, sem esquecer do rigor teórico e ético.

Desta forma, esperamos que o leitor encontre nestes trabalhos as respostas esperadas ou que, as temáticas instiguem a outras *perguntas-problemas* para o desenvolvimento da Ciência Jurídica. Boa leitura.

Prof. Me. Luciano Ferreira Rodrigues Filho
Conselho Editorial

PREFÁCIO

O discurso do direito constitucional, sua aplicabilidade e sua concretização continuam cada vez mais intensos e necessários. Com efeito, temos verificado que a fundamentalidade dos direitos constitucionais têm sido banalizada de modo a expor uma inquietante e perniciosa subjugação do movimento constitucionalista contemporâneo diante das lógicas perturbadoras do mundo globalizado atual.

Temos visto a dinâmica de discursos reducionistas das esferas de proteção jusfundamentais ganharem peso e densidade diante das nefastas ocorrências do mundo atual, envolto em densas nuvens escuras da massificação dos mercados, do terrorismo global, da violência institucionalizada em organizações estatais e não estatais, da subjugação de tudo e de todos às condições do mercado financeiro, fenômenos esses que vêm ocasionando a volatilização e relativização de direitos, notadamente dos direitos sociais, o enfado com a política, a desconstrução dos espaços públicos de discussão e a ruptura com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que deveriam impor a todos a luta pela manutenção dos direitos adquiridos em solene enaltecimento do primado da dignidade da pessoa humana, o qual não pode e não deve ser relativizado em nenhuma hipótese.

Pensando nisso, e nos grandes desafios da modernidade e da contemporaneidade, o Curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti têm buscado conduzir a pesquisa científica de maneira a instigar os acadêmicos de modo a pensarem criticamente o fenômeno atual, visando, com isso, primeiro, sua compreensão, depois a contribuição para a busca da efetivação dos direitos fundamentais no seio da sociedade a que pertencemos.

Pensar globalmente, agindo localmente, visando a melhoria da qualidade de vida das pessoas que estão à nossa volta, esse o dilema e o grande *leitmotiv* que conduz à elaboração da pesquisa científica que ora é apresentada ao público.

Tanto é verdade que no presente número são apresentadas duas grandes contribuições de professores renomados de outros países, sendo o grande amigo o Professor Doutor Gonçalo Nicolau de Sopas de Melo Bandeira, do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave em Barcelos-Portugal, grande jurisconsulto, insigne professor doutor pela grandiosa Universidade de Coimbra, berço de constitucionalistas de escol, que muito nos honrou com a contribuição de seu artigo que trata da constituição e processo penal sob o enfoque do direito português.

Também recebemos a valorosa contribuição do professor John Alberto Tito Añamuro, professor Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca na Espanha, investigador permanente no MaxPlanck-Institut de Hamburgo-Alemanha e professor de Direito Privado Patrimonial da *Universidad del Norte* na Colômbia. O professor John muito nos honrou com a generosa e entusiasmada participação em nossa revista, contribuindo com uma reflexão sobre o discurso dos direitos humanos e uma crítica à sua aplicação. Conforme podemos ler já no início de seu artigo, o Professor John salienta que *“la idea de los derechos humanos tiene más carga moral y política, que jurídica”*.

De fato, nos parece acertada e compartilhamos da ideia central de que a tônica do discurso de efetivação dos direitos humanos fundamentais deve ser dada a partir da ênfase na política e nos valores morais a serem cultivados e fomentados a partir de uma perspectiva jurídica esboçada nos documentos constitucionais e operacionalizado na legislação local estadual e municipal. Isso significa compreender que a questão fundamental é a busca pela efetivação desses direitos fundamentais através de uma práxis política que esteja comprometida com esses valores, de modo a desconectar o discurso da mera retórica jusfundamentalista para fins de uma ação concreta transformadora da realidade – o que a nosso ver somente a política pode fazer – retirando o Poder Judiciário como o palco central dos debates e atuações voltadas para efetivação de direitos fundamentais, enfraquecendo o ativismo judicial e valorizando os espaços democráticos de discussão no parlamento e nos espaços comunitários de discussão, como os conselhos comunitários, as câmaras de vereadores e ainda nos espaços virtuais de discussão como as redes sociais e grupos formados na rede mundial de computadores.

Ao lado desses dois grandes professores de renome internacional, verificamos nos demais artigos apresentados a preocupação do corpo docente da FEATI com a discussão profunda do Direito e suas implicações nos diversos meandros da vida, verificando-se as valorosas contribuições em sociologia jurídica através da análise em Durkheim, eutanásia, e uma incursão literária sobre a obra de Machado de Assis “Dom Casmurro” sob uma perspectiva da análise dos direitos da defesa e da acusação no convencimento dialético acerca do processo de julgamento.

Ademais, os resumos e demais artigos apresentados pelos nossos alunos da graduação em Direito demonstram a elevada preocupação da pesquisa científica da

FEATI desenvolvida de modo a conectar o estudante à essa realidade que o circunda dos fenômenos globais mas sem descuidar da preocupação com a realidade local que deve ser o objetivo primeiro do estudante engajado na transformação social do seu meio, com a efetivação dos direitos fundamentais ainda tão necessários de concretização.

Enfim, verifica-se de todo o conteúdo do presente número da Revista Eletrônica da FEATI, a essência do pensamento jurídico do Curso de Direito que busca cumprir com seu papel de levar o conhecimento a todos. Não queremos aqui antecipar o excelente conteúdo que espera para ser lido, apreciado e dialogado criticamente. Boa leitura a todos!

Ibaiti-Paraná-Brasil, julho de 2016.

Prof. Me. Ronny Carvalho da Silva
Coordenador do Curso de Direito da FEATI
Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra

SUMÁRIO

ARTIGOS

EL DOBLE DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS: CRÍTICA A SU APLICACIÓN <i>John Alberto Tito Añamuro</i>	10
O JULGAMENTO DE CAPITU: DEFESA E ACUSAÇÃO SOBRE PROVAS DO ADULTÉRIO NO ROMANCE DOM CASMURRO <i>Gabriel Maffud de Paula Marques</i> <i>Luciano Ferreira Rodrigues Filho</i>	30
ANOTAÇÃO SINTÉTICA, NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO PÚBLICO, AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 10 DE ABRIL DE 2013 - DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ACORDOS SOBRE SENTENÇA EM PROCESSO PENAL EM PORTUGAL <i>Gonçalo S. de Melo Bandeira</i>	44
ANÁLISE SOCIOLÓGICA EM DURKHEIM: O CRIME E O DIREITO <i>Daniel Aparecido dos Santos</i> <i>Flávia Nathália Barbosa Santos</i> <i>Mayara Brasiana inacia de Jesus Silva</i> <i>Rafael Teixeira da Silva</i> <i>Reginaldo da Luz Machado</i> <i>Flavia Wegrzyn Martinez</i>	62
A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL <i>Hayllah Gabriela Oliveira Siqueira</i> <i>Junior Evaldo Goltz</i> <i>Luciano Bruno Figueiredo</i> <i>Pâmela Karina da Silva Matozinho</i>	84
ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO <i>Julio Cesar Reccanello Magalhães</i>	100
LEI DA TRANSPARÊNCIA <i>Aparecido Arnaldo da Silva</i> <i>Flávio de Jesus Maciel</i> <i>Paulo Donizeti Jansen Romaniuk</i> <i>Rodrigo Aparecido de Souza</i> <i>Sâmela Marcielle Sene Bueno</i>	114
“MAR ADENTRO”: UM MERGULHO DENTRO DA EUTANÁSIA E DA LEGISLAÇÃO MUNDIAL <i>Ronny Carvalho da Silva</i> <i>Jefersson de Campos</i>	134

RESUMOS

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A DECADÊNCIA DA REPRESENTATIVIDADE <i>Bruna Soares dos Santos</i>	154
--	-----

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DA DIGNIDADE HUMANA COMO FORMA DE HUMANIZAÇÃO NO DIREITO PENAL: ÊNFASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

Cláudia Ribeiro de Oliveira

Clayton da Silva França

Jucilaine da Silva Pinto

Leandro de Paula

Marlove Metzdorf.....160

DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Ana Paula Baradel

Caroline de Paula Camargo

Daniel Fadel

Nubyah Gabriela Oliveira Siqueira.....168

A REVOLUÇÃO DOS BICHOS, UMA ANÁLISE TOTALITÁRIA

Eugênio Aparecido Lemes Martins

Fábio Eduardo Lopes

Gabriel Izidoro da Silva

Marcos Roberto Veloso

Miguel Carvalho da Silva Dias

Mylena Oliveira de Barros.....176

A MENORIDADE PENAL ANALISADA COMO CLÁUSULA PÉTREA

Flávio de Jesus Maciel.....182

X-MEN E A ALEGORIA DA LUTA DOS DIREITOS HUMANOS DOS NEGROS E A “HEROICIZAÇÃO” DE MARTIN LUTHER KING E MALCOLM X

Jeferson de Campos.....190

RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

André Gabriel de Oliveira

Braulio Paiva Novaes de Almeida.....196

ARTIGOS

EL DOBLE DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS: CRÍTICA A SU APLICACIÓN

John Alberto Tito Añamuro¹

INTRODUCCIÓN

La idea de los derechos humanos tiene más carga moral y política, que jurídica. Una buena prueba de ello, es el problema de eficacia de la jurisdicción internacional frente a los Estados nacionales y, otra, el principio de legalidad penal en supuestos en que el derecho interno no regule previamente el delito imputado o regulándolo no se ajuste a la prohibición internacional. En ambos extremos, tendremos, lógicamente, un problema de eficacia de los derechos humanos.

En el terreno de la práctica, de otro lado, se evidencia un doble rasero en materia de cumplimiento: por una parte, los gestores de la idea imponen acatar derechos humanos y democracia, como si de enunciados normativos se tratara, e incluso costean proyectos y mega proyectos a fin de sensibilizar y anidar en el corazón de la dignidad humana, esa idea y, por otra parte, incumplen los imperativos perfilados por ellos mismos sobre la obediencia de los derechos humanos.

Si esto no es una contradicción, entonces las normas de cumplimiento de los derechos humanos, más que de orden jurídico, son una consecuencia deliberada del poder político de sus promotores. Guantánamo y la abierta práctica de la tortura serían una muestra actual de ello, y una histórica llegarían a ser el patrocinio en Latinoamérica de golpes de Estado, la negativa a ratificar instrumentos multilaterales de la ONU, la no intervención a Israel y Turquía; todo lo cual, entre otras cosas, contrastan, desde todos los ángulos, los contenidos y aplicación de los derechos humanos.

Y como quiera que esta categoría no es parte de todos los ordenamientos jurídicos del mundo, resulta más que problemático defender su validez jurídica global. Si a ello se agrega la vocación de universalidad, hay más de un asunto controvertido que merece un análisis, no solo porque pone en jaque su aplicación, sino además porque contribuye a la idealización de unos derechos genéricos,

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España), investigador permanente del *Max-Planck-Institut* de Hamburgo (Alemania) y profesor de Derecho Privado Patrimonial de la Universidad del Norte (Colombia). E-mail jalbertotito@usal.es.

autoproclamados globales. En estos extremos, enfrentamos, indudablemente, un problema de fundamentación de los derechos humanos.

Pero, a pesar de todo ello, con todos los problemas que esta categoría acusa, tal parece que no hay marcha atrás, algo así como que ella vio la luz y no piensa volver a la oscuridad; sin embargo, consideramos que necesita en el camino auto-estructurarse, refundarse y re-adaptarse a las exigencias de una sociedad no idealizada, sino real.

En esto último, ciertamente, hay un riesgo, en el cual se advierte no ha de caerse: en la legitimación de un silogismo perverso, esto es, el hecho de establecer primero las consecuencias y luego justificar los fundamentos. No es éste el objetivo del trabajo, sino tan solo mostrar las cicatrices de una sociedad fruto de la aplicación parcializada de la teoría de los enunciados normativos, que contienen los derechos humanos.

UNA PREMISA DE PARTIDA: CONGO VS. BÉLGICA Y EL PROBLEMA DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En 1998, el ministro del exterior de la República Democrática del Congo, Abdulaye Yerodia, fue acusado por crímenes contra la humanidad ante la Corte Internacional de Justicia por parte de Bélgica, con base en la Ley de jurisdicción universal belga (*Loi du 16 juin 1993*), que regulaba la persecución penal en supuestos de violación de derechos humanos (DH) a los infractores, independientemente del lugar donde se encuentren.

Yerodia, según el abogado de la República del Congo, Jacques Verges, arengó en un discurso televisado el 4 de agosto de 1998 a “sus hermanos” a *“levantarse unidos para expulsar al enemigo común del país, usando todas las armas posibles, incluso escopetas, machetes, picos, flechas, palos y piedras”*, señalando además *“que ellos son escoria, gérmenes que deben ser metódicamente erradicados”* (Luban, 2011, p. 161).

La ejecución de estos hechos llevaron a los magistrados de Bruselas a emitir, por un lado, una orden de arresto contra Yerodia y a activar, por otro lado, la aplicación de una justicia universal, que tuvo consecuencias inesperadas no solo para ellos, sino además para quienes producen e imponen normas de alcance global.

Abierta la disputa, la primera reacción de la República del Congo fue denunciar a Bélgica ante la CIJ a fin de anular la orden de arresto, bajo el argumento, que según el derecho internacional consuetudinario un ministro del exterior goza de inmunidad, de modo que la ley belga de corte universal violaba abiertamente tal derecho. Luego de distintas objeciones, lo más relevante de la defensa congoleña fue cuando el juez *ad hoc* Bula-Bula de la República del Congo expuso que Bélgica no sólo es culpable de arrogancia moral, al convertirse en fiscal de toda la humanidad, sino de imponer sus intereses económicos y políticos escudados en las reglas de derechos humanos; recuerda además Bula-Bula que Bélgica infligió al pueblo congoleño un dominio basado en amenazas y persecuciones durante décadas (Luban, 2011).

Así las cosas, con qué cara podría Bélgica exigir obediencia de los DH, si fue ella quien, previo a todo, estuvo involucrada en la muerte del primer ministro nacionalista del Congo, Patrice Lumumba. Y como Yerodia fue partidario de éste, la intervención belga se ajustaba más a un corte de tinte político que jurídico. Prueba de ello fue que en tales circunstancias apoyó al partido opositor congoleño. Y no solo ello. Bélgica nada dijo de la explotación ilegal de los recursos naturales del Congo por empresas belgas. Lógicamente, la aplicación material de la justicia universal fue distinta para este último supuesto. Si alguna justificación pudiera encontrarse a ello, sería que la protección de DH de segunda y tercera generación resultaría más difícil en estos supuestos que en los de la primera. De Souza(2001), al respecto, subraya la cuestión con la interrogante de si *“el consenso solo se refiere a los derechos humanos de primera generación o si abarca también a los derechos de segunda y tercera generación”* (p. 170).

No obstante, de ningún modo es excusable no perseguir a los responsables de las muertes de millones de congoleños en la reciente guerra contra Ruanda y Uganda. Algo que además ha sido casi olvidado por la prensa internacional. Y tal parece que a nadie le interesa activar la maquinaria de la justicia universal a fin de perseguir esos hechos como crímenes de lesa humanidad. ¿Por qué? Esa es una interrogante que deberían desbrozar pieza a pieza quienes están del lado optimista respecto de que en materia de DH existe la *“convicción generalmente compartida de que ya están fundados”* (Bobbio, 1981, p. 10) y que, en consecuencia, sólo queda aplicarlos.

Si se ve ello detenidamente, lo uno y lo otro se apartan de la realidad. Empezando por lo segundo, la aplicación no descansa en un nivel de igualdad, esto es, se aplica el rigor de la norma a unos y no a otros; la selección no es ciertamente de criterio jurídico, dado que como se sabe es característica de la norma la generalidad, la aplicación a todos sus destinatarios y, en este caso, a todo el mundo, cosa que, con vista en los hechos, no resulta convincente. En cuanto a lo primero, la fundamentación de los DH es sostenida por los delgados hilos de la noción de una “*convicción generalmente compartida*”, que, desde la óptica de los hechos, es más que dudosa, especialmente por su carácter subjetivo, es decir, la ausencia de una comprensión y delimitación de lo qué es una convicción compartida por todos, que tal parece descansa más en la esfera del *ius naturalismo* que en la del derecho positivo, si la obediencia de los DH es para unos un *deber* y para otros no, entonces lo que hay no es una “*convicción compartida*” por todo el mundo, sino más bien una “*convicción parcialmente compartida*”, que es, en esencia, muestra de la realidad.

Pero lo más singular del caso Congo-Bélgica fue la objeción de por qué no se aplica lo mismo a Israel. La defensa congoleña disparó así uno de los dardos, nada sutiles, en relación con la aplicación de la ley a los crímenes cometidos por Ariel Sharon. El ímpetu ni la actitud frenética de perseguir, como componentes subjetivos, ni la orden de arresto, como componente objetivo, fueron materializados hacia Israel. Y como podrán suponer uno de los más recalcitrantes opositores a la aplicación de ley belga fue Estados Unidos. El detonante, en este supuesto, además de llevar a juicio a Sharon, fue, nada más ni nada menos, que la apertura de investigación por crímenes contra la humanidad al ex presidente George Bush, al vicepresidente Dick Cheney, al secretario de Estado Collin Powell y al general Norman Schwarzkopf, concretamente, por el bombardeo de al-Amiriya de Bagdad en la Guerra del Golfo de 1991.

Tan vergonzosa fue la presión norteamericana contra Bélgica que, bajo la amenaza del secretario de defensa, Ronald Rumsfeld, los belgas corrigieron rápidamente la ley, paralizando las investigaciones. No es ello, precisamente, una forma correcta ni jurídica ni, por supuesto, nada elegante de quitar efectos jurídicos a una norma. Pero ante los promotores de los DH y a la hegemonía, que en la mayoría de situaciones tiene, ¿qué argumento de excusa se le podría oponer? Quizá la idea de universalidad de la norma. Insuficiente. Dado que “*el ultimátum de Rumsfeld de mudar los cuarteles de la OTAN de Bruselas a otro país, a menos que*

la ley belga fuera derogada”(Loeb, 2003), iba cargada de ira norteamericana que, desde luego, ningún país arriesgaría a contradecirla y menos, en este caso, Bélgica.

Frankel (2003), recogiendo las palabras de uno de los partidarios de la ley, señalaba frente a la irrupción norteamericana que *“No perdimos todo, pero perdimos mucho. Tenemos que vivir en el mundo real. Era una ley excelente, pero desafortunadamente fue utilizada de un modo político, y al final retrocedimos más de lo que avanzamos. Es un revés”* (p. A15). Con estos hechos precisamente, y otros que se verán en adelante, se llega al absurdo no sólo de la vocación universal de la ley, sino de la fragilidad de los fundamentos de los derechos humanos.

GUANTÁNAMO, TORTURA Y DIGNIDAD HUMANA

Un supuesto de negación de derechos humanos harto conocido es la práctica de la tortura y otras vejaciones a la dignidad en los centros de reclusión de Guantánamo. A semejanza de lo anterior, los EEUU, uno de los mayores promotores de la defensa y aplicación de los DH, se rigen de un modo inversamente proporcional al discurso o, más bien, a la retórica de protección de la dignidad humana.

Una de las perversiones más claras de ello es la situación (ilegal frente a la categoría de los DH) de los prisioneros de Guantánamo y el uso de la tortura como instrumento de obtención y administración de información. Como se sabe, desde enero de 2002 más de seiscientos detenidos de Afganistán, entre ellos menores de trece años, permanecen en las cárceles de Guantánamo, Cuba, sin acusación formal ni acceso a cortes, abogados y menos a la visita de sus propios familiares (Estévez, 2008). Según informes de Amnistía Internacional, estas personas, que no debieran ser inmunes a la aplicación de las reglas de DH, son obligadas a usar grilletes en los tobillos y a ser cegadas con *goggles* oscurecidos con cinta negra, entre otras infracciones contra la dignidad, cuando así las necesidades de adquirir información lo exijan en los calabozos de Guantánamo (p. 82).

Poco o nada ha tenido el impacto de protestas desde todas partes del mundo. EEUU rehusó darles el *status* de prisioneros de guerra bajo las Convenciones de Ginebra y, en consecuencia, provocó la inaplicación de las reglas de DH (Amnesty International, 2003) y, lo peor de todo, es que frente a ello no hubo posibilidad de cuestionamiento legal sobre esa actitud contra DH; así las cosas, ello no hace sino rozar los límites de la impunidad, prueba de esto es que esos prisioneros son

sometidos, como dice, Hoffman, incluso “*a tribunales militares que no cumplen con los estándares para garantizar un juicio justo de acuerdo con la legislación internacional*”(2004).

Forsythe (2006) tiene razón al respecto al decir que se eligió Guantánamo de manera deliberada, con el único fin de evitar la jurisdicción de las cortes internacionales y de las propias cortes estadounidense, a tal punto que, como señala Hoffman, se ha convertido a Guantánamo en una “*zona libre de derechos humanos*”(2004).

Con ello, salta a la vista la priorización del poder político y el doble discurso que se tiene de la protección de DH. Alguno se pregunta si la realidad es ésta, por qué no enfrentar directamente esos problemas políticos y legitimar, en su caso, la tortura, abandonando el falso rigor jurídico y universal de los DH. Pero, como se sabe, y con vista en los hechos, abandonar la *simulada* protección de DH no está en el programa de política exterior de EEUU. Para ellos, conviene más mantener el doble discurso, que uno solitario y real. Tal es así, que se ha legitimado la categoría del “*excepcionalismo norteamericano*”, una variación de los componentes de los DH por demás conflictiva, de la cual se hablará más adelante.

A modo de reflexión sobre la fundamentación de los DH: si éstos tuvieran un valor universal no importaría el si un Estado los reconoce o no en su derecho positivo, con lo cual el rigor jurídico debiera aplicarse tanto a norteamericanos como a todo el mundo y, si a este ámbito de aplicación universal se le quiere conferir una excepción, primero que todo ha de decirse que ello fragmentaría el criterio de universalidad y, en segundo lugar, si se insiste en legitimar la excepción, debiera hacerse con la venia de todos los países del mundo, y dado que esta condición instrumental no se ha agotado, el argumento de la *excepcionalidad norteamericana* nace en las peligrosas líneas de la inmunidad respecto de la aplicación de DH.

Como quiera que en la práctica ambas exigencias (la aplicación universal y la legitimación por todos de la excepción norteamericana) difícilmente se van a cumplir, es de nuevo la fundamentación de los DH frágil frente a la realidad.

Y por más que parezca escandaloso, se viene fraguando en la ingeniería jurídica de los países anglosajones la posibilidad de legitimar la tortura, lógicamente para mitigar los efectos persecutorios que en la actualidad tiene. Sobre ello, Tony Blair ha advertido que en el Reino Unido “*a nadie le quede ninguna duda que las reglas de juego están cambiando*” (Castresana, 2012), y el ex presidente G. Bush

buscó, en su momento, la forma de legitimar un *modus* de tortura llamada *lite*, la cual se justifica en razones como la de extraer información en caso de vida o muerte (Forsythe, 2006).

Uno de estos supuestos sería, desde el ángulo de la doctrina utilitarista, torturar para salvar más vidas; y se haga lo que se haga nuestras autoridades seguirán torturando a fin de protegernos, de modo que es mejor hacer legal lo que ya es real (Castresana, 2012, p. 21).

Pero, sinceramente, no creo que en materia de DH ese medio justifique el fin, dado que en ese ámbito de cosas el derecho penal tiene ya solucionado fórmulas análogas, un ejemplo de ello son las eximentes de responsabilidad penal, cuando en un mismo plano de circunstancias, sin intención de lesionar un bien jurídico ajeno, se legitima preservar otro bien equivalente o superior. Pero para ello se precisa de presupuestos concretos del dispositivo penal eximente. Y vistas las cosas tal y como están, la tortura no se hace sin intención de lesionar el bien ajeno, y por más control judicial que exista sobre el uso de una tortura legítima, como proponen los utilitaristas, en el terreno de la práctica sería irrealizable. Piénsese que en la mayoría de casos de tortura, las circunstancias eximentes no se presentan al límite, esto es, la existencia de dos o más bienes jurídicos tutelados que se encuentren en peligro inminente. Lo normal es el uso indiscriminado de la tortura. No hay tiempo para valoraciones de orden legal, como el supuesto de dos bienes jurídicos en peligro real, ni mucho menos para un control o autorización judicial. El tiempo en estos asuntos es vital. Castresana (2012) al respecto señala que “*en los años 70 y 80 en las guerras sucias de Latinoamérica la tortura era una carrera contra reloj*”(p. 22), en orden a que la información que podía suministrar el torturado era útil sólo durante pocas horas tras la detención, luego de ello era inservible especialmente por la desaparición de pruebas incriminatorias tras el conocimiento de la captura. Un tanto de lo mismo, y con mayor voracidad, ocurre en la realidad actual. Basta para ello ver los acontecimientos de oriente medio.

Como se puede observar, reactivar la práctica de la tortura en clave de excepción a la regla general de aplicación universal de las normas de los DH es abiertamente lesiva a la dignidad humana. Ello sería como desempolvar los viejos argumentos de ejecución de la tortura propia de la edad media e irrumpir directamente contra la prohibición iniciada desde el siglo XVIII, primero en Nápoles, 1738, luego en Inglaterra, 1762, en Austria, 1776 y, finalmente, en Francia en 1780,

hasta la actualidad en la que la prohibición de la tortura en el ámbito universal es específica, tal y como se deduce de las reglas de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, que sienta sus bases a su vez en la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975. Lo cual es (la reactivación de la tortura) desde todos los ángulos in-coordinable con la defensa de la dignidad humana.

Todo país democráticamente considerado sienta las bases de su estructura en el respeto por la dignidad humana. Y deja la tortura tras el umbral marcado no sólo por principios y reglas jurídicas, sino también por principios políticos y de orden moral. Y allí debe quedar, la tortura, detrás de ese umbral delineado legítimamente por los Estados democráticos. Su transgresión, esto es, mover la línea sobre la base de los intereses de un puñado de individuos, viola frontalmente, no los intereses objetivos de un Estado, sino los esenciales de todo ciudadano del mundo, la dignidad humana.

Y, si la dignidad es condición material del carácter universal de los DH, su violación desde la producción de la norma de protección, piénsese en el *excepcionalismo norteamericano* y en los sucesos de inaplicación de la ley belga, vacía de contenido material las reglas universales de los DH. Con lo cual, a falta de ello, no resulta difícil alegar que los DH no existen. Claro está, en esa versión universal.

EL EXCEPCIONALISMO ESTADOUNIDENSE Y LA ZONA (GRIS) DE INAPLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El *excepcionalismo estadounidense* frente a la regla general de defensa de los DH encarna la paradoja más perversa de la estrategia del poder político de EEUU. El hecho de pregonar, por un lado, la protección de la dignidad humana universal a través de los DH y, al mismo tiempo, atropellar sus instrumentos de aplicación, reposa abiertamente en una actitud por demás cínica y proscrita desde todo punto de vista moral e, incluso, empírico.

Mertus (2003), Ignatieff (2005) y Forsythe (2006) coinciden en esta doble lógica del discurso que sobre los DH, los EEUU han construido. *The American Exceptionalism* es la versión por la cual el gobierno norteamericano promueve programas no sólo de adoctrinamiento de DH, sino de reforma electoral, judicial y sociedad civil y, al mismo tiempo, se mide asimismo (y a sus aliados) con estándares distintos, más privilegiados en su compromiso con aquellos ideales (Estévez, 2008, p. 70).

La legitimación de esta excepción le ha permitido patrocinar golpes de Estado en el cono sur, imponer reservas a los mandatos prescriptivos de la CPI, no ratificar el pacto de San José, retirar su firma del Estatuto de Roma, que sentaba las bases de creación de la CPI y, aparte de la amenaza a la ley belga, como ya se dijo antes, Reagan acusó a la CIJ de ser antiamericana y estar politizada, al recibir un fallo en contra en la que se determinó que EEUU había violado la legislación internacional y el acuerdo bilateral suscrito con Nicaragua; este país se había quejado previamente a la CIJ de que EEUU patrocinaba políticas en su contra y sabotaba sus puertos, Reagan sin más desconoció abiertamente el veredicto (Estévez, 2008, p. 78).

Se podría seguir enumerando y detallando casos de esa doble conducta frente a la defensa de los DH en zonas liberadas (o grises) de aplicación universal de las reglas a favor de la dignidad humana, pero creo que los expuestos son muestra suficiente de ello. Lo que sí conviene desglosar son los supuestos que (Ignatieff, 2005) ha clasificado del *excepcionalismo estadounidense*. Este autor señala que esta versión se divide en tres bloques: primero, la tendencia a exceptuarse de los estándares que impone, segundo, los dobles estándares (unos para las naciones amigas y otros para las enemigas) y, tercero, el aislamiento legal.

En relación con el primero, los norteamericanos firman por doquier cuanto tratado de DH se presenten, pero a la hora de ratificarlos o no lo hacen o haciéndolos imponen reservas nocivas y, lógicamente, soslayan sus prescripciones, Mertus (2003) ha llamado a esto “excepcionalismo excepcional”. Una muestra de ello fue que EEUU manipuló la inacción de la CIJ para que no fuesen involucrados políticos, diplomáticos ni militares norteamericanos, y lo hizo, primero retirando su firma del Tratado de Roma y, segundo retirando también ayuda económica y humanitaria a los países que no accedieran a tal inmunidad ante la Corte (Meyer, 2004).

En cuanto al segundo, EEUU maneja un concepto de aplicación de los principios y reglas de los DH bastante particular: por un lado, si esos dispositivos normativos deben aplicárseles a ellos mismos y a sus naciones amigas, tales normas son permisivas y en exceso flexibles y, por otro lado, son rigurosas, si se trata de aplicarlas a naciones no amigas o enemigas (Ignatieff, 2005). Una buena muestra de ello, es el caso de Israel. El que, como saben todos, tiene casi ya un tratado de violación sistemática de los DH de los palestinos. ¿Qué ha hecho EEUU? Nada, sería una respuesta neutral y enormemente positiva. Pero, la realidad de los hechos nos muestra que los norteamericanos, en lugar de cortar el suministro económico, militar y logístico a Israel, lo apoya abiertamente y, claro está, no se toma la molestia de denunciarlo ante instancias multilaterales. Un caso no tan diferente fue el de Kosovo: las acciones separatistas fueron objeto de medidas de represión análogas a las de Israel. El papel, en cambio, de EEUU, en comparación al de Israel, fue la abierta y directa intervención. Todos recuerdan que éstos lideraron la ocupación de Kosovo al lado de las fuerzas de la OTAN, acción que además, según Turner (2003), repercutió en el crecimiento e importancia del poderío norteamericano.

Para Hongju Koh (On America's Double Standards, 2004) ese doble rostro que los norteamericanos muestran en su conducta pro y contra DH es la forma más peligrosa y dañina del excepcionalismo, en orden a que los sitúa en el mismo nivel de los regímenes autoritarios y represivos, socavando, entre otras cosas, su liderazgo mundial (pp. 16-19).

En cuanto al tercer bloque (el aislamiento legal), EEUU se resiste a la aplicación de la legislación internacional de DH, bajo el argumento que su tradición constitucional es superior en cuanto a protección de derechos civiles y políticos, que cualquier otro país del mundo. Y lo demuestran con supuestos como el de que en estados de emergencia, ellos no se suspenden las garantías civiles a sus ciudadanos. Pero, si se revisa bien y con detenimiento la cuestión, también es cierto que allí no se reconocen derechos sociales y económicos con rango constitucional, como sí se hace en la mayoría de constituciones del mundo. Consecuencia de lo cual, es por todos conocido que se legitima el hecho de portar armas, sin que tenga importancia los efectos negativos, que genera su uso, ni las muertes de decenas de niños en Connecticut a manos de un adolescente ha franqueado el pulso y la voluntad del legislador norteamericano para cambiar las normas; tan solo ha pasado

por la mirada de ellos, además de la trágica escena, el peso del carácter no vinculante de la Convención de los Derechos del Niño, de 1989, que no ratificaron, sin importar que es uno de los Acuerdos de protección de DH más ratificados de la historia, y muy a pesar que fueron ellos los más activos en las negociaciones a tan solo once días tras la caída del muro de Berlín.

Donelly (2007) ha puesto además en el punto de mira supuestos tan graves como la falta de protección de acceso a los servicios médicos, violaciones del derecho a la salud y la brutalidad policíaca que, entre otros, dan qué pensar de la realidad del doble rasero y aislamiento legal norteamericano.

En suma, los intereses en los que yace el excepcionalismo son ajenos a los DH. Para más crédito de ello, fue ilustrativo el informe de Samantha Power, la periodista premio Pulitzer, que sacó a la luz que en la muerte de más de un millón de vidas en Ruanda fueron los intereses de EEUU y no los valores de los DH, los que determinaron no intervenir Ruanda y evitar ese deplorable genocidio (Problema infernal: Estados Unidos en la era del genocidio, 2005) y, por si fuera poco, al lado de ello, otro periodista, Philip Gouveritch, documentó también la negativa de la Casa Blanca de intervenir Ruanda, el título de su libro habla por sí solo, por cuanto *Deseamos informarle de que mañana nosotros seremos asesinados con nuestras familias* (título del libro) fue la frase literal del comunicado enviado desde Ruanda a la ONU, y ante la inacción de ésta en su sede de Nueva York, al día siguiente cumpliéndose el vaticinio: casi un millón de seres humanos fueron asesinados (Gouveritch, 2009).

DE VUELTA A LA REALIDAD

Por más que se quiera anidar en la mente de cada ciudadano del mundo, mediante la pulsación de sus emociones o las estrategias de control sobre las mismas, la idea de que los derechos humanos son universales y se aplican como tales a todos los rincones del planeta, choca frontalmente con la práctica real de la misma. El problema está en el origen. La moral universal, como argumento fundacional de los DH, mueve en el ser humano la imaginación de una respuesta alternativa a la explicación no sólo de la moral individual, sino de su uniformización global, pero desprovista de toda circunstancia real, de la heterogeneidad de la realidad práctica, de la importancia de la incertidumbre y de la inestabilidad de los constructos ideales en la realidad práctica.

Se ha conducido con ello al ser humano hacia el sueño de neutralización global de conductas anti-derechos humanos, a través del inconsistente camino de la justificación de la naturaleza humana y el siempre conflictivo *iter* de la idealización de sus efectos, vía uniformización, ya por la norma, ya por la fuerza de los hechos. Encuentro en ello, sinceramente, una conexión de riesgo entre premisas filosóficas y resultados empíricos. Una conexión de riesgo en que se impone un *deber ser*, sin justificación empírica, a la conducta de un ser humano que es parte de una realidad inestable y heterogénea y, por tanto, alejada de soluciones universales, cerradas y perfectas. Y, en definitiva, encuentro en ello una conexión de riesgo entre filosofía (la idea) y política (la practica).

No quiere decir todo ello que hay que detener la maquinaria jurídica de la protección de los DH a nivel global, sino que ese paradigma de solución, no sólo ha de ser gradual, sino que precisa de volver a insertar lo real en sus fundamentos, procesos y aplicaciones. Visto ello desde el ángulo de la política, desde la realidad pragmática del ser humano frente a sus circunstancias fácticas, la fundamentación metafísica es para la aplicación de los DH una pretensión anacrónica, concretamente porque su acceso al ámbito del *ser* es más que objetable y es, en definitiva, inaceptable su ingreso al mundo de la realidad del *ser* humano. De modo que encaja en esto último, su escisión (o superación) de la formulación metafísica de un *“humanismo abstracto que propone una idea de la condición humana como algo eterno y uniforme que se va desplegando por sí misma a lo largo de los siglos”* (Herrera, 2005), y que bajo tal criterio ha de conducirse y atarse al ser humano.

Objeción a la subsunción ideológica

La lógica actual de aplicación de los DH ha arrojado al ser humano a la esterilidad de un pensamiento único (universal) abstraído de la realidad. Lo cual es resultado de la absorción en premisas ideales, como el esencialismo metafísico de la naturaleza del ser humano, sin considerar hechos históricos, contingentes, inestables y culturales. Sobre la base de estos criterios, como apunta Herrera(2005), *“nos han robado ideológicamente la realidad”*(p. 24). ¿Corresponde recuperarla? Ciertamente, este es el entorno de una posibilidad más que difícil, siempre que se piense que bajo esos ideales, el individuo ya está absorbido casi irremediablemente por quien construye, organiza y domina con base en esas subsunciones ideológicas. Pero, quedan siempre espacios como la universidad, la cual debe servir para algo

más que discutir este o aquel párrafo de algún profesor, jurista o filósofo entregado a la lógica del único lenguaje que entiende: el lenguaje de la dominación (Herrera, 2005) y de falta de sentido crítico de la realidad de las cosas.

Volver a la realidad llega a ser la objeción central contra los constructos ideales. Y uno de los primeros pasos hacia ella es, como señala Rorty, rechazar el fundacionalismo de los derechos humanos, dado que la abstracción, propia de este discurso, imposibilita comprender y contribuir a esclarecer un problema en el que no importa la esencia(1993, págs. 126-127), sino la existencia de hechos históricos, heterogéneos e inestables.

Herrera (2005) apunta que nos han inducido a pensar que no hay más realidad que la que esa ideología nos ofrece y a aceptar que la única forma de lucha es la que nos permiten unos derechos idealmente reconocidos al margen de las realidades reales bajo las que vivimos(p. 23). Corresponde hacer un alto a esos mitos fundacionales, que llevan bajo el brazo el interés particular de legitimar históricamente a un ser universal, con la grave consecuencia de condicionar su posibilidad de futuro, al situarlo en una teleología en un horizonte inevitable, en el cual, un día, la historia terminará. Corresponde abandonar ese mundo subsumido en justificaciones ideológicas. Corresponde dejar atrás la lógica del humanismo abstracto, depurándola en la condición real del ser humano puesto en la vida y viendo a éste, en consecuencia, como un ente que precisa de cooperación gradual de otros para sobrevivir a una realidad alejada de la superstición.

Así las cosas, un *humanismo concreto*, en lugar de aquel abstracto, ha de rechazar esa lógica impositiva, esa lógica que yace en los delgados hilos de una garantía moral fundada en la sospecha, en la metafísica y en la condición a-histórica del ser humano. Y frente a ello, corresponde, no solo interrogarse por qué los DH, tras más de cincuenta años desde su fundación, siguen sin cumplirse en gran parte del planeta, sino proponer alternativas de solución o redefinir o re-adaptar las que se vienen empleando. En tal ejercicio, ha de tomarse en cuenta los hechos reales de un puñado de países que, vista la realidad de las cosas, vienen impidiendo la real y concreta puesta en práctica de los DH. Basta insertar esa premisa real en el silogismo ideológico de la universalidad de los DH para acercar la dignidad a un ámbito de acciones más pragmáticas que ideales. Como señala Rorty(1993), “*se insiste en la superación de una filosofía que se ha manifestado con un lenguaje metafísico y trasnochado y que ha configurado el argumento fundacionalista de los*

derechos en torno a los principios de libertad y dignidad” (Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad, págs. 119-120).

Corresponde, entonces, interpretar la realidad, no desde los deseos *iusnaturalistas* de un orden justo que está por encima de las circunstancias concretas, ni los deseos de un grupúsculo de sujetos que maniobran reglas y conceptos, discursos e informes de la aplicación de los DH, sino desde las prácticas sociales, desde la prospección de reglas no universales, sino más bien estables, que tengan conciencia de la heterogeneidad del mundo, que las reglas no son inmutables, ni si quiera probables, sino, en sentido real y estricto, como propugna Prigogine (1997), impredecibles.

En un mundo así, los hechos contingentes, circunstanciales, los históricos y los culturales son los que han de estar en el centro de análisis, en el centro de reducciones lógicas e ideológicas, en orden a que estos hechos son los que distinguen al ser humano de otros seres, por ello es relevante un examen de lo que el ser humano puede hacer de sí mismo y no de cuál es su naturaleza.

La cultura de los DH es nueva en el terreno de actividades de la humanidad, y como tal debe hacérsela caer, no en la lógica sesgada de tan solo la idea, sino en la de un paradigma que integre además lo pragmático, lo real, no en la reducción simplista de la idealización de una naturaleza común del ser humano, sino en una compleja en la que el no-determinismo tenga cabida en el examen y en la búsqueda de resoluciones.

No se busca responder, como apunta Rorty, ¿qué es el hombre? Se sabe que éste es *“el más sórdido y peligroso de los animales”*(págs. 126-127); y ese reflejo empírico, ese atributo, no puede dejarse atrás, no puede dejar de ser parte también de su naturaleza humana, por lo que privilegiar el lado menos sórdido pervierte no sólo el análisis, sino también la conclusión. Con todo lo cual, esa base es inviable para identificar y valorar la existencia de derechos que a la dignidad del ser humano, corresponden. Integrando, por último, a la ecuación tales variables fácticas, es una realidad posible llegar a formular un bloque de principios comunes sobre los cuales se construya, desde abajo, la cultura de los derechos humanos universales.

Estabilidad en lugar de universalidad

Lo primero que ha de decirse es que la idea de universalidad es, por todo lo que se ha visto, inconsistente. El pragmatismo o, propiamente, el antirracionalismo pragmático ha sido a estos efectos decisivo para fragmentar la idealización de unos constructos, que con base en el artificio se han orientado a la uniformización de la conducta del *ser* en un mundo nutrido por la inestabilidad, la heterogeneidad y la incertidumbre de todo cálculo derivado de la construcción cognitiva y cultural del *ser* humano.

Rorty, desde nuestro punto de vista de las cosas, desvela, con base en la realidad de la acción humana del *ser* puesto en la vida de relación, las inconsistencias en las que se funda la categoría de los DH universales. A tal punto que, si se siguiera por este último camino, la protección de DH *“estaría condenada al fracaso por imposibilidad de acceder al ser”* (págs. 119-127) y, en definitiva, por no integrarlo a esas ecuaciones y soluciones de alcance global.

Lo cual no quiere decir que en materia de política de DH, y política legislativa en rigor, roce esto con el nihilismo ni mucho menos el relativismo ni la intolerancia, como de ordinario se alega: muerto Dios, todo es posible, sino más bien con la comprensión e integración en un paradigma nuevo (nueva unidad de análisis) tanto las apreciaciones y conclusiones de lo cognitivo como de lo político. Ello, no implica, en consecuencia, anular al oponente empírico ni al oponente dogmático, sino todo lo contrario, corresponde valorar las *racionalizaciones* que a este último le han servido de soporte a sus idealizaciones, re-pensando, re-ilustrando esas soluciones, que no son otra cosa que los estigmas del legado clásico de la modernidad, frutos de una antropología basada en la razón absoluta.

Desde el pragmatismo, y al lado de él desde la lógica de un pensamiento complejo: que integra, por un lado, la simplicidad de las soluciones racionales y absolutas y, por otro, por ampliación aquellas no-lineales, es decir, las que no descansan en la tradicional reducción de que frente a un hecho recae *idealizar, racionalizar y normalizar* (Ciurana, 1997), tal y como ha sido desde Platón hasta quienes razonan hoy todavía con base en la ciencia clásica, esto es, la realidad reducida a esquemas simplificadores; lo que, en definitiva, se busca es acortar las distancias que hay entre los ideales y las realidades, y en materia de DH reducir las tendencias a no ser víctimas de la tiranía, propender de manera gradual al respeto y

protección de la dignidad humana, soslayando los modelos simplificadores de que aquello debe hacerse solo porque es bueno, justo y verdadero.

Debe advertirse, por último, que este nuevo esquema de pensamiento no es cerrado ni absoluto sino, como dice Morin(2008), es más bien inclausurable (págs. 37-51), ello supone que jamás existirá un mapa completo de todos los procedimientos y soluciones que el ser formula frente a los fenómenos, pensar lo contrario sería volver al modelo en el cual la realidad es normalizable, racionalizable, reducible a la idea; por lo que, más bien, corresponde re-empezar seleccionando ideas, conceptos, modos de pensamiento y, entre otros, estrategias y soluciones, que sirvan y aporten a la formación, como apunta Ciurana (pág. 13), de un atlas de esquemas cognitivos en un pensamiento inclausurable, siempre abierto a crear y volver a crear las categorías alcanzadas, ello es, como señala Bateson, parafraseado por Ciurana, situarnos en un espacio mental nuevo, en una nueva ecología del espíritu(Introducción al pensamiento complejo, pág. 13).

Si se ve la formulación de los DH desde el ángulo de esta nueva lógica o paradigma de pensamiento, corresponde una reformulación de todo cuanto se ha dicho y aplicado a la solución de conflictos concretos de DH, seleccionando ideas, conceptos, procesos y resultados positivos y re-pensando aquellos cuya incidencia roce la inconsistencia y el no-crecimiento gradual del respeto a la dignidad humana recogido en norma jurídica. Y en esta proyección, especialmente de la ampliación de una regla jurídica que contenga la protección paulatina de los DH, es relevante apartar la universalidad, como tantas veces se ha dicho, de la ecuación y, en su lugar, construir más bien la estabilidad de la regla en orden a que ésta se ajusta más a la lógica de la realidad, particularmente por razón de su sensibilidad a la transformación y al cambio, cosa que no ocurre en el paradigma de la universalidad.

En este orden de cosas, ya se dijo, (Tito, 2010), que *“la estabilidad es un paradigma que pertenece más a la práctica que a la forma, a la dinámica de fluctuaciones o de cambios que a la de inmutabilidad de una estructura de derecho en el mundo de la realidad de las conductas del ser humano frente al Derecho”*(pág. 15); con lo cual, la cuestión del origen fundacional de las reglas de DH, esa que corresponde a la esencia de la naturaleza universal del ser humano, inmodificable, abstracta y eterna, debe re-ajustarse, volver a auto-organizarse dentro del marco de las fluctuaciones y el cambio de los hechos y el derecho, entretanto la aplicación de

esas reglas de DH, fundada con base en esos vicios de la esencia metafísica, tienen por prospección el fracaso.

CONCLUSIONES

Primera

Tal y como están diseñados los contenidos normativos que regulan la protección de los derechos humanos, esto es, distinta fuerza jurídica vinculante, dependiendo de quién debe soportar la persecución y sanción de tales prescripciones, arroja a la realidad un problema de eficacia, tanto más si los sistemas jurídicos del mundo no regulan de modo uniforme, y a veces ni existen, los ilícitos de prohibición internacional.

Segunda

La realidad de las cosas saca a la luz que las reglas de protección de los derechos humanos no se encuentran reguladas en el derecho interno positivo de todos los países del planeta, con lo cual resulta inconsistente defender la validez jurídica global de los mismos.

Tercera

La categoría de los derechos humanos fundada en la idea de la naturaleza humana común, que busca organizar la conducta del ser con base en su encuentro con la esencia, es inconsistente y, como señala Rorty, se proyecta o está condenada al fracaso, en rigor por abstraer de la realidad a un humanismo que no pertenece a él.

Cuarta

El paradigma de la universalidad descansa en la lógica de un esquema simplificador, que desde Platón hasta la ciencia clásica, reduce la explicación de los hechos sobre la base de los argumentos de idealizar, racionalizar y normalizar, dejando en la sombra el impacto de las fluctuaciones, de los cambios que tienen relevancia en la vigencia o estabilidad no-universal de esas reglas de normalización. Consecuencia de lo cual, la incertidumbre ha sido reducida a formulaciones y ecuaciones, que propugnan frente a los hechos, certezas o, como señala Prigogine, certidumbres. Lo cual es nocivo para la protección global de los derechos humanos. Por ello, en lugar de universalidad es más próximo a la realidad de la protección de la dignidad del ser humano, el paradigma de la estabilidad, dado que una regla de derecho busca de modo constante permanecer estable frente al entorno agresivo y

constante de las fluctuaciones del heterogéneo mundo de los hechos, lo que no es predicable de reglas como la de derechos humanos, que yacen *ab initio* en la uniformización de la naturaleza esencial del ser humano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amnesty International, R. (2003). *Amnesty International Report 2003*. London: Amnesty International.
- Bobbio, N. (1981). Presente y porvenir de los derechos humanos. *ADH*, 10.
- Castresana, C. (2012). La tortura como mal mayor. *El viejo topo (Derechos Humanos)*, 16-25.
- Ciurana, E. (1997). *Introducción al pensamiento complejo*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e intercambio científico.
- De Sousa, B. (2001). Los derechos humanos en la posmodernidad. In M. A. Alonso, & J. Giraldo, *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales* (pp. 167-184). Andalucía: Escuela Nacional Sindical.
- Donnelly, J. (2007). *International Human Rights*. 3a. ed. Boulder, Colorado: Westview.
- Estévez, A. (2008). El excepcionalismo estadounidense y los derechos humanos: los retos de Obama tras el desastre de George W. Bush. *Norteamérica*, 69-89.
- Forsythe, D. P. (2006). United States Policy toward Enemy Detainees in the War of Terrorism. *Human Rights Quarterly*, vol. 2, no. 28, 465-491.
- Frankel, G. (2003 йил 30-September). Belgian War Crimes Law Undone by its Global Reach; Cases Against Political Figures Sparked Crises. *Washington Post*, p. A1.
- Gouveritch, P. (2009). *Deseamos informarle que mañana nosotros seremos asesinados con nuestras familias: Historias de Ruanda*. México: El Debate.
- Herrera, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales, crítica del humanismo abstracto*. Navarra: Ipes Elkarte.
- Hoffman, P. (2004). Human Rights and Terrorism. *Human Rights Quarterly*, vol. 4, no. 26, 932-955.
- Hongju Koh, H. (2004). On America's Double Standards. *The American Prospect*, octubre no. 15, 16-19.
- Ignatieff, M. (2005). Introduction: American Exceptionalism and Human Rights. In M. Ignatieff, *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press.
- Loeb, V. (2003 йил 13-June). Rumsfeld Says Belgian Law Could Imperil Funds for NATO. *Washington Post*, p. A24.

- Luban, D. (2011). *Una teoría de los crímenes contra la humanidad*. Bogotá: Temis.
- Mertus, J. (2003). The New US Human Rights Policy: A Radical Departure. *International Studies Perspectives*, vol. 4, no. 4, noviembre, 371-384.
- Meyer, K. (2004). American Unlimited. The Radical Sources of the Bush Doctrine. *World Policy Journal*, vol. 21, no. 4, 1-13.
- Morin, E. (2008). *On Complexity. Advance in systems theory, complexity, and human sciences*. New York: Hampton Press.
- Power, S. (2005). *Problema infernal: Estados Unidos en la era del genocidio*. México: FCE.
- Prigogine, I. (1997). *El fin de las certidumbres*, 5ta. ed. Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Rorty, R. (1993). Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad. En S. Luckes, *De los derechos humanos* (págs. 119-132). Madrid: Trotta.
- Tito, J. (2010). *Modernización e integración del derecho contractual latinoamericano*. Barranquilla, Bogotá, Lima: Uninorte, Ibañez, Grijley.
- Turner, S. (2003). The Dilemma of Double Standards in U.S. Human Rights Policy. *Peace and Change*, vol. 28, no. 4, 524-554.

O JULGAMENTO DE CAPITU: DEFESA E ACUSAÇÃO SOBRE PROVAS DO ADULTÉRIO NO ROMANCE DOM CASMURRO

Gabriel Maffud de Paula Marques¹
Luciano Ferreira Rodrigues Filho²

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discorrer sobre o texto de Machado de Assis, com o título de “Dom Casmurro”, publicado em 1900. O romance foi escrito em primeira pessoa, sendo este, Bento de Albuquerque Santiago, conhecido no romance como Bentinho, relata sobre sua vida, especificamente, com o seu romance com Capitu.

Este artigo visa realizar um julgamento de Capitu sobre sua suposta traição a Bento. Será apresentado uma acusação e uma defesa a pessoa de Capitu, buscando fragmentos no livro que confirme o ato do adultério ou negue. No entanto, não é objetivo discorrer sobre o adultério como ato lícito ou ilícito, visto que o adultério não se caracteriza como crime conforme determinado pela Lei nº 11.106/2005. Portanto, buscamos realizar uma defesa/acusação utilizando as supostas provas encontradas no livro, usando os aportes históricos da época que fora escrito, respeitando os valores sociais da época.

Assim, analisamos a obra de Machado de Assis em seu momento histórico, no texto percebemos como pode ser entendido o contexto histórico através das palavras. Os conceitos utilizados demonstram os sentidos existentes na sociedade da época, a história está contida nos objetos, no material, como também nos conteúdos invisíveis, como o caso das palavras, assim, a palavra, a linguagem é instrumento da consciência humana, a linguagem e os objetos construídos, ambos, são resultados do pôr teleológico do sujeito, da consciência do sujeito. Com isto, Capitu deverá ser compreendida, encontrando em suas falas e narrativas provas do

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI (gabriel_maffud@hotmail.com).

² Doutorando do Programa de Psicologia Social, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa Trabalho e Ação Social – NUTAS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte Pioneiro – UENP, Jacarezinho-PR. Docente do curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI (Email: lu_fr@yahoo.com.br).

adultério. A consciência é decorrente do movimento dialético do sujeito com o mundo, ela transforma e é transformada. Segundo Lukács (1993, p. 63):

[...] na medida em que a realização torna-se um princípio transformador e reformador da natureza, a consciência que impulsionou e orientou tal processo não pode ser mais, do ponto de vista ontológico, um epifenômeno (p. 63).

Contudo, a relação dialética decorrente do ser com o seu meio está designada pelos significados estabelecidos historicamente pelos membros sociais e sua relação com o meio, estes significados é que constituem a cultura social, na qual, será posta ao sujeito como modo de vida a ser seguido (leis, ordens, direitos, estatutos, línguas etc.) (RODRIGUES-FILHO, 2015).

A cultura disposta pela linguagem utilizada no livro apresenta o cenário sócio-histórico de vivência de Bento e Capitu, ou seja, Rio de Janeiro, fim do século XIX, a análise das provas deste caso visa discorrer sobre os costumes da época, pautando-se nas provas colhidas no romance.

Na tentativa de cumprir com os objetivos do julgamento, o ato de adultério será analisado tomando em consideração as Leis atuais, em contra partida ao Decreto-Lei que instituía o adultério como crime na década de 40.

O CASO DE CAPITU

A obra de Machado de Assis retrata o romance de Bento com sua amiga de infância, Capitu. Com uma paixão forte, Bento relata sua vida na infância até os momentos em que viveu com Capitu, no entanto, este artigo discorre sobre a dúvida gerada com a publicação da obra. Será que Capitu mantinha um relacionamento com Escobar, este, um grande amigo de Bentinho?

Toda a obra é escrita na amizade existente entre os três, acrescidos da esposa de Escobar, Sancha. Porém, o autor faz indícios sobre uma suposta traição de Capitu com Escobar, sem afirmar, da mesma forma, sem negar. O romance é escrito de modo que a conclusão sobre o adultério fica ao encargo do próprio leitor, várias críticas literárias foram feitas enfatizando o caso, contudo, a dúvida ainda reside no imaginário dos leitores.

O julgamento proposto neste artigo visa trazer provas contundentes sobre o caso de Capitu, apresentando uma defesa e uma acusação, porém, fica claro que a

obra de Machado de Assis não esclarece sobre a efetividade do adultério. Com as contribuições da narrativa de Bento, tentar-se-á esclarecer os fatos e, conseqüentemente, julgar Capitu como culpada ou inocente.

ACUSAÇÃO DE CAPITU

Para iniciarmos a acusação, primeiro temos de falar da vítima, Bento de Albuquerque Santiago ou popularmente chamado de Bentinho, era um homem de família tradicional, norteador pelos bons costumes e de moral irretocável, homem graduado e totalmente apaixonado pela sua esposa Capitu, mulher esta que o fez de tolo perante toda a sociedade, que deixou os sentimentos e a moral do mesmo largado as traças, que não teve a honra de manter uma relação saudável e amorosa entre uma família.

Bentinho inicia os estudos em direito no Largo de São Francisco, em São Paulo, “Venceu a razão; fui-me aos estudos” (ASSIS, 2015, p. 213). Quando os conclui, torna-se o doutor Bento de Albuquerque Santiago. Ocorre então o casamento tão esperado entre Bento e Capitu, “foi em 1865, uma tarde de março, por sinal que chovia” (Ibidem, p. 219). Escobar, por seu lado, amigo de seminário de Bento, casara-se com Sancha, uma antiga amiga de colégio de Capitu, “Sancha e Capitu eram tão amigas que seria um prazer mais para elas irem juntas” (Ibidem, p. 257).

O primeiro embasamento que temos para provar que Capitu é culpada refere-se ao relacionamento entre ela e o senhor Ezequiel de Souza Escobar, com uma afinidade muito além de meros amigos, ora, respeito Juízo não seria um tanto estranho uma mulher admirar outro homem em pleno teatro, ou então chorar mais que a própria viúva no enterro do falecido, “momento houve em que os olhos de Capitu fitaram o defunto, quais os da viúva, sem o pranto nem palavras desta, mas grandes e abertos, como a vaga do mar lá fora, como se quisesse tragar também o nadador da manhã” (Ibidem, p. 263).

Capitu nos deixa claro suas intenções com Escobar, uma ligação fora do comum e trocas de olhares traiçoeiros, olhares estes que todos da cidade falavam e chegavam a insinuar “Capitu tinha olhos de ressaca, de cigana obliqua e dissimulada” (Ibidem, p. 303), tão dissimulada que muitas vezes instigava Bentinho a escolher entre sua mãe ou ela. Tem-se provas de que Capitu tinha outras intenções com Escobar, pois Bentinho soube que Capitu se encontrava com Escobar em

algumas tardes para simplesmente discutir sobre “finanças”, um fato um tanto suspeito, uma mulher casada se encontrar com outro homem durante à tarde para discutir sobre dinheiro, e sequer avisa seu marido, novamente vemos o quanto Capitu era dissimulada.

Capitu fitou-me rindo, e replicou que a culpa de romper o segredo era minha. Ergueu-se, foi ao quarto e voltou com dez libras esterlinas, na mão; eram as sobras do dinheiro que eu lhe dava mensalmente para as despesas.

_ Tudo isto?

_ Não é muito, dez libras só; é o que a avarenta de sua mulher pôde arranjar, em alguns meses, concluiu fazendo tinir o ouro na mão.

_ Quem foi o corretor?

_ O seu amigo Escobar.

_ Como é que ele não me disse nada?

_ Foi hoje mesmo.

_ Ele esteve cá?

_ Pouco antes de você chegar; eu não disse para que você não desconfiasse (Ibidem, p. 228).

Após dois anos de casamento e consecutivas tentativas infrutíferas de uma gravidez, “ao fim de dous anos de casado, salvo o desgosto grande de não ter um filho, tudo corria bem” (Ibidem, p. 223), Bentinho não conseguiu engravidar Capitu. No entanto, eis que Capitu dá a luz a um varão, “as invejas morreram, as esperanças nasceram, e não tardou que viesse ao mundo o fruto delas. Não era escasso nem feio, como eu já pedia, mas um rapagão robusto e lindo” (Ibidem, p. 232), com o nome de Ezequiel, mas a dúvida recai sobre a paternidade do menino, já que “Ezequiel, quando começou o capítulo anterior, não era ainda gerado; quando acabou era cristão e católico” (Ibidem, p. 235).

Bentinho era infértil e a fertilidade de atleta de alcova de Escobar foi a sua desgraça, “se considerares que ele foi único (Ezequiel), que nenhum outro veio, certo nem incerto, morto nem vivo, um só e único” (Idem). Dessa forma devemos nos perguntar como Capitu iria engravidar de Bentinho se o mesmo era infértil e, coincidentemente, alguns meses após a morte de Escobar, o filho que nasce tem as mesmas feições de Escobar, “aproximei-me de Ezequiel, achei que Capitu tinha razão; eram os olhos de Escobar, mas não me pareceram esquisitos por isso” (Ibidem, p. 274), continua Bentinho dizendo que “nem só os olhos, mas as restantes feições, a cara, o corpo, a pessoa inteira, iam-se apurando com o tempo” (Ibidem, p. 276), sem dúvidas esta é a prova mais contundente que temos, pois a defesa alega falta de provas, ora, respeito Juízo, seria falta de provas um filho de um pai infértil?

Não bastando o filho de Capitu ser de um caso muito duvidoso, o mesmo recebe o nome em homenagem a Ezequiel de Souza Escobar, “Não houve remédio senão levar o menino à pia, onde se lhe deu o nome de Ezequiel; era o de Escobar, e eu quis suprir deste modo a falta de compadrio” (Ibidem, p. 234). Se formos ligar tais denúncias, percebemos que fica claro o quanto Capitu admirava Escobar e, de alguma forma, ela tenta deixar marcado o nome de seu adorado amante, admiração esta que nos deixa claro as intenções de Capitu.

A semelhança entre Ezequiel e Escobar era gritante, tanto que a própria mãe de Bentinho sentia que aquela criança não era seu neto, “mas eu tenho notado que já é fria também com Ezequiel Quando ele vai comigo, mamãe não lhe faz as mesmas graças” (Ibidem, p. 249), por conta das feições, dos comportamentos, da mentalidade, ou seja, um pai nota que uma criança é seu filho de longe por conta da grande semelhança.

Continuando com sua dissimulação, no velório de Escobar, Capitu mostrou um sofrimento comparado a própria viúva Sancha, trazendo para si olhares de desconfiança, “momento houve em que os olhos de Capitu fitaram o defunto, quais os da viúva, sem o pranto nem palavras desta, mas grandes e abertos, como a vaga do mar lá fora, como se quisesse tragar também o nadador da manhã” (Ibidem, p. 263).

Após toda a sociedade já cogitar que Capitu cometeu o adultério, “tanto mais que a pessoa que me contou isto acabava de perder uma demanda” (Ibidem, p. 287), e após a morte de seu amado Escobar e dos murmúrios das ruas, Bentinho resolve dar fim ao casamento com Capitu, “a separação é cousa decidida, redargüi pegando-lhe na proposta. Era melhor que a fizessemos por meias palavras ou em silêncio; cada um iria com a sua ferida” (Ibidem, p. 287). Com a separação, Capitu se muda para a Suíça, onde fica clara a tentativa de fugir do foco das acusações que recaem sobre si, e nos perguntamos, porque Capitu foi para tão longe? É simples, Ezequiel estava crescendo e junto dele crescia a aparência e a forma de se portar do falecido Escobar.

Vale lembrar que Bentinho era advogado formado por uma das melhores universidades de Direito do país, sendo assim, o mesmo instigava Capitu na tentativa de conseguir alguma resposta para tantas dúvidas, “não disse tudo; mas pude aludir aos amores de Escobar sem proferir-lhe o nome” (Idem), porém a única coisa que saía da boca de Capitu eram invenções e dissimulações onde sempre conseguia

fugir do assunto, “Capitu não pôde deixar de rir, de um riso que eu sinto não poder transcrever aqui; depois, em um tom juntamente irônico e melancólico: _ Pois até os defuntos! Nem os mortos escapam aos seus ciúmes!” (Idem).

Após a apresentação das provas não nos resta outro caminho a não ser condenar a ré, pois fica mais do que provado que Capitu cometeu o adultério e ainda fugiu de sua responsabilidade frente ao crime, devemos preservar os bons costumes e a moral na nossa sociedade, e só iremos fazer isso com a condenação da mesma, mostrando para a sociedade que a Justiça é viva no meio social e que deve ser cumprida, pois o que Capitu fez não é um mero adultério, mas, também, colocou fim na vida amorosa e psicológica de Bentinho, colocou Bentinho na boca de toda sociedade como o homem que foi enganado e traído por sua mulher, tirou dele a sua honra e a vontade de crer em uma sociedade mais justa e digna, Capitu acabou com Bentinho e sua família, trouxe discórdia e impotência frente ao acontecido. Para isso, pede ao respeito Juízo, a condenação da senhora Capitu para que a ordem social seja colocada no lugar e que a moral e a chama da justiça viva em nossa sociedade.

DEFESA DE CAPITU

Uma das situações que nos dá total liberdade para falar que Capitu é inocente se trata do fato de Bentinho ter um ciúme doentio, após saber que Capitu “tem andado alegre, como sempre” (ASSIS, 2015, p. 141) disse Bentinho “estou que empalideci; pelo menos, senti correr um frio pelo corpo todo. A notícia de que ela vivia alegre, quando eu chorava todas as noites, produziu-me aquele efeito, acompanhado de um bater de coração, tão violento, que ainda agora cuido ouvi-lo” (Idem), e deixa claro o seu ciúme quando demonstra “um sentimento cruel e desconhecido, o puro ciúme, leitor das minhas entranhas” (Idem), que por muitas vezes o cegava da verdade fazendo-o criar um mundo imaginário de traições. Todavia, não é verdade, pois Capitu é uma mulher de moral ilibada e incontestável, ligada a família e aos bons costumes.

No nosso ordenamento jurídico existem princípios que nada mais são que a base para o direito, no âmbito Penal não é diferente e um princípio que cabe bem para este caso é o princípio do *In dubio pro reo* que na língua portuguesa seria “Em dúvida a favor do réu”, ou seja, no caso em questão não temos provas concretas de que Capitu cometeu adultério em face de Bentinho, pelo contrário, temos somente

imaginações e fofocas de que a mesma pratica o adultério, sobre este princípio o Professor Luis Flavio Gomes (2015) diz:

O princípio do “*in dubio pro reo*” implica em que na dúvida interpreta-se em favor do acusado. Isso porque a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do estado.

Além de termos este princípio implícito para todos, temos também um artigo sobre ele dentro do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva desde que reconheça:

- I. Estar provada inexistência do fato
- II. Não haver prova da existência do fato
- III. Não constituir o fato infração penal
- IV. Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal
- V. Existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena
- VI. Não existir prova suficiente para a condenação.

Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 655) nos explica sobre a inexistência do fato, segundo o autor, “é a hipótese das mais seguras para a absolvição, pois a prova colhida está a demonstrar não ter ocorrido o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação”.

Após analisarmos esses fatores não temos dúvida sobre o caso e, torno a repetir, em momento algum que Capitu foi pega cometendo o adultério, desta forma, não podemos condenar uma cidadã apenas por boatos ou loucuras por conta de ciúmes, pois a falta de provas é visível, para isso, devemos entender o que seria prova, segundo Rodrigo Vaz Silva (2015, s. p.) o “termo prova origina-se do latim - *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar - *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar”.

Após este conceito vemos que Bentinho não tem prova alguma contra Capitu, a falta de materialidade neste caso é gigante e dessa forma não podemos punir alguém por simples boatos e lorotas, porém, Bentinho mantém sua desconfiança quando diz “uma coisa fica, e é a suma das sumas, ou o resto dos restos, a saber, que a minha primeira amiga e o meu maior amigo, tão extremosos ambos e tão queridos também, quis o destino que acabassem juntando-se e enganando-me” (ASSIS, 2015, p. 303), porém, são coisas de sua imaginação.

Consta ressaltar que Bentinho além de um ciúme possessivo, poderia ele estar sofrendo de esquizofrenia, doença psicótica que causa alucinações, delírios e mudanças comportamentais, em uma conversa com José Dias, diz ele “uma fada invisível desceu ali, e me disse em voz igualmente macia e cálida: ‘Tu serás feliz, Bentinho; tu vais ser feliz’”. (ASSIS, 2015, p. 216), e completa perguntando ao amigo “você ouviu?”, o amigo questiona, “ouviu o quê?”, “ouviu uma voz que dizia que eu serei feliz?” (Idem). Dessa forma como podemos levar em consideração a acusação de um sujeito que, com tal doença, conforme determinado pelo Art. 3º do Código Civil, torna-se incapaz, assim sendo, não podemos nem aceitar tal denúncia.

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

É de conhecimento geral que Capitu não teve sequer a chance de se defender, pois se mudou para a Suíça: “pegamos em nós e fomos para a Europa, não passear, nem ver nada, novo nem velho; paramos na Suíça” (ASSIS, 2015, 292), porém a distância não poderia ser empecilho para sua defesa, no entanto o destino fora mais trágico, Capitu faleceu.

Trajava à moderna naturalmente, e as maneiras eram diferentes, mas o aspecto geral reproduzia a pessoa morta. Era o próprio, o exato, o verdadeiro Escobar. Era o meu comborço; era o filho de seu pai. Vestia de luto pela mãe; eu também estava de preto. Sentamo-nos (ASSIS, 2015, 297).

Bentinho a enchia de acusações e só falava inverdades sob sua pessoa, e que sua raiva contra Capitu o fez lhe desejar a morte, quando diz “o último ato mostrou-me que não eu, mas Capitu devia morrer” (ASSIS, 2015, p. 281), assim, em momento algum conseguiu ter a chance de defender seu direito amplamente assegurado pela nossa Constituição Federal:

Art. 5. Inciso LV: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

A vítima usa como suposta prova a forma como Capitu se portou no enterro de seu provável amante Escobar, “Capitu olhou alguns instantes para o cadáver tão fixa, tão apaixonadamente fixa, que não admira lhe saltassem algumas lágrimas poucas e caladas” (ASSIS, 2015, p. 263), fato esse que não pode ser levado adiante por respeito juízo. Pois Capitu era amiga de Escobar, portanto sentiu a morte de seu amigo, nesse momento Capitu assume a posição para consolar sua amiga Sancha, “Capitu, amparando a viúva, parecia vencer-se a si mesma. Consolava a outra, queria arrancá-la dali. A confusão era geral” (Idem), dando seus ombros a ela e tentando acalmá-la, vale lembrar a proximidade que os casais tinham, Capitu olhava para o defunto com olhar de preocupação pensando em como sua querida amiga iria criar o filho deixado por Escobar, “quando tornou, trazia os olhos vermelhos; disse-nos que, ao mirar o filho dormindo, pensara na filhinha de Sancha, e na aflição da viúva” (Ibidem, p. 270).

Dessa forma, não podemos sequer apontar vestígios de adultério no fato em questão, pois nada mais habitual sofrer pela morte de um amigo querido e demonstrar preocupação com o futuro de sua estimada amiga.

A vítima contesta ainda que Ezequiel filho do suposto amante de Capitu tinha sua feição, “aproximei-me de Ezequiel, achei que Capitu tinha razão; eram os olhos de Escobar” (Assis, 2015, p. 274), da mesma forma que “nem só os olhos, mas as restantes feições, a cara, o corpo, a pessoa inteira, iam-se apurando com o tempo” (Ibidem, p. 276). Porém, tal afirmação não deve sequer ser apurada, pois sabemos que uma mãe nem por brincadeira iria dissimular e fingir que tal filho veio de outro pai, se não seu esposo. Muito pelo contrário, Capitu nunca sequer tocou no assunto de que determinada criança fosse filho de Escobar, mais uma falta de materialidade a esta acusação. Da mesma forma, poderíamos colocar em questão a filiação de Ezequiel, seria ele filho de Capitu e Bentinho? Já que não temos provas sobre o período gestacional de Capitu, sendo Bento um homem apaixonado e com desejos enormes por um filho, não seria injúria que ele dissesse sobre sua felicidade em ver a gestação e as transformações físicas e mentais que se ocorre, em nenhum momento Bento narra esta passagem. Assim, podemos afirmar que Ezequiel pode ser um filho adotivo, “Ezequiel, quando começou o capítulo anterior, não era ainda gerado; quando acabou era cristão e católico” (Ibidem, p. 235).

Após analisarmos todas as acusações sob Capitu, não nos resta dúvida em apelar pela inocência da mesma, pois além de vários direitos feridos, falta o

essencial para uma condenação que é a prova material, prova esta que não se tem, como explanado, essas acusações não passam de uma loucura imaginária de Bentinho por conta de um ciúme possessivo, que se contradizia e não sabia a veracidade dos fatos, cabe a vítima o ônus da prova, já que partiu dele acusações tão dantescas como esta. Não resta outra coisa se não pedir a absolvição de Capitu frente as acusações, pois somente com sua absolvição mostraremos que a Justiça é viva no meio social, manteremos os laços da moralidade entrelaçados.

LEI Nº 11.106/2005

No ordenamento jurídico têm-se as chamadas fontes do direito que são jurisprudência, leis, decretos e costumes, e é esse o foco da referida lei que também é chamada de “Lei dos Bons Costumes”, para entendermos mais sobre tal caso devemos analisar e saber o que seriam os bons costumes.

Costumes seriam as regras impostas pela sociedade de acordo com a vivência prática no meio social e que após essa prática tal convicção acaba se tornando obrigatória. Para Assis e Kümpel (2011, p. 20) os “costumes, crenças, leis e instituições aparecem então como técnicas de natureza intelectual que estão a serviço da vida social e a tornam possível”. Os autores completam dizendo que “os costumes dos povos têm significação e coerência; são sistemas lógicos perfeitamente conectados e não vestígios de uma cultura que não evoluiu” (Ibidem, p. 196).

Desta forma, o romance de Machado de Assis, fora escrito em época onde os valores morais possuíam um cunho religioso, “não podia desejar melhor nora para si, boa, discreta, prendada, amiga da gente... e uma dona de casa, que não lhe digo nada” (Assis, 2015, p. 217). Para Bento “não lhe bastava ser casada entre quatro paredes e algumas árvores” (Ibidem, p. 221), como se sua esposa devesse ser uma mulher “do lar”, mas não, Capitu “precisava do resto do mundo também” (Idem).

Vivendo no final do século XIX, é de se esperar que o Adultério ferisse aos costumes da época, assim como, prevendo tal ato, o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (BRASIL, 1940), com o objeto jurídico da tutela penal “a organização jurídica da família e do casamento”, determinava que o adultério fosse um crime:

Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.

§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.

§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:

I - pelo cônjuge desquitado;

II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente.

§ 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.

Com a Lei nº 11.106, de março de 2005, o art. 240 do Código Penal foi revogado, portanto o adultério não pode ser tratado como crime. No entanto, o art. nº 1566, do Código Civil dispõe que:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Assim, caso seja constatado a infidelidade do cônjuge, poderá ser solicitado à dissolução do vínculo conjugal, conforme descrito pelo Art. 1572, “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. Desta forma, a vida insuportável poderá ser decorrente do adultério, conforme o Art. 1573, do Código Civil, este artigo diz:

Art. 1573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Portanto, não se deve basear nos “bons costumes” para acusar ou defender alguém, como se a conduta social ou os valores morais individuais e coletivas fossem a regra a ser seguida por um estereótipo criado pelos costumes na tentativa

de manter a ordem conforme os desejos e o julgo das partes, sem a interferência do judiciário.

Notemos que o ordenamento jurídico e a sociedade tentam caminhar juntos, um auxiliando o outro, pois referida lei surgiu pela demanda da cultura social contemporânea, com o objetivo de estabelecer a ordem e os direitos sociais e individuais. Porém, conforme Marconi e Pressoto (2010, p. 309) a “diferença entre costume e lei não quer dizer que esta seja obrigatória e o costume não. O costume pode ter conotações de “dever ser” tão forte quanto às normas legais”.

Os costumes em confronto com a lei pode levar a sociedade a uma *horda primeva*, para evitar isso, em consenso comum é determinado as leis como meio de buscar a ordem social. Segundo os autores;

Lei é uma regra de direito ditada pela autoridade estatal e tornada obrigatória para manter a ordem e o progresso da comunidade. A Lei se encontra em todas as partes onde há sociedade, mas as normas legais diferem de acordo com as diferentes sociedades (Ibidem, p. 308).

Sendo as sociedades e todos os tipos de comunidade com seus típicos costumes pertencente à federação, cabe às pessoas ter seus direitos e deveres na ordem civil, conforme art. 1, do Código Civil, já que o “âmbito legal: o direito – no qual, algumas das regras, não todas, são recriadas fora de seu contexto, para converter-se em critérios universais de conduta que, formalmente codificadas, devem ser impostas pela autoridade a partir de processos adjudicatórios” (Marconi e Pressoto, 2010, p. 309).

Com isto, as Leis são criadas não para o bem individual, mas sim, para o bem do coletivo, portanto, cabe à sociedade segui-las e utilizá-las como aporte de conduta, visando o bem comum do coletivo, no intuito de instaurar a ordem social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que a obra literária de Machado de Assis, “Dom Casmurro”, recebe inúmeras análises sobre o comportamento de seus personagens, como, também, no estilo linguístico. As dúvidas existentes de cada personagem busca esmiuçar sobre as características de personalidade deles, na tentativa de montar o emaranhado social e histórico do romance. Porém, o autor é astuto, escreve a narrativa

capturando o interesse do leitor no suposto adultério da personagem de Capitu, a dúvida é histórica, alguns leitores acreditam na existência do fato, outros negam.

Neste artigo buscou-se montar um julgamento tendo como réu a própria Capitu, na tentativa de esclarecer se houve a concretização do adultério, as provas foram colhidas do livro “Dom Casmurro”, utilizando da narrativa realizada, em primeira pessoa, por Bentinho, este esposo e suposto traído.

Com uma acusação e uma defesa, as partes procuraram defender seus interesses, porém, voluntariamente, apresentamos algumas provas, mas não procuramos chegar a alguma conclusão para que a magia da obra de Machado de Assis não seja refutada, procurou-se deixar ao leitor as suas conclusões.

Contudo, a análise da obra foi determinada pelo período que sucedeu o adultério, final do século XIX, período este na qual os costumes e os valores morais, religiosos e familiares influenciavam o comportamento das pessoas e da sociedade. Sabendo disto, algumas questões devem ser consideradas, primeiro, houve ou não o adultério? Segundo, caso seja provado o adultério, Capitu deve ser julgada conforme as leis da época ou as atuais? Estas questões devem ser consideradas pelo leitor, quando se procura analisar a conduta tomando como princípio o ordenamento jurídico.

Na tentativa de esclarecer sobre o adultério na legislação atual, foi apresentada a Lei nº 11.106, de março de 2005, que revoga o art. 240 que tratava o adultério como crime pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Com isto, pode-se colocar em conflito os costumes sociais com a própria Lei, já que, a sociedade possui valores culturais imbuídos aos certos costumes, por exemplo, os religiosos, portando juízos de valor sobre a conduta e o comportamento das pessoas e, sob suas convicções, creem poder realizar o julgamento sem a efetividade do aparelho jurídico.

Complementando, acreditamos na participação do coletivo visando o bem comum da sociedade, fugindo de interesses particulares e de grupos isolados, conforme Costa e Miguel (2014, p. 219) apresentam, “na moderna concepção de democracia, o que se busca é que os indivíduos cada vez mais participem dos processos decisórios que interferirão diretamente em suas vidas”, sem jogos de interesses particulares, mas como coletividade. Neste sentido, buscar a democracia perpassa pelo trabalho de um Estado Democrático de Direito, visando à cidadania e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. São Paulo: Biblioteca Virtual do Estudante Brasileiro / USP, 2015.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.

_____. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, 2005.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988.

COSTA, Ilton Garcia; MIGUEL, José Antônio. Política deliberativa e democracia participativa na negociação coletiva de trabalho: uma análise para a valorização do trabalho humano. **Revista do Direito Público**. Londrina, v. 9, n. 2, p. 203-222, mai./ago. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio do "in dubio pro reo"**. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121916192/principio-do-in-dubio-pro-reo>. Acessado em: 03 set 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES-FILHO, Luciano Ferreira. **O trabalhador do corte de cana no Norte Pioneiro do Paraná: o fim da atividade e os sentidos do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social). Programa de Pós-graduação em Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2015. 209 f.

SILVA, Rodrigo Vaz. **Breve análise das provas processo penal**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8466&revista_caderno=22. Acessado em: 03 set 2015.

ANOTAÇÃO SINTÉTICA, NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO PÚBLICO, AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 10 DE ABRIL DE 2013¹ - DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ACORDOS SOBRE SENTENÇA EM PROCESSO PENAL EM PORTUGAL²

Gonçalo S. de Melo Bandeira³

“Quod non est in cambio, non est in mundo”?

Sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Abril de 2013

«I - O direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença. § II - Constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar.».

Parte que destacamos no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Abril de 2013: cfr.<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>, Setembro de 2015

«III - No caso vertente os arguidos manifestaram a sua disposição para confessar de forma integral e sem reservas os factos de que vêm acusados no âmbito de um acordo a consensualizar com o Ministério Público.

Esta entidade apreciou os factos e na hipótese de os arguidos confessarem proclamou os limites máximos das penas abstractas por se mostrarem justas e adequadas.

¹ Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1., 3ª Secção. Relator Juiz Conselheiro Santos Cabral. E ainda Juiz Conselheiro Oliveira Mendes. Descritores: Acordo Negociado de Sentença; Proibições de Prova.

² Dedico este texto ao meu Colega, Prof. e Humanista, Mestre Ronny Carvalho da Silva, bem como a todos os falantes de língua portuguesa no mundo. Se Deus é brasileiro, Deus fala português com açúcar. Bem hajam. Uma palavra também de amizade fraterna a todos os meus Amigos e Colegas, Alunos, Ouvintes e Leitores brasileiros.

³ Prof.-Adj. e Coord. das Ciências Jurídico-Fundamentais na Escola Superior de Gestão do IPCA (Minho, Portugal). Prof.-Conv. no Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU– Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Presidente da C.F.D. do Sindicato Nacional do Ensino Superior. gsopasdemelobandeira@hotmail.com Twitter: [@GonçaloSMeloBandeira](https://twitter.com/GonçaloSMeloBandeira) Facebook: Gonçalo De Mello Bandeira (N.C. Sopas).

Os arguidos e seus Mandatários declararam aceitar nos seus precisos termos as molduras abstratas propostas pelo MP.

Pelo Juiz Presidente, após deliberação, foi proferido despacho no qual, perspetivando a manifestada intenção dos arguidos de confessarem os factos de que vinham acusados, a natureza destes, e as condições pessoais de cada um dos arguidos, incluindo os seus antecedentes criminais, o Tribunal Coletivo considerava adequadas e proporcionais, considerando os ilícitos e a personalidade dos arguidos demonstrada, as molduras penais abstratas consensualizadas.

De seguida, e após os arguidos terem declarado prescindir da leitura da acusação, foi por estes dito que desejavam prestar declarações.

Os arguidos declararam pretender confessar integralmente e sem reservas os factos que lhes são imputados. Pelo Sr. Juiz Presidente foi-lhes perguntado se o faziam de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se propunham fazer uma confissão integral e sem reservas, ao que os mesmos responderam afirmativamente.

Fundamentando a convicção do Tribunal quanto à matéria de facto refere-se que esta se fundamenta no conjunto da prova produzida em audiência, salientando-se que os arguidos prestaram declarações, confessando a prática das condutas de que eram acusados de forma espontânea, integral e sem reservas, descrevendo os actos que cometeram, e as respectivas consequências, de forma clara e credível. Estas confissões revelaram-se sérias e credíveis, merecendo ser validadas pelo Tribunal.

O recurso interposto é de um dos arguidos negociantes que considera defraudadas as suas expectativas negociais.

A síntese delineada tem um significado preciso: os arguidos confessaram na expectativa de um acordo relativo à pena que lhes iria ser aplicada.

Sucede que tal acordo e qualquer limite da pena que lhes fosse noticiado era ilegal e não permitido pelo Código de Processo Penal.

A confissão operada no caso vertente tem na sua génese a promessa de uma vantagem que não é legalmente admissível.

Dispõe o nº1 do artigo 126 do CPP (Métodos proibidos de prova) que são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Por seu turno o número 2 do mesmo normativo refere que são ofensivas da integridade física ou

moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada I Volume 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora 2007 pag 525 seg.) aceitando-se como princípio que é no direito processual penal que vão convergir as virtudes, e defeitos, constitucionais é, sem dúvida, no artigo 32 da Constituição da República Portuguesa que ganham corpo os princípios materiais do processo criminal ou de constituição processual criminal.

Assumindo uma configuração de verdadeiras "garantias de processo criminal" as denominadas "proibições de prova" constituem concretizações processuais de direitos fundamentais - e não meros limites à actividade dos órgãos de polícia criminal e das autoridades judiciais - como o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à liberdade, consagrados nos artigos 25.º, nº1, 26.º, nº1, e 27.º, nº 1, respectivamente, da Constituição. Em última instância, está em causa a tutela de direitos pessoais que se reconduzem à dignidade da pessoa humana - princípio transversal da ordem jurídica com raiz na consciência colectiva.

Prescreve o nº8 do referido artigo 32 da Constituição da República, que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Por tal forma se convoca a nulidade qualquer prova que tenha sido obtida em contravenção com aqueles direitos de dignidade constitucional e se comina a impossibilidade de tais elementos serem valorados no processo. Estamos perante o núcleo essencial das proibições de prova que veio a conformar e determinar o legislador ordinário ao consagrar, no artigo 126 do Código de Processo Penal, os denominados métodos proibidos de prova.

Todavia, é nítido o diferente recorte que assumem, no preceito citado, e em termos de tonalidade ético-normativa, a proibição de provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física, ou moral, das pessoas em relação àquelas que têm por fundamento a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Se, na primeira hipótese, estamos perante uma proibição absoluta, insusceptível de qualquer concessão, pois que está em causa o próprio núcleo dos direitos de personalidade, já no segundo caso é a

própria norma -ao referir os casos ressalvados na lei- que admite a compressão de direitos constitucionais, porquanto tal é razoável e admissível, numa lógica de proporcionalidade, e exigido pelo próprio interesse do Estado no funcionamento da justiça penal.

As proibições de prova dão lugar a provas nulas (artigo 32, nº 8, da Constituição da República). Porém, a nulidade das provas proibidas obedece a um regime próprio, distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável. Trata-se de um regime complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas consoante atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana.

Refere Paulo Pinto Albuquerque (Comentário ao Código de Processo Penal 4ª Edição, Lisboa Universidade Católica Editora pag 335 e seg):” *a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral previsto no artigo 126, nº 1 e 2 do CPP é insanável; a nulidade da prova proibida que atinge os direitos à privacidade previstos no artigo 126, nº 3 é sanável pelo consentimento do titular do direito. A legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou a intromissão ilegal. O consentimento pode ser dado ex ante ou ex post facto. Se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida. Em síntese, o artigo 126, nº 1 e 2, prevê nulidades absolutas de prova e o nº 3 prevê nulidades relativas de prova.*

Podemos sintetizar, dizendo que a interdição de prova é absoluta no caso do direito à integridade da pessoa e relativa nos restantes casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34º-2 e 4), quando desnecessária, desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (art. 18º-2 e 3).

O facto de existir no processo prova que se encontra contaminada pela violação das regras de proibição do nº1 ou nº3 do Código de Processo Penal só tem consequências directas caso a mesma prova seja invocada como fundamento da convicção do juiz sobre os factos que determinam a sua decisão, quer esta seja a decisão final, quer se reconduza a uma decisão interlocutória. Caso a violação se verifique sem que desse facto sejam extraídas quaisquer consequências a nível de

fundamentação decisória a constatação da existência de uma violação de regras de proibição de prova não tem efeitos processuais relevantes.

A nulidade resultante da indevida valoração de prova proibida é agora, e após a última reforma processual, fundamento de recurso da decisão ou da sentença em que está inscrita e por tal motivo. Sobre as suas consequências existe divergência:- para Costa Andrade (Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal Coimbra, Almedina, 1996 pag 65 e seg.) importa distinguir os casos em que a valoração proibida do meio de prova constitua o único suporte probatório sobre que assenta a sentença condenatória. Hipótese em que tanto a pertinência do recurso como o sentido da sua decisão - sic absolvição do arguido - se afiguram inescapáveis. No extremo oposto, mas igualmente lineares, são as situações em que a irrelevância causal da valoração da prova proibida aparece claramente exposta. Então a invocação da proibição de prova, a não determinar a rejeição do recurso (art. 420.º do CPP) não será em qualquer caso, e só por si, bastante para pôr em causa a decisão recorrida. O mesmo deverá ser o tratamento dos casos em que a nulidade devida à proibição de prova deva considerar-se sanada por exclusão da ligação entre o vício e a sentença. Tal sucederá, por exemplo, quando o recurso aos processos hipotéticos de investigação permite seguramente alcançar o mesmo resultado probatório.

Porém, o normal será que a prova proibida concorra, como no caso vertente com uma pluralidade de meios admissíveis. Neste caso, e na perspectiva de Costa Andrade, acentua-se a natureza aleatória da tentativa de identificar e segmentar o peso que o meio de prova, atomisticamente considerado, terá tido na convicção do julgador. Assim, adianta o mesmo Autor (ibidem pag 66) só pela via da revogação da decisão se poderá assegurar a reafirmação contrafáctica das normas violadas e a actualização do respectivo fim de protecção. O que terá de fazer-se, na sua perspectiva, prevenindo-se o perigo de a convicção sobre a responsabilidade criminal do arguido, entretanto lograda - e para a qual contribuiu, a seu modo, o meio proibido de prova - ter já operado uma reinterpretação cognitiva do significado e da valência probatória dos meios sobrantes e legítimos de prova. Conclui, assim, que a renovação da prova motivada pelas proibições de valoração suscita, exigências a que, por princípio, só através do reenvio (arts. 426.º, 431.º e 436.º do CPP) se poderá dar resposta ajustada.

Importa distinguir situações distintas pois que a hipótese de reenvio se dirige aos casos em que não é possível julgar a causa pela existência de um dos vícios do artigo 410. Ora, na hipótese de ser declarada a proibição de prova, não está em causa o vício que afecta a matéria de facto, a necessitar de um adequado esclarecimento, mas sim o expurgar do vício que afecta a mesma decisão o que tem, em princípio, por consequência a emissão de uma nova sentença pelo tribunal recorrido, mas expurgada do vício apontado (conf. Paulo Pinto de Albuquerque Comentários pag 329).

Porém, se a prova agora considerada proibida puder ser novamente produzida, mas agora em condições de legalidade, então a solução passa necessariamente pela aplicação das regras do reenvio pois que só através da sua aplicação é possível a reposição da verdade material com a ressalva do respeito dos direitos do arguido.

É exactamente essa a hipótese vertente pelo que nos termos do artigo 426 e seguintes se declara existe uma prova proibida consubstanciada na confissão dos arguidos nos sobreditos termos e se determina o reenvio do processo para novo julgamento que tem por finalidade a supressão de tal vício

Sem custas.

Santos Cabral (Relator)

Oliveira Mendes»

ANOTAÇÃO SINTÉTICA

Introdução à anotação sintética e suas características neste caso concreto

Quando se fala em “acordos sobre a sentença em processo penal”, devemos ter em consideração, o princípio do Estado de Direito. E, diríamos, o princípio do Estado de Direito social, democrático, livre e verdadeiro.

Ao falarmos sobre “acordos sobre a sentença em processo penal”, em Portugal, país pertencente à União Europeia - e, portanto, com forte influência do chamado direito europeu e da União Europeia⁴ -, estamos a falar também do problema da morosidade da Justiça. E, portanto, da eficiência e da morosidade específica do processo penal. É também, por conseguinte, uma questão de legalidade, oportunidade e/ou consenso. São necessários espaços de consenso no

⁴ Cfr. art. 8º da Constituição da República Portuguesa.

direito processual penal português, brasileiro, europeu e mundial? Bem, se um dos problemas for a morosidade, pois com certeza que é necessário, adequado e proporcional, em termos, também, de eventual restrição de direitos, liberdades e garantias, desde que respeitada, *mutatis mutandis*, a intervenção mínima.⁵ Dentro deste desiderato, são admissíveis espaços de consenso no processo penal português, em especial nos acordos sobre a sentença penal e, aliás, de acordo com a reforma do processo português de 1987. A qual foi presidida por Jorge de Figueiredo Dias. É claro que quanto mais comparada for esta análise, tanto mais positiva se tornará tal abordagem. A jurisprudência portuguesa tem aliás vários casos de estudo sobre tais matérias. Veremos então também quais poderão ser os alicerces dos acordos sobre sentença.

Anotação sintética

Desde logo, é necessário ter em consideração, também aqui, que é preciso conjugar o direito fundamental ao silêncio, nomeadamente por parte do suspeito e/ou arguido, com qualquer eventual acordo nos termos da Constituição.⁶

Refere o acórdão o seguinte: “O recurso interposto é de um dos arguidos negociantes que considera defraudadas as suas expectativas negociais. § A síntese delineada tem um significado preciso: os arguidos confessaram na expectativa de

⁵ Cfr. art. 18º da Constituição da República Portuguesa.

⁶ É preciso ter em consideração o art. 32º da CRP (Constituição da República Portuguesa), quanto às “Garantias do processo criminal”: “1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso. § 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. § 3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória. § 4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais. § 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. § 6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento. § 7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei. § 8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. § 9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. § 10. Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”. Em termos de processo penal, o Código de Processo Penal português (CPP) prevê certas regras que resultam no seguinte: com a entrada em vigor da Lei 20/2013, de 21/2, as declarações que o arguido preste em fase anterior à de audiência de julgamento poderão ser usadas no processo como meio de prova, mesmo que o arguido se remeta ao silêncio na fase de audiência de julgamento; o direito ao silêncio que é comunicado no art. 343º CPP não terá qualquer efeito se o arguido em fase anterior tiver optado por prestar declarações. Outras normas jurídicas relevantes em relação a este assunto são as seguintes: 61º, 141º, 144º, 342º/1, 357º/1 alínea b) do CPP.

um acordo relativo à pena que lhes iria ser aplicada”. Pré-concluindo o seguinte: “Sucedem que tal acordo e qualquer limite da pena que lhes fosse noticiado era ilegal e não permitido pelo Código de Processo Penal. § A confissão operada no caso vertente tem na sua génese a promessa de uma vantagem que não é legalmente admissível”.

Vejamos, se assim é.

Temos muitas dúvidas, não apenas subjectivas, mas também objectivas, de que o Código de Processo Penal português, no contexto da União Europeia, permita “acordos negociados de sentença”, tal qual expostos e abordados neste douto aresto.⁷ Mas já não temos grandes e quaisquer dúvidas, que o processo penal português, no contexto da União Europeia, permite, em efectivo, “acordos sobre a sentença em processo penal”. O que, por certo, por si só, não significa o fim do chamado Estado de Direito social, democrático, livre e verdadeiro. Bem pelo contrário.⁸ Os “acordos sobre a sentença em processo penal” têm aliás em consideração que são o melhor caminho para a cooperação dos sujeitos processuais em tudo aquilo que possa ajudar a construir um caminho onde é possível facilitar, simplificar, acelerar, fomentar, *brevitatis causa*, favorecer o processo. Sempre do ponto de vista constitucional-constitucional. Estejamos perante juízes, Ministério Público ou advogados, ou ainda todos aqueles que, de modo mais ou menos indirecto, podem contribuir para tal desiderato.⁹ Seguir a via contrária irá representar, por certo, a hipótese de tentativa de concretização da perda de independência por parte das magistraturas. O Estado de Direito, social, democrático, livre e verdadeiro, será melhor concretizado, se uma nova mentalidade – cuja transformação é sempre mais lenta, é certo, como nos ensinou Fernand Braudel, quando comparamos com a própria revolução económica, social, política e cultural –, se uma nova mentalidade, dizíamos, der lugar a uma verdadeira cooperação entre todos os actores da Justiça. Inclusive nas fases do inquérito ou instrução. Enquanto – claro está – se pensar que a fase de instrução não pode ser suprimida, como um dia será provavelmente bastante alterada e/ou até mesmo eliminada. Por forma a se

⁷ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (português), de 10 de Abril de 2013. E ainda, Dias, Jorge de Figueiredo, Acordos sobre a sentença em processo penal § O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”? § Conselho Distrital do Porto, Coleção Virar de Página, ISBN 978-989-96067-1-5, Porto, 2011, pp. 47.

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, Acordos sobre a sentença em processo penal § O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”? § Conselho Distrital do Porto, Coleção Virar de Página, ISBN 978-989-96067-1-5, Porto, 2011, passim.

⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, *idem ibidem*.

ganhar tempo processual sem prejudicar as garantias constitucionais criminais. O que aliás já não é estranho a outros ordenamentos jurídicos europeus onde se verificaram modificações em termos de supressão do juiz de instrução, passando o Ministério Público a dirigir. Ou mesmo em supressão da própria fase de instrução no sentido de que provocava um muito maior tempo de andamento do processo.

Anotação sintética: alguns desenvolvimentos formais e materiais no pensamento de Jorge de Figueiredo Dias acerca dos “acordos sobre a sentença em processo penal”¹⁰

O tema dos “acordos sobre a sentença em processo penal” é um tema da maior importância do direito penal contemporâneo português. Nomeadamente no que diz respeito à lentidão do Direito processual penal e à possibilidade de existirem “acordos sobre as respectivas sentenças”. Em face da “auto-pergunta” se “estariamos no fim do Estado de Direito?”, Figueiredo Dias respondia que podíamos já descansar toda a gente e dizer que “não!”. Em face da constatação “de uma terrível crise da Justiça”, Jorge de Figueiredo Dias falava já nesta altura, todavia, “de uma necessidade em substituir as estruturas de conflito por estruturas de consenso em processo penal”. É que, no seu entender, o direito processual penal português, já permitia, e permite, que possam existir “acordos processuais penais sobre a sentença que sejam inteiramente válidos do ponto de vista constitucional”. Perante “processos que se arrastam dezenas e dezenas de anos, sorvendo milhões de euros aos dinheiros públicos”, surgia então a “hipótese de um processo funcionalmente orientado como exigência irrenunciável do Estado de Direito democrático perante os

¹⁰ Com algumas adaptações, vamos seguir de perto uma notícia publicada no jornal português Diário do Minho (<http://www.diariodominho.pt/>), 13/1/2011, p. 15: “IPCA recebeu o ‘pai do Direito penal português’ § Figueiredo Dias abordou acordos sobre sentença em processo penal”. O Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias é um professor Catedrático “Jubilado” da Universidade de Coimbra que leciona, e agora faz conferências, desde há 52 anos atrás, tendo sido fundador do Partido Popular Democrático-Partido Social Democrata (PPD/PSD) em 1974, nomeado por todos os Primeiro-Ministros portugueses do regime democrático como Membro do Conselho Directivo da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento (FLAD). Em 4 de Janeiro de 2010, realizou uma aula aberta no IPCA sobre “Acordos Sobre a Sentença em Processo Penal: O ‘Fim do Estado de Direito’ ou ‘Um Novo Princípio’”. No âmbito da unidade curricular de “direito e processo penal” e da direcção do curso de Solicitoria, e com apresentação e moderação do então director do curso, seu discípulo académico, o aqui prof. doutor Gonçalo S. de Melo Bandeira. Figueiredo Dias, juntamente com o seu Mestre, o prof. doutor Eduardo Correia, são considerados os “Pais do Direito penal português”, mas não de “algumas péssimas revisões da lei penal entretanto ocorridas ao longo dos anos” como referiu aliás o próprio. É também um dos “Pais da República III e do regime democrático”, co-autor da Constituição e códigos penais, deputado à Assembleia da República e Membro do Conselho de Estado nos anos 70 e 80, com cerca de 150 publicações de qualidade internacional, muitas das quais em francês, italiano, espanhol, inglês e alemão.

princípios da celeridade e da economia processual”. Estariam em causa – e tudo indica que acabarão por estar, mais tarde ou mais cedo – “acordos que permitiriam e permitirão um respeito pelos mais fundamentais princípios constitucionais como o princípio da culpa e o princípio da verdade material” e, inclusive, o instituto da “confissão”. Seria também “essencial respeitar o princípio da publicidade nestes acordos sobre a sentença”, bem como o “princípio da lealdade processual”. Não será possível, em caso algum, e contudo, “renunciar do direito ao recurso”.

Acrescentava ainda na altura Jorge de Figueiredo Dias que “antes os criminalistas eram vistos como ‘pobres-diabos’ “. Hoje, “há criminosos a todos os níveis sociais”. “Já todos querem falar com os criminalistas, porque também eles podem ter um processo”. Vive-se, contudo, um terrível momento em que “o Povo português perdeu a confiança na Justiça”. Também no Brasil, como sabemos, a Justiça atravessa um momento de crise, não só por causa da dimensão e quantidade dos processos – Mensalão, Petrolão, Lava Jato, entre outros¹¹ -, mas também por todos os factos que se tornaram conhecidos do grande público, não sem antes respeitar, e em qualquer caso, a presunção da inocência. E no Direito das Comunidades Indígenas da Amazónia iríamos encontrar outras diferenças como é evidente.¹² Em Portugal “temos um processo penal de estrutura acusatória integrada por um princípio de investigação oficial” e “assim deve continuar a ser”. É “um processo de ‘adversários’, mas não um processo de partes”. “O Tribunal não é, na Europa continental, a Rainha de Inglaterra”. “Temos, contudo, que voltar a ter um processo eficiente”, alertava também J. de Figueiredo Dias. Aquilo “que se passou, por exemplo, no processo Casa Pia, foi contra o Estado de Direito, pois se houver suspensão da prescrição, o processo vai demorar mais 20 anos!!!”. E acabou por demorar cerca de 10 anos!¹³ “Não se trata de introduzir, contudo, a rejeitável

¹¹ E que tanto prejudica a concretização dos Direitos Constitucionais Sociais: FACHIN, Zulmar, Curso de Direito Constitucional, 7ª edição revista e atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015, passim; MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. In: Curso de Direito Tributário. Coimbra: Coimbra, 2012, passim.

¹² LINHARES, Erick. In: A Política Externa da Terra dos Seis Povos § A República Cooperativa da Guiana, Editora Juruá, Curitiba, 2013, passim.

¹³ “O Processo Casa Pia ou Caso Casa Pia, por vezes referido por Escândalo da Casa Pia refere-se a abusos de menores envolvendo várias crianças acolhidas pela Casa Pia de Lisboa, uma instituição gerida pelo Estado português para a educação e suporte de crianças pobres e órfãos menores.^[1] O caso veio a público a 23 de Setembro de 2002,^[2] quando um antigo aluno da Casa Pia em entrevista à jornalista Felícia Cabrita, alega ter sofrido de abusos sexuais, enquanto jovem. Os principais responsáveis desses abusos eram figuras públicas e um ex-funcionário da Casa Pia, Carlos Silvino, mais conhecido como Bibi. A Polícia Judiciária estima que mais de 100 rapazes e

negociação mercantil-processual que já existe nos EUA e outros países anglo-saxônicos”. “Na Europa continental não encaixa a negociação da culpa”. Por isso se pode afirmar que “os EUA e a Inglaterra não são verdadeiros Estados de Direito”. Embora sejam democracias. Existem já “elementos consensuais no Código de processo penal português.”. Ora, os referidos “acordos” visariam, precisamente, “acelerar a Justiça processual penal”. “Aquilo que antes era inválido na Europa, porque fora da disponibilidade das partes, passaria a ser lícito já em momento posterior”. “O próprio Tribunal Federal Alemão não admite acordos, mas também não os exclui”. Por motivos processuais, “os acordos são, pois, altamente desejáveis”. Sendo “a matéria criminal altamente estigmatizante”, os “acordos evitariam a estigmatização”, por exemplo, “nos crimes de violação, onde não haveria necessidade de fazer uma exaustiva exposição por meio dum processo público”. “A exigência dum processo funcionalmente orientado é a exigência fundamental de um Estado de Direito; não se trata de mercantilização; há o dever de o Estado proteger a segurança dos cidadãos”, acrescentava então Jorge de Figueiredo Dias. “Tem que se visar”, isso sim, “uma pena justa em tempo razoável”. “Um processo, de novo a título de exemplo, como o processo Casa Pia é um processo contra a ideia do Estado de Direito”. O “Princípio da celeridade processual é um direito e garantia constitucional!” “Não se trata de uma ideia mercantilista”.

Mas, como é que se confeccionam os acordos? O acordo não pretende “negociar a culpa” e tem que respeitar a verdade processual penal; a adequação da pena à culpa (princípio da culpa); e a investigação da oficialidade. O “*plea bargaining*” (qualquer coisa como “negociação de argumento”, “pedido de baixa de pena”) é um “*deal*”/negócio muito praticado no Direito anglo-americano: “*eu dou-te um boneco e tu dás-me €5*”. Nos EUA, faz-se uma “negociação da culpa ou do próprio processo penal”. “Não é isso que se pretende fazer na Europa continental”. Os acordos não podem impedir o juiz de fazer o seu próprio juízo. Por isso é que do ponto de vista jurídico se pode afirmar, com linguagem técnico-jurídica, que “os EUA ou a Grã-Bretanha, apoiando-se no costume e em muitas normas não-escritas, não são um Estado de Direito no sentido do Estado de Direito da Europa continental, como é o caso do *État de Droit* francês ou do *Rechtsstadt* alemão”. Quando muito, são “sistemas de Direito”, mas não “Estados de Direito” suportados na separação

raparigas^[1] dos 4600 alunos inscritos na Casa Pia nessa altura, possam ter sido abusados sexualmente”: https://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_Casa_Pia , 21/10/2015.

dos poderes, na hierarquia e nas normas jurídicas constitucionais escritas que procuram abranger toda a realidade conhecida. Os “acordos de sentença” visariam, por conseguinte, acelerar a Justiça processual penal. O Tribunal Federal alemão não aceitando expressamente este tipo de “acordos processuais penais”, também não os exclui, repete-se. Ora, por motivos processuais, “os acordos são altamente desejáveis”. É que a matéria criminal é “absolutamente estigmatizante”. Os “acordos evitariam a estigmatização, por exemplo, nos crimes de violação”. “A exigência de um processo funcionalmente orientado seria e é a exigência fundamental de um Estado de Direito; não se trata de mercantilização”. Existe um “dever do Estado proteger a segurança dos cidadãos”. As penas teriam e têm que ser “aplicadas de um modo justo e em prazos razoáveis”. O princípio da celeridade processual é “um direito e uma garantia constitucional”, também de carácter fundamental. Não se trata de “mercantilização”. Ora “o acordo tem que respeitar a verdade processual penal; tem que haver uma adequação da pena à culpa e da investigação à oficialidade”. Qualquer confissão neste contexto tem que ser “livre, séria e com conteúdo” para ser apreciada de um ponto de vista válido. Assim, o “juiz poderá prosseguir a investigação oficial e buscar a verdade material e o acordo será possível”. Mas, afinal, “que acordo é este?” Como “sancionar?” “Se há confissão, não haverá absolvição, mas a condenação será o menor possível”. “É preciso levar a confissão ao miolo do acordo”. E mais: “a confissão não pode determinar logo a medida da pena, pois isso violaria o princípio da culpa”. “O Tribunal também se irá comprometer a um limite máximo de pena que não poderá ser ultrapassado”. Exemplo concreto: para o tráfico de determinada droga, em certa quantidade, está prevista uma pena entre 6 e 15 anos. Existe alguém que traficou droga e foi detectado. O Tribunal, mediante acordo, poderá dizer que “a pena não irá ultrapassar os 10 anos”. Não se trata, contudo, “de uma antecipação de sentença, pois o juiz também vai formando a sua consciência”. A confissão terá, pois, “uma influência significativa na pena”. Deste modo, “não será ilegítimo que o acordo contenha um mínimo de pena e que o juiz se comprometa a não rebaixar”. E “não haverá qualquer violação do princípio da igualdade”. E pergunta-se: pode haver sigilo? “Não, pois, uma vez estabelecido o acordo, o juiz tem que dar publicidade em audiência; tem que estar na acta da audiência”. Há, todavia, que seguir algumas regras básicas. Nomeadamente, “tem que ser respeitado, de modo estrito, um rigoroso princípio da lealdade processual”: “os sujeitos processuais têm que respeitar a sua palavra. Não podem alegar e

depois dizer que afinal era outra coisa”. O que, infelizmente, “é o costume nos Tribunais portugueses”. Ainda assim, “se existirem novos factos que surjam depois do acordo, o Tribunal deve estar autorizado a se afastar do mesmo.” E, o juiz, tem de dar conhecimento disto. Outra legítima dúvida que se podia colocar é se era ou “é possível renunciar do direito ao recurso?” Por exemplo, o Tribunal ditaria que “não sentenciaria em mais de 8 anos de prisão, desde que houvesse uma renúncia ao recurso por parte do arguido”. Será isto possível? O Tribunal Constitucional alemão tem dito claramente que não, pois isso seria – precisamente aquilo que se quer rejeitar no Estado de Direito europeu continental – a “barganha” que se pratica no “sistema de Direito” dos EUA! É que, por exemplo, poderia haver erros na própria sentença (erro no acordo ou erro ao calcular a pena), pelo que renunciar ao direito de recurso seria, também por aqui, inadmissível, provocando um prejuízo irremediável. Os alemães, a título de novo exemplo, “não fazem nada que não esteja previsto na lei” e não se trata de “mero positivismo”. Nos últimos 25 anos, foi possível realizar na Alemanha uma série de acordos. E “no Código de processo penal alemão fez-se uma grande reforma, é verdade, através, apenas, da modificação de um simples artigo!”. E não foi prevista qualquer renúncia ao direito de recorrer.

Jorge de Figueiredo Dias referiu ainda que “91% dos casos de tráfico de droga em Portugal, nos últimos anos, foram resolvidos depois de se chegar a um acordo”. Logo, referiu então o professor catedrático:

1º “os acordos são bem-vindos como decorrência do princípio do Estado de Direito e nomeadamente à luz da economia processual”;

2º “há que respeitar, porém, um (novo) máximo e mínimo de pena que o Tribunal se obriga a cumprir”;

3º “o Tribunal tem que dar a devida publicidade aos acordos com os respectivos arguidos”, pelo que “dá a conhecer os factos”;

4º “o Tribunal só poderá deixar de estar vinculado ao acordo tendo por base novos factos ou circunstâncias relevantes que permitam formular tal decisão, até porque deve obedecer a um princípio de lealdade”;

5º “não pode haver renúncia ao direito aos recursos”;

6º “os juízes e procuradores têm que ter atitudes ‘morais’ perante aquilo que se passa em termos de absurdo confronto e conflito”; “é preciso haver mais lealdade, mas trata-se duma “lealdade técnico-jurídica”. “Só assim”, afirmou o prof.

doutor Figueiredo Dias, “se pode alcançar aquilo que eu perfilhei em 1974, com a publicação do meu livro ‘Direito Processual Penal, Coimbra Editora, Coimbra, 1.^a ed. 1974 e reimpressão (Clássicos Jurídicos), em 2004’ 15 dias antes mesmo do 25 de Abril: a realização plena do Estado de Direito”.

Da Constitucionalidade dos Acordos Sobre Sentença em Processo Penal em Portugal

Como se sabe, nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.¹⁴ ¹⁵ De resto, os “acordos sobre sentença em processo penal” não violam as próprias regras básicas do processo penal. E, por conseguinte, qualquer um dos princípios gerais que são referidos no CPP português ou na Constituição.¹⁶

Está em causa, por conseguinte, o respeito rigoroso do princípio da indisponibilidade do objecto do processo. A investigação é oficial-judicial e a verdade que se procura é material, ou seja, válida do ponto de vista processual. Logo, tem que existir uma válida confissão do arguido, total ou parcial, em relação aos factos contidos na acusação e na pronúncia.¹⁷ Confissão livre e espontânea submetida à livre apreciação do juiz. Além de que ninguém é obrigado a auto-acusar-se.

¹⁴ Cfr. art. 204º da CRP.

¹⁵ Dias, Jorge de Figueiredo, Acordos sobre a sentença em processo penal § O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”? § Conselho Distrital do Porto, Coleção Virar de Página, ISBN 978-989-96067-1-5, Porto, 2011, pp. 42 e ss..

¹⁶ Cfr. art. 340º do CPP, com a redacção da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro – vigente a partir de 23 de Março de 2013: “1 - O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. § 2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta. § 3 - Sem prejuízo do disposto no artigo 328º, nº 3, os requerimentos de prova são indeferidos por despacho quando a prova ou o respectivo meio forem legalmente inadmissíveis. § 4 - Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que: § a) As provas requeridas já podiam ter sido juntas ou arroladas com a acusação ou a contestação, exceto se o tribunal entender que são indispensáveis à descoberta da verdade e boa decisão da causa; § b) As provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas; § c) O meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa; ou § d) O requerimento tem finalidade meramente dilatória.».

¹⁷ A chamada guilty-plea anglo-americana (tradução: “declaração de culpa”) resulta na disponibilidade do objecto processual penal, ao contrário, portanto, do que é consagrado, p.e., no CPP português, art. 344º (Confissão): 1 – No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas. § 2 - A confissão integral e sem reservas implica: § a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados; § b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e § c) Redução da taxa de justiça em metade. § 3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que: § a) Houver co-arguidos e não se verificar a

E ainda: o processo penal português não afasta, mesmo por esta via, o princípio do alcance da verdade material.¹⁸ E porque não?

1º No processo penal português vigora o princípio da investigação e não o princípio inquisitório;

2º A liberdade da confissão credível, fiscalizada pelo juiz, é pois essencial;

3º O modelo processual penal português é uma fórmula de audiência e julgamento e não “inquisitória”;

4º Deve ser procurada, não uma verdade apenas formal, mas uma verdade material no sentido de válida do ponto de vista processual, uma verdade judicial. Deste modo, a sugestão de Jorge de Figueiredo Dias, não se identifica de todo com o chamado *plea-bargaining* e/ou “pedido de baixa de pena” ou “negociação de argumento”.

Vamos ver agora qual é a discricionariedade considerada como exigível do ponto de vista constitucional. Várias fronteiras se nos apresentam, pois não é admissível um acordo sobre a medida concreta da pena, o que não se confunde com “acordos sobre a sentença em processo penal”:

1º O princípio constitucional e penal da culpa, o qual está visceralmente ligado ao princípio do Estado de Direito¹⁹;

2º O respeito pelo princípio da determinação da medida da pena: a “determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”.²⁰

É também importante afirmar que já pode existir um limite máximo de pena que o tribunal se compromete a não ultrapassar na sentença. A própria lei alemã aceita esta possibilidade.²¹ O que, claro está, não viola o princípio da igualdade.

confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles; § b) O tribunal, em sua convicção, suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados; ou § c) O crime for punível com pena de prisão superior a cinco anos. § 4 - Verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova.».

¹⁸ Cfr. art. 344º CPP.

¹⁹ Cfr. art.s 1º, 13º/1, 25º/1, 26º/2 e 3, 67º/2 e 206º da CRP, não esquecendo o art. 71º/1 do CP.

²⁰ Cfr. art. 71º/1 do CP.

²¹ Cfr. § 275c (3) Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten, StPO: Strafprozeßordnung (CPP alemão): “Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.”.

Desde já também se considera que se os “acordos sobre sentença em processo penal” não violam a CRP, Constituição da República Portuguesa; a atribuição legalmente predeterminada duma atenuação especial da pena já podia violar, ela sim, o princípio da culpa.²² Já quanto aos limites máximos e mínimos da pena, é importante fazer algumas notas. O limite máximo não pode exceder a medida da culpa, nem as exigências óptimas de prevenção geral positiva; mas o limite mínimo tem de ser suficiente para possibilitar abrigo às necessidades de defesa da ordem jurídica de prevenção especial positiva ou ressocialização. Por certo é que a culpa será sempre limite máximo da pena.

Também deverá haver um acordo sobre os limites máximo e mínimo das eventuais penas acessórias. É por sua vez legítimo fazer constar do acordo sobre sentença a aplicação de uma pena de substituição de forma individualizada no que concerne a cada uma das penas de substituição.

No que se refere ao problema das medidas de segurança criminais, resta dizer que aqui não pode haver acordo sobre a sentença.

E quanto às consequências acessórias da condenação? O tribunal deverá manter a sua competência para decidir problemas como o do desconto;²³ já no que concerne à perda de instrumentos, produtos ou vantagens, não existem fundamentos absolutos que impeçam o acordo.²⁴

Enfim, bem podemos pré-concluir que não se verifica qualquer violação dos princípios constitucionais penais fundamentais que constam do actual art. 32º da CRP.²⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário do que parece sugerir o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, de 10 de Abril de 2013, o direito constitucional e processual penal português admite e permite a existência de “acordos sobre a sentença em processo penal”, mesmo que se possa considerar que, ao invés, não admite, coisa diferentes, que são “os acordos negociados de sentença”.

²² No mesmo sentido, Dias, Jorge de Figueiredo, Acordos sobre a sentença em processo penal § O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?, idem ibidem, Porto, 2011, p. 59.

²³ Cfr. art.s 80º-82º da CRP.

²⁴ Cfr. art. 109º e ss. do CP.

²⁵ Supramencionado.

Finalmente, não é uma prova proibida a obtenção da confissão²⁶ do arguido mediante um “acordo sobre a sentença em processo penal”²⁷, mesmo que se considere proibido alcançar a confissão do arguido por meio da promessa de “acordo negociado de sentença” entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar. É necessário aliás definir dum modo positivo a pena. É uma prova de vigência da norma à custa dum responsável.²⁸ Uma coisa é o “acordo sobre a sentença em processo penal”; outra, diversa, é o “acordo negociado de sentença”. Diríamos que Deus também está nos detalhes e está com mais força ainda.

Supõe-se aliás, pela positiva, que uma confissão demonstra que o autor reconheceu o seu comportamento equivocado e que, por este motivo, se espera uma ressocialização sem problemas.²⁹ É uma expectativa legítima. O direito ao acordo e o direito à ressocialização são direitos fundamentais constitucionais-constitucionais. Sendo que os crimes sujeitos a eventuais acordos poderão fazer parte dum cardápio taxativo.

Se estamos perante um crime,³⁰ é porque foi consensual – do ponto de vista do Estado de Direito social, democrático, livre e verdadeiro - existir uma dignidade constitucional para tal.

Onde acharei lugar tão apartado

Onde acharei lugar tão apartado
E tão isento em tudo da ventura,
Que, não digo eu de humana criatura,
Mas nem de feras seja frequentado?

Algum bosque medonho e carregado,
Ou selva solitária, triste e escura,
Sem fonte clara ou plácida verdura,
Enfim, lugar conforme a meu cuidado?

Porque ali, nas entranhas dos penedos,
Em vida morto, sepultado em vida,
Me queixe copiosa e livremente;

²⁶ Supõe-se que uma confissão demonstra que o autor reconheceu o seu comportamento equivocado e que, por este motivo, espera-se uma ressocialização sem problemas.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, Acordos sobre a sentença em processo penal § O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?, idem ibidem, Porto, 2011, passim.

²⁸ JAKOBS, Günther, In Strafrecht Allgemeiner Teil § Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Studienausgabe, 2. Auflage, Walter de Gruyter . Berlin . New York, 1993, p. 6.

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, In Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Funfte Auflage, Duncker & Humblot • Berlin, Alemanha, 1996, p. 894.

³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. In «A "dignidade penal" e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime», RPCC, ano 2, fascículo 2, 1992, passim.

Que, pois a minha pena é sem medida,
Ali triste serei em dias ledos
E dias tristes me farão contente.

Luís de Camões

ANÁLISE SOCIOLÓGICA EM DURKHEIM: O CRIME E O DIREITO

Daniel Aparecido dos Santos
Flávia Nathália Barbosa Santos
Mayara Brasiana inacia de Jesus Silva
Rafael Teixeira da Silva
Reginaldo da Luz Machado¹
Flavia Wegrzyn Martinez²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz uma análise das contribuições do sociólogo francês Émile Durkheim, nascido em 1858, o qual concorreu decisivamente para as Ciências Sociais moderna, a partir de seus estudos sobre a sociedade e seus principais conceitos formulados a partir desta, renovando, ao tratar de temas como suicídio, solidariedade, anomia, divisão do trabalho, coesão social, entre outros, pelo prisma sociológico.

O objetivo da pesquisa é fazer uma análise do crime e do direito na visão do sociólogo, para tanto também será conceituado outras ideias muito importantes formuladas pelo cientista, como o fato social, a solidariedade orgânica e mecânica, a anomia e o suicídio.

CONTEXTO HISTÓRICO DA SOCIOLOGIA A PARTIR DE DURKHEIM

A sociologia é basicamente uma ciência jovem com cerca de 150, 160 anos, sendo que, antes de Emille Durkheim, sociologia era chamada de física social, não tendo ainda o caráter científico proposto por este autor, conseqüentemente, não tem como falar de sociologia sem falar de Émile Durkheim.

A ideia básica sobre sociologia foi dada por Augusto Comte e aprimorada por Durkheim, no momento em que a Europa passava por um desregramento advinda de guerras e em vias de modernização, por este motivo, o século XIX caracterizou-se por profundas mudanças políticas, sociais e econômicas, pois era preciso criar um novo sistema científico e moral que se harmonizasse com a ordem cultural emergente, Quintaneiro et al; (2007, p. 66 e 67) esclarecem que: “a ideia era que a

¹ Acadêmicos do Curso de Direito, da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibiti-
FEATI

² Docente do Curso de Direito, da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibiti-
FEATI

sociedade avança no sentido gradual do aperfeiçoamento, governada por uma força inexorável: a lei do progresso”.

Durkheim escreve o livro “As regras do Método Sociológico”, neste ele inventa o que seria a sociologia, propondo esta nova ciência, a ciência da sociedade. Partindo de regras, sistematização e objetividade das ciências naturais, Durkheim cria um conceito importante e base de sua teoria, o fato social, o qual é o objeto de estudo da sociologia. “O fato social pode ser definido como qualquer coisa que nasce na sociedade e tem efeito no indivíduo” segundo, Quintaneiro et al; (2007, p. 69).

Para um fato ser estudado teria que ser relevante, delimitando o foco de estudo. Seu primeiro princípio era estudar os fatos sociais como “coisas”, a partir daí passasse a fornecer uma definição daquilo que seria normal ou patológico aplicado a cada sociedade. “O normal seria aquilo que ao mesmo tempo é obrigatório ao indivíduo e superior a ele”, o que significa que a sociedade e a consciência coletiva são entidades morais, lembrando que no conceito do cientista, sociedade não é a simples soma do indivíduo, é antes, um sistema que representa determinada realidade com características próprias, e tudo aquilo que é semelhante aos indivíduos na sociedade forma a consciência coletiva. (AJAJ, 2006, p.1)

Esta análise inicial sobre o nascimento da sociologia é colocada da seguinte forma por Fabretti (2011, p.2):

Durkheim desenvolveu seus estudos no final do século XIX e início do século XX, quando já se havia iniciado o Positivismo e Augusto Comte já havia esboçado traços da atual sociologia. Augusto Comte teorizou que o pensamento humano, antes do Positivismo, já havia passado por outros dois momentos: O Teológico e o Metafísico. O Estado Teológico era caracterizado pela crença em divindades e espíritos, através dos quais se explica os fenômenos da natureza. Já o Estado Metafísico era caracterizado por uma abstração maior, com abandono das divindades e espíritos, passando a considerar que existiam forças naturais e leis constantes que organizavam o mundo e as sociedades. O Terceiro Estado é o próprio Positivismo, onde busca-se uma compreensão científica do mundo, com a observação direta dos fatos, inspirando-se na química, física e biologia, e nesse contexto positivista que Durkheim desenvolve sua sociologia, sempre buscando uma independência e emancipação científica, bem como a definição de objetos e métodos próprios, que ainda não eram visíveis no pensamento de A. Comte-

Nos resta claro a importância de Durkheim para a efetivação da Sociologia como uma ciência autônoma, empírica, alcançada após ser pensada por ele, com objetividade e com método próprio de estudo, baseada nas ciências naturais, uma

vez que Durkheim percebeu a necessidade de se caracterizar e estabelecer um método para o estudo dos fenômenos sociais.

Para que realmente se concretizasse suas ideias era preciso que a nova ciência tivesse um objeto próprio de estudo, o que Durkheim chamou de fato social.

FATO SOCIAL

Entendemos o fato social, como toda maneira de atuar, fixa ou não, suscetível de exercer sobre os indivíduos uma coerção exterior, ou que é geral na extensão de uma sociedade, conservando existência própria, independentemente de suas manifestações individuais.

O fato social pode ser definido como “qualquer coisa que nasce na sociedade e tem efeito no indivíduo”, conforme apontam, Quintaneiro, et al; (2007, p. 62).

Para ser estudado teria que ser relevante, delimitando o foco de estudo, Durkheim então, postulou seu primeiro princípio, estudar os fatos sociais como coisas, a partir daí passa a fornecer uma definição daquilo que seria normal ou patológico aplicado a cada sociedade. Conforme lembram as autoras acima mencionadas, (2007,p. 80), normal seria aquilo que ao mesmo tempo é obrigatório ao indivíduo e superior a ele, o que significa que a sociedade e a consciência coletiva são entidades morais.

Emile Durkheim nos traz através de sua obra “As Regras do Método Sociológico” o que vem a ser o objeto da sociologia, o que ele define como fatos sociais, conceituando-o como:

É fato social toda maneira de fazer, fixa ou não, capaz de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, que é geral na extensão de uma dada sociedade que tem existência própria, independente de suas manifestações individuais. (DURKHEIM, 2012, p. 40).

Ocorre-nos então, que os chamados fatos sociais, proposto pelo autor em sua obra são, portanto, maneiras de pensar, de agir, de sentir e de fazer que existem independentemente da vontade do indivíduo por si só, pois se dão fora das consciências individuais, como exemplifica o autor:

Se eu não me submeto às convecções do mundo, se, ao me vestir, eu não dou a mínima atenção aos costumes de meu país ou de minha classe, o riso que provoço, a alienação a que me submetem, produzem, mesmo que de maneira mais atenuada, os mesmos efeitos de uma pena propriamente dita. E, ainda, o fato de ser indireta não torna a pena menos eficaz. Eu não

tenho obrigação de falar francês com meus compatriotas, nem de utilizar-me da moeda vigente; mas seria impossível agir de outra forma. Se eu tentasse escapar dessa necessidade, minha tentativa fracassaria vergonhosamente. Enquanto indústria, nada me proíbe de trabalhar com procedimentos e métodos do século passado; mas, se eu o fizer, certamente irei a ruína. Então mesmo que, de fato, eu possa me emancipar dessas regras e de violá-las com sucesso, jamais será sem a obrigação de ter de lutar contra elas. E mesmo que eu acabe por vencê-las, elas fazem sentir seu poder de coerção suficientemente pela resistência com que se opõem. Não existe inovador, mesmo as de sucesso, cujos empreendimentos não venham a se chocar com oposições desse gênero. (DURKHEIM, 2012, p. 32 e 33).

Como nos sugere Durkheim, do conceito de fato social podemos lhe extrair três características básicas, definidas a seguir:

Exterioridade

Existe independentemente da vontade do indivíduo. Se relaciona a tudo que antecede a formação deste como ser social que é, que se origina antes mesmo de sua própria existência. Não havendo assim nenhuma forma de constatar suas origens, conceitos e preceitos, pois toda essa base de fundamentos já se deu através de seus antepassados, assim quando nascem os indivíduos já são obrigados a aceitá-los. Sobre este conceito Fabretti (2011, p.5) no diz que:

Tal caráter tem o sentido de afirmar que os indivíduos ao nascerem já encontram os fatos sociais (regras, costumes, leis, religião e etc.) postos e são obrigados a aceitá-los mediante coerção social, tal qual a educação. Ao indivíduo não é dado o direito de opinar.

Generalidade

Comum a todas as pessoas da sociedade, está presente em toda parte dela, basta ter consciência para ser atingido pelo fato social. Esta característica parte de uma ação conjunta, determinante de um grupo de pessoas e assim sucessivamente prossegue por toda sociedade, como que de maneira automática. Estes fatos assim devem se repetir então, entre todos os indivíduos, senão entre a maioria deles. Por geral se entende os fatos que se repetem em todos os indivíduos ou, pelo menos, na maioria deles; o que é comum a todas as sociedades. Para constatação deste fenômeno Durkheim (1983, apud FABRETTI, 2011, p.11), afirma que: “Porém, dir-se-á que um fenômeno não pode ser coletivo se não for comum a todos os membros da sociedade ou, pelo menos, à maior parte deles, portanto, se não for geral”.

Coercitividade

Pressão que a sociedade exerce sobre a consciência do indivíduo, este fator descreve uma conduta tomada pelos integrantes de uma sociedade, para formação do todo. Por exemplo, temos por adotar costumes e tradições de um determinado local, não por estarmos sujeitos a suas leis, mas sim por uma questão de sobrevivência, assim então, entendemos por coerção, a força que leva os indivíduos agirem de um determinado modo dentro da sociedade em que vivem. Em um mundo onde a comunicação é a base de todo conhecimento, cumprimos assim todas as regras provenientes do meio em que o indivíduo age, havendo assim uma coerção coletiva.

Para melhor entendermos esta característica Durkheim (2012, p.32) nos traz:

Esses tipos de conduta ou de pensamento não são apenas exteriores ao indivíduo, mas são dotados de um poder imperativo e coercitivo em virtude do qual se impõem a quem quer que seja querendo-o ou não. Sem dúvida, quando eu me conformo por vontade própria, essa coerção não se faz ou pouco se faz sentir, sendo inútil. Mas ela não passa de uma característica intrínseca a esses fatos, prova disto é que a coerção se afirma tão logo eu tente lhe resistir. Se eu tento violar as regras do direito, elas reagem contra mim de maneira a impedir meu ato enquanto há tempo, ou tentam anulá-lo e restabelecê-lo em sua forma normal se ele já tiver sido cumprido, e se for ainda reparável, ou então, obrigam-me à expiação se esta for a única forma de repará-lo. Trata-se de máximas puramente morais? A consciência pública contém todo ato que a ofende por meio da vigilância que ela exerce sobre a conduta dos cidadãos e as penas especiais das quais dispõem.

O crime para o sociólogo, seria enquadrado na categoria dos fatos sociais normais uma vez que está presente em qualquer sociedade, por este motivo ele é genérico, e tem a finalidade de mostrar, reafirmar os valores da sociedade e manter a coesão social, o crime só passaria a ser anômico quando interferisse na integração social, no seu funcionamento normal.

A DIVISÃO SOCIAL DO TRABALHO

Durkheim em sua obra “A divisão do trabalho social” procura entender e compreender o aumento do individualismo na integração social e repercussões da divisão do trabalho.

Essa divisão tem muita relação com a coerção social que sempre está persistente em um papel predominante e importante independentemente do tipo de divisão do trabalho. Em geral, os fatos sociais são consequência da divisão do

trabalho social. Conforme o tipo de sociedade, assim aparece a forma de integração social a que Durkheim denominou “solidariedade”. Comparando as sociedades arcaicas e modernas, observa-se que a sociedade evolui de um tipo de solidariedade original ou mecânica para um tipo de solidariedade orgânica.

Durkheim coloca contra a crítica da divisão do trabalho que a ela atribui o conflito entre patrões e empregados feito pelos socialistas. Para ele toda espécie de problema resulta da ampliação das funções econômicas na sociedade. Sua principal tese é que a grande e crescente especialização dos indivíduos em suas funções possibilita a coesão e solidariedade social. As causas sociais do aumento da divisão do trabalho nas sociedades decorrem de uma combinação de fatores que envolvem o volume populacional e a densidade natural e moral da população.

Segundo Durkheim (2008), o aumento da diferenciais sociais e das especializações é o fruto de um processo de evolução das sociedades mais simples, para tradicionais, para as sociedades modernas. Com essa evolução muda também o tipo de solidariedade existente há solidariedade mecânica sendo essa integrada pelas semelhanças, já a integrada pela complementaridade das funções é chamada solidariedade orgânica. Considera a necessidade da observação e mediação do grau de ligação social entre os membros da sociedade.

CONSCIÊNCIA COLETIVA

Durkheim começou a analisar os fenômenos sociais pelos aspectos coletivos, o esforço do cientista foi perceber quais fatores contribuíam para a manutenção da ordem social, por isso ele tentou entender o papel da coercitividade social, Fabretti (2011, p. 11), afirma que: “esse aspecto de “termômetro social”, “de régua de valores”, vai dar a “consciência coletiva” um poder de coação, que vai variar conforme o grau de desenvolvimento social”, Durkheim procurou verificar a força moral que a sociedade exerce sobre o indivíduo, ou seja, ele via a sociedade como um organismo vivo, um conjunto harmônico, onde existe um bem comum, Quintaneiro et al (2007, p. 87 e 88) lembram que:

Em toda a sua obra, Durkheim procura comprovar os princípios que fundamentam sua concepção de sociedade. Esta, se nada mais fosse do que uma soma dos indivíduos que a constituem, não poderia ter valor moral superior à soma do valor moral de cada um de seus elementos. E, “se existe uma moral, um sistema de deveres e obrigações, é mister que a sociedade seja uma pessoa qualitativamente distinta das pessoas individuais que compreende e de cuja síntese é o resultado”. Por isso é que,

onde se inicia a vida do grupo - família, corporação, cidade, pátria, agrupamentos internacionais - começa a moral, e “o devotamento e o desinteresse adquirem sentido”.

A coesão social que é exercida pelas instituições sociais, traz reflexos no que Durkheim, chama de consciência coletiva, ou seja, podemos caracterizar consciência coletiva como o conjunto de crenças e sentimentos comuns à média dos membros de uma sociedade, existe difundida na sociedade e é interiorizada pelos indivíduos, manifesta-se nos sistemas jurídicos, leis.

Sobre este pensamento Fabretti (2011, p.10), pondera:

Essa consciência coletiva não se basearia nos indivíduos e grupos sociais, tampouco seria simples produto das consciências individuais, mas algo completamente diverso, é considerado por Durkheim como o tipo psíquico da sociedade, que não muda das gerações, mas sim que une uma geração à outra.

Definir este importante conceito, possibilitou a comprovação de que ao se analisar a consciência coletiva, foi possível verificar o que mantinha os indivíduos integrados no contexto social, ou seja, quanto mais extensa a consciência coletiva, mais coesa é a sociedade. Tomando a ideia de consciência coletiva, veremos que ela está intimamente ligada com o crime, como Junior (2009, p.2), reflete:

Quanto maior for a consciência coletiva, maiores a indignação com o crime, isto é, contra a violação do imperativo social, até chegar a um ponto em que a consciência coletiva se torna particularizada. Por outro lado, quando a solidariedade orgânica reina, observa-se uma redução da consciência coletiva e se constata um enfraquecimento das reações coletivas contra a violação das proibições e uma maior interpretação individual dos imperativos social.

Para compreender as formas de coesão e ao mesmo tempo compara-las, Durkheim formulou os conceitos de solidariedade social, sendo elas: a solidariedade mecânica e orgânica, Durkheim diferencia estes dois tipos de solidariedade pelo crime e pena que cada uma delas impõe.

SOLIDARIEDADE SOCIAL

A solidariedade para Durkheim tem origem a partir de dois tipos de consciência, a coletiva, conjunto de crenças comuns à média dos membros da sociedade e consciência individual, que se relaciona somente com a própria pessoa. Rocha (2008, p.81), afirma que “um dos principais conceitos da Sociologia de Emile

Durkheim é o conceito de Solidariedade. Esta importância está diretamente ligada aos conceitos subsequentes de normalidade, anomia e direito”.

Assim sendo, temos duas consciências que formam o ser social. Sobre a consciência individual, Fabretti, (2011,p.12) nos diz que: “Considerada sob esse aspecto, consciência individual é uma simples dependência do tipo coletivo, que segue todos os seus movimentos”.

Cada indivíduo possui uma consciência individual que sofre influência da consciência coletiva, que nada mais é que a combinação da individualidade de cada membro social ao mesmo tempo, sendo assim a coletividade seria responsável pela formação dos valores morais pois exercem uma pressão externa aos indivíduos. A soma das duas consciências, individual e coletiva, forma o ser social.

Durkheim entende que a coesão social e a permanência da sociedade só são possíveis a partir de um determinado consenso entre os indivíduos, o que só seria possível moldando-se a consciência individual com a consciência coletiva, de acordo com o nível de consenso é possível distinguir duas formas de solidariedade.

SOLIDARIEDADE MECÂNICA

Durkheim entende que a sociedade passa por um processo de evolução, provocada pela diferenciação social, a primeira etapa foi chamada por ele de solidariedade mecânica, típica das sociedades primitivas, o que assegurava a coesão social é fato de que os indivíduos que a integram compartilham das mesmas crenças, valores sociais, a coerção é exercida de forma repressiva, violenta, uma vez que a transgressão atinge toda a coletividade.

A Solidariedade Mecânica é típica das sociedades arcaicas pré-capitalistas, é uma solidariedade por semelhança, pois os indivíduos se diferem pouco um dos outros, identificando-se por meio de suas famílias, religião, tradições e costumes. Aos indivíduos pertencentes a essas sociedades falta a personalidade ou mesmo a individualidade, sendo que a “consciência coletiva” é um forte instrumento de coação e, conseqüentemente, “coesão” social. Nas sociedades em que esta solidariedade (mecânica) é muito desenvolvida, o indivíduo não se pertence, pois ele é literalmente uma coisa da qual a sociedade dispõe. (FABRETTI, 2011, p.11).

Na solidariedade mecânica a sociedade é, portanto, de forma geral patriarcal, extremamente religiosa, o núcleo familiar sobrevive de forma relativamente autônoma, cultivando valores tradicionais de subserviência–hierarquia familiar e social, com pouca mobilidade social, principalmente, com restrita divisão do trabalho

social ou pouca especialização. Portanto, nesse período que antecede a revolução industrial capitalista, a sociedade é “fechada” e pouco de pendente no sentido da menor especialização dos indivíduos produtivamente ativos: se há menos especialização e se as famílias são células relativamente fechadas e autônomas, a socialização e educação é nuclear, familiar e fechada, e, nesse sentido, a coerção é mais fortemente sentida, as exigências sociais parecem ter todo o peso do mundo e adquirem pouca mobilidade, e os desvios de conduta assim sancionada e punida de forma contundente, imediata e com pouca flexibilidade. Resumindo, a solidariedade mecânica pode ser entendida como um conjunto de valores, regras e normas restritas cujos limites de tolerância social são diminutos, onde se exerce de forma bastante inflexível a coerção social.

Na solidariedade mecânica o comportamento social é menos complexo pela restrita liberdade individual imposta por uma educação tradicional e religiosa bastante forte; as pessoas estão mais fortemente vigiadas, os limites de sua liberdade estão restritos, as sanções são imediatas e bastante acintosas, inexistente espaço para questionamentos e comportamentos diferenciados e pouca consciência do funcionamento social- daí a ideia de um copo social que age e reage de forma mecânica, com repetição constante e pouca variabilidade de comportamento e relações sócio-produtivas. A análise de Durkheim para solidariedade a partir do tipo de sanção legal predominante, a sanção repressiva típica do direito penal, privando o transgressor da liberdade impõe castigos físicos, perda da honra, própria de sociedade simples.

Pode se dizer que nesse período impera mais o Direito Público do que o privado, da mesma forma que o código Civil, penal aparece com mais penetração social do que o Código Civil, tanto na magnitude das normas escritas como na sua importância na regulação social. A sociedade se sente indenizada se o infrator for severamente punido e pagar seu delito com a exclusão social. Que vai da reclusão e isolamento social, inclusive da família, até a perda de bens materiais e, em muitos casos, a perda da própria vida. E essa “funcionalidade” do crime e do criminoso como forma de regulação social. A etapa final da evolução é a chamada solidariedade orgânica.

SOLIDARIEDADE ORGÂNICA

Sociedade complexa, moderna, a divisão do trabalho faz aumentar a interdependência dos indivíduos, a coesão social não está baseada mais em valores sociais, religião, mas nos códigos e normas de conduta que estabelecem direitos e deveres, predomina o direito restitutivo (reparação), o convívio se restabelece como antes da norma ser violada.

O que mantém a coesão social é a própria divisão social do trabalho, caracterizada por uma grande especialização profissional. Tal se dá, pois quanto mais independentes as instituições e especializadas, mais dependentes se tornam uma das outras, pois se necessitam mutuamente para garantir a unidade da sociedade. Durkheim a chama de solidariedade orgânica em analogia ao organismo dos animais superiores, onde cada órgão possui uma função específica, entretanto, sua unidade é tão maior quanto for a individualização das partes. Para o desenvolvimento dessa solidariedade se faz necessário um desenvolvimento individual cada vez maior- (FABRETTI, 2011, p.13).

Durkheim chamou a este relacionamento moderno, industrial, de solidariedade orgânica, orgânica no sentido de organismo mesmo, como um sistema complexo e enredado de informações e transações, onde cada órgão ou agente social sabe perfeitamente da importância de sua atividade. A solidariedade orgânica deverá corresponder outro tipo de Direito e de justiça: o Direito Restitutivo. Este tipo de direito compreende que as formas produtivas modernas levam inevitavelmente a reivindicações de âmbito mais pessoal, na procura legítima dos indivíduos, e agentes sociais de forma geral, por garantias a liberdade e igualdade. Por isso, pode-se afirmar que o Direito Privado e o Código Civil estão mais condizentes com este tipo de solidariedade correspondente a divisão do trabalho social da era moderna. Ao mesmo tempo, pode-se dizer que o sentido do sistema jurídico também tem amadurecido, e que o Direito, pelo menos em sociedades mais reflexivas e democráticas, tem procurado dar um sentido mais humanístico a suas atividades julgando com base na justiça Restaurativa.

Esta visão da justiça Restaurativa tem sido, inúmeras vezes, mal compreendida, principalmente numa sociedade ainda. Não se trata de defender o criminoso, menos ainda de esquecer a vítima ou de indenizá-la. Trata-se, antes de tudo, de compreender as circunstâncias gerais e sociais em que o crime acontece e o criminoso se produz.

Segundo Durkheim, todas as sociedades têm consciência coletiva, mas ela é

forte nas sociedades onde não existe uma diferença social muito grande (solidariedade mecânica).

ANOMIA

Como cita Barbosa (2013) em seu livro *Anomia, direito e pós-modernidade*, a palavra anomia tem origem grega. Deriva de *anomos*, onde a representa ausência, inexistência, privação de; e *nomos* significa norma.

Resultado de inúmeros fatores conceitua-se a anomia como a ausência de regras em um determinado estado social. Sem saber ao certo quais normas deve-se seguir, os efeitos dessas atitudes certamente levam a desordem na sociedade. Ainda segundo Barbosa, Émile Durkheim, considerado como o fundador da sociologia moderna, foi o primeiro a usar dessa palavra no âmbito da sociologia em seu livro *A divisão do trabalho social*.

Conforme o pensamento de Durkheim (1893), este estado é em grande medida causado pelas intensas modificações que ocorrem nas sociedades modernas e que não apresentam novos valores para colocar no lugar daqueles que por elas são derrubados.

Numa sociedade ou grupo social em anomia, faltarão uma regulamentação durante certo tempo. Não se sabe o que é possível e o que não é, o que é justo e o que é injusto, quais as reivindicações e esperanças legítimas, quais as que ultrapassam a medida. (DURKHEIM, 1893, p. 17).

Para a sociologia, o conceito de anomia desempenha um papel muito importante no estudo das mudanças sociais e das consequências que ela pode acarretar. Em um mundo de constantes mudanças, é certo que a sociedade está sujeita ao descontrole no que serve de estabilização para o desenvolvimento do grupo. Ao perderem o modo em que já são acostumados a viver, a sociedade se vê insegura, e parte diante desse fato, a comecem a adotar atitudes incoerentes e muitas vezes marginalizadas. Com a publicação do livro sobre a divisão do trabalho social, Durkheim, evidencia que para que a ordem se estabeleça é preciso muito mais do que força de vontade, precisa-se de regras impostas e realizadas pelos trabalhadores. A organização é a base fundamental para que a divisão ocorra e para estabelecer a cada indivíduo uma tarefa que se adeque ao desenvolvimento das funções.

Para Durkheim (1893), quando as normas e condutas impostas já não impedem mais o crime a sociedade deverá impor uma alteração para novas regras e leis, quando o sistema social não está funcionando corretamente a criminalidade vai aumentar. Quando não existe mais uma norma para controlar o sistema a sociedade estará com pouca coesão social e sem regras e limites, o que foi chamado para Durkheim de anomia, ou seja, atribuía tal estado de anomia à própria sociedade, que apresentava uma situação de desregramento levando os indivíduos a perderem a noção dos fins individuais e dos limites. Portanto, ele diagnosticava uma crise moral, decorrente da fragilidade da coesão social, a ser superada pela recuperação da capacidade reguladora da sociedade, em que o Estado fiscalizasse, participasse ativamente no estímulo e na regulamentação das corporações de profissionais, na organização da educação e na preservação de alguns princípios morais.

Durkheim considerava anomia, como um estágio caótico, perigoso, causada por uma mudança brusca e inesperada nas situações sociais que estão entorno da vida de determinado indivíduo, ou seja, era a ausência de normas e regras. É quando o homem está diante de uma situação que ele não encontra regras que balizem as ações que ele pretende realizar, se vê numa situação caótica, ele fica perdido porque a consciência coletiva, normas da sociedade, não regulam sua consciência individual e diante da liberdade total de sua consciência individual, o cidadão não vê limites nas suas ações, está completamente perdido. Sobre o conceito, Fabretti (2011, p.14), entende que:

Podemos afirmar que a anomia se apresenta justamente quando os sistemas sociais não mais são capazes de regulamentar a sociedade, ou seja, a anomia é a ausência de coesão social, é a ausência de uma “consciência coletiva” unitária, é a total falência dos freios sociais.

Para esse estado de doença da sociedade, a resposta social seria o direito, o qual seria editado nas sociedades complexas, por meio das instituições sociais, para enfrentar os comportamentos de desvios de costume. A crise social que passava a sociedade europeia após a Revolução Industrial para Durkheim era fruto do desregramento, falta de regra, e a ordem seria reestabelecida por meio de entidades sociais capazes de impor aos indivíduos regras de conduta e o direito era o caminho. Em sua obra *O Suicídio*, como lembra Fabretti, (2011, p. 15), Durkheim destaca que a “anomia é uma das causas do aumento no número de suicídios” e que tal fenômeno ocorria tanto nos momentos de crise, quanto nos momentos de

grande aceleração no desenvolvimento.

Essa doença é resultado da falta de regras exercida pela sociedade. São esses aspectos que levam os indivíduos a cometer atos que para eles acaba sendo normal, como por exemplo, o crime. Em uma sociedade onde não há regras, não há como controlar os atos exercidos pelas pessoas que nela se encontram, uma vez que essas regras servem para manter a sociedade em controle.

Entendemos então, que a sociedade anômica é caracterizada quando os indivíduos pertencentes a este corpo social se distanciam e descumprem a norma, as regras impostas para aquela sociedade, desta forma, Durkheim estudou e encontrou um espaço para o crime na sua teoria social.

O CRIME

O crime foi estudado por Durkheim, o qual lhe deu uma abordagem sociológica, afirmando que se apresenta em geral numa sociedade, podemos encarar o crime sociologicamente como funcional e normal, que em um determinado contexto serve como aprendizagem e de socialização de um determinado grupo social. Durkheim ressalta que o crime não se torna um fator de risco para sociedade, até o momento em que o mesmo passa a exercer uma maneira contrária a tudo que foi estabelecido.

Émile Durkheim defendia a tese de normalidade e funcionalidade, para ele o crime é um fenômeno que está em todas as sociedades, defendia a necessidade e a utilidade do crime, ou seja, “este pode ser visto como uma mostra de todos os limites de uma autoridade da consciência coletiva, bem como também serve como agente de mudança moral”. (FABRETTI, 2011, p.16).

Para Durkheim, um fenômeno, mesmo quando agride os preceitos morais, pode ser considerado normal desde que encontrado na sociedade de forma generalizada e desde que não coloque em risco a integração social, por este motivo ele considerou o crime um fenômeno normal na sociedade, uma vez que o crime é encontrado em todas as sociedades, de todos os tipos, portanto, é considerado um fenômeno que é geral na extensão da sociedade, em um determinado momento de seu desenvolvimento. Além disso, tem utilidade social, à medida que a transgressão cometida conduz a um fortalecimento dos valores feridos, por lembrar o quanto é repudiada. Com relação a questão do crime, Durkheim (1978, p. 58) afirma:

Encarar o crime como uma doença social sereia admitir que a doença não é algo acidental mas ao contrário, que em certos casos deriva da constituição fundamental do ser vivo... Não há dúvida de que o próprio crime pode apresentar formas anormais; é o que acontece quando, por exemplo, atinge taxas exageradas. Não há dúvida, também, de que tal excesso é de natureza mórbida. O que é normal é a existência da criminalidade, desde que, para cada tipo social, atinja e não ultrapasse determinado nível.

Diante dessa afirmativa, podemos dizer que Durkheim tomou uma posição clara frente ao crime, ao afirmar que este seria normal dentro da sociedade, porém, esta ideia não era absoluta, uma vez que ao interferir na integridade social, ultrapassando certo nível, ou seja, sua generalidade, o crime passava a ser entendido por Durkheim como anormal, patológico.

Como cita Fabretti (2011, p.15) “o pensamento de Durkheim em relação ao crime foi certamente renovador e trouxe outros pontos de reflexão à sociologia crimina”l. O crime para o sociólogo, seria enquadrado na categoria dos fatos sociais normais uma vez que está presente em qualquer sociedade, por este motivo ele é genérico, e tem a finalidade de mostrar, reafirmar os valores da sociedade e manter a coesão social, o crime só passaria a ser anômico quando interferisse na integração social, no seu funcionamento normal. Em “As Regras do Método Sociológico”, Durkheim, (1983 apud FABRETTI, 2011, p. 15), fala sobre seu entendimento a respeito da normalidade do crime:

Se há um fato cujo caráter patológico parece incontestável é sem dúvida o crime. Todos os criminólogos estão de acordo sobre esse ponto. Apesar de explicarem esta morbidez de maneira diferentes, são unânimes na sua constatação. Contudo, o problema merecia ser tratado com menos superficialidade. “Com efeito, apliquemos as regras precedentes. O crime não se produz só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades, qualquer que seja o tipo destas. Não há nenhuma em que não haja criminalidade. Muda de forma, os atos assim classificados não são os mesmos em todo o lado; mas em todo o lado e em todos os tempos existiram homens que se conduziram de tal modo que a repressão penal se abateu sobre eles.

O crime está difundido em toda e qualquer sociedade, não existe sociedade em que as regras de conduta não são transgredidas, até porque o homem é um ser social como dizia Aristóteles, como lembra Fabretti, (2011, p. 17) e neste contexto social, “tendo dois ou mais indivíduos haverá conflitos, e a medida que a sociedade evolui o índice de criminalidade também aumenta, por este motivo Durkheim entende que o crime não perde seu caráter de normalidade”. Então o crime de acordo com ele pode ser definido como o ato que ofende os estados fortes e

definidos da consciência coletiva.

Fabretti (2011, p.18) nos coloca que o “crime é normal porque uma sociedade isenta de crime seria impossível”, e deixa o questionamento, quando o desvio de conduta seria considerado anômico, patológico, anormal?, para Durkheim, o crime seria considerado patológico se atingisse níveis elevados e se colocasse em risco a integração, a coesão, o funcionamento normal da sociedade. Nesta vista, Durkheim considera o crime como algo útil: “O crime é, portanto, necessário; está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social e, precisamente por isso, é útil; porque estas condições a que está ligado são indispensáveis para a evolução normal da moral e do direito”. Fabretti, (2011, p.20). O criminoso é apenas um regulador da vida em sociedade.

Destarte, quando o delito passa a oferecer riscos para sociedade e ao bem-estar comum de todos, assume-se uma nova conduta em relação ao indivíduo que, ao adotar o crime de forma não consciente, causaria danos a sociedade, havendo assim a necessidade da intervenção por meio das leis, pois Durkheim prescreve um determinado índice de normalidade em relação ao crime, mas que, quando violado ultrapassa tais limites, impondo assim até mesmo a perda da própria identidade social.

Durkheim, neste sentido cogita conceitos relacionados ao direito penal, quando ele cita que o crime é uma ameaça a consciência coletiva, nesta perspectiva, a reação ao crime é a pena, na medida em que ele estuda os fatos sociais e considera o direito como um fato social, este tem uma responsabilidade de manter a ordem social, a tão desejada sociedade ideal, mas para que isso aconteça é necessário estipular regras sociais, Durkheim então retrata que a lei é o caminho para alcançar este objetivo.

Sendo assim, entendemos que a lei, impõe seguimentos a serem seguidos e adotados por todos, sobre a sociedade a qual é aplicada, pois o cumprimento das leis também se torna uma forma de coerção sobre os indivíduos, em um dado momento em que a punição dos demais, ocasiona uma ação mais cautelosa e consciente por parte de todos, pondo-se assim um conhecimento acerca dos fatos, uma vez que o descumprimento das leis e suas normas pré-estabelecidas, resulta em consequências.

Como nos lembra Albuquerque (2009, p.8), Durkheim entendia que o indivíduo em sociedade estava sujeito a pelo menos dois tipos de sanções: as

espontâneas e as jurídicas:

As sanções espontâneas são as reprovações de atitudes consideradas inadequadas, mas que não causam tanto horror quando ocorrem. As sanções espontâneas ocorrem informalmente e servem como modelo de conduta cotidiana. As sanções jurídicas são aquelas fixadas formalmente e refletem desvios de conduta considerados mais graves. Para Durkheim, as sanções jurídicas cristalizam o sentimento de repúdio da sociedade em relação a determinado ato.

Entendemos então segundo a teoria de Durkheim que, a pena deve ser vista também como um fato positivo, com o objetivo de reforçar os laços entre os indivíduos, mantendo intacta a coesão social, uma vez que o crime não é patológico, a pena também não pode ser considerada o remédio, eis que ele atua como agente de evolução moral da sociedade, mais vale então a pena retributiva características das sociedades modernas do que as penas retributivas típicas das sociedades arcaicas.

O SUICÍDIO

A obra o Suicídio, foi publicada em 1897, quando Emile Durkheim tinha 39 anos de idade, foi escrita com o intuito de estudar a particularidade de um fenômeno relevante, bem como para comprovar a própria possibilidade de uma ciência social, pois quando da publicação, a Sociologia, não havia alcançado um status acadêmico indiscutível, ou seja, para que a Sociologia fosse possível era preciso antes de tudo que ela tivesse um objeto, antes de tudo que ele fosse só dela. (FERNANDES, 2009), reflete que o suicídio trata de um assunto considerado psicológico, abordado polemicamente por Durkheim como fenômeno social. Sua intenção era provar a tese de que o suicídio é um fato social, uma forma de coerção exterior e independente do indivíduo, estabelecida em toda a sociedade e que, portanto, deveria ser tratado como assunto sociológico, Fernandes em seu artigo de 2009, nos informa que se suspeitava que Durkheim “teria se interessado pelo assunto após o suicídio de um amigo íntimo e que isso teria afetado também nas classificações do suicídio, pelo menos na forma que chama de egoísta”.

Um dos fatos mais íntimos do comportamento humano, o suicídio, foi proposto estudar cientificamente com dados, demonstrando que sobre ele pode haver uma determinação social, externa ao indivíduo, Durkheim (2014, p. 34)

“pensava que o estudo sociológico do suicídio daria a oportunidade de aplicar os princípios de as Regras do Método Sociológico”.

O sociólogo propôs estudar um grande tema que à primeira vista não pareceu sociológico, procurou falar sobre pessoas que se matam. Quando se falava em suicídio sempre se pensava em termos psicológicos, Durkheim pensava que o suicídio até poderia ter uma dimensão psicológica, porém isso não queria dizer que era apenas psicológico, também era um fato social, ele então volta-se seus estudos com o intuito de provar tal teoria.

O objeto de estudo de Durkheim foi uma região da França, zona rural e zona urbana, Lima (2013) ministra aula ensinando que, amparado por estatísticas oficiais do governo para verificar como as taxas de suicídio se comportavam nestes dois ambientes, Durkheim procurou a partir dali traçar suas conclusões, a ideia era pegar as taxas de suicídio e relaciona-las com a integração da sociedade.

As descobertas a partir dos estudos foi que as pessoas se matavam mais em áreas urbanas e a maioria eram protestantes, doravante, Durkheim propôs que o motivo do maior número de suicídios na cidade indicava que os laços com a comunidade eram enfraquecidos, onde, a sociedade não consegue enxergar o seu poder coercitivo de manter o indivíduo vivo, diferente do que ocorria na zona rural, em que a integração entre as pessoas era maior, sentiam-se mais amparadas. Sobre esta ideia, (Durkheim, 2014, p.149), afirma que:

Chegamos, por tanto, a esse primeiro resultado, de que a propensão do protestantismo ao suicídio deve ter relação com o espírito de livre exame de que é animado essa religião. Esforcemo-nos para compreender direito essa relação. O próprio livre exame não é senão efeito de outra causa. Assim, se é correto dizer que o livre exame, uma vez proclamado, multiplica os cismas, é preciso acrescentar que ele supõe e deles deriva, pois só é reclamado e instituído com o princípio para permitir que cismas latentes ou semideclarados se desenvolvam mais livremente. Por conseguinte, se o protestantismo dá mais espaço ao pensamento individual do que o catolicismo, é porque ele conta menos crenças e práticas comuns. Ora, uma reunião religiosa não existe sem o credo coletivo, e é tanto mais uma e forte quando esse credo é mais amplo.

Conclui-se então que a superioridade do protestantismo do ponto de vista do suicídio decorre do fato de que ele é uma igreja menos profundamente integrada do que a igreja católica.

Durkheim verificou três tipos de causas sociais para o suicídio, verificando que não há um suicídio, mas suicídios, conforme segue:

Suicídio anômico

Pode ser considerado o desregramento social, onde as instituições sociais não cumprem seu papel. Se verifica uma perda de respeito das pessoas, as normas que advêm das instituições que deveriam manter a sociedade unida não funcionam, ou seja, o indivíduo se sente isolado da sociedade por conta de uma crise moral com ela.

Movimentos que não são regrados não se ajustam nem uns aos outros nem as condições as quais devem responder; portanto não podem deixar de se entrecrocarem dolorosamente. Seja progressiva seja repressiva, a anomia, libertando as necessidades da medida conveniente, abre a porta as ilusões e, por conseguinte, as decepções. (DURKHEIM, 2014, p. 282).

Suicídio egoísta

Ocorre quando o indivíduo não vê razão de ser na sociedade, o coletivo perde o sentido, busca-se apenas seus objetivos pessoais, as aparências valem mais, o indivíduo se isola da sociedade.

À indolência para a ação e o desinteresse melancólico resultam do estado de individualização exagerada pela qual definimos esse tipo de suicídio. Se o indivíduo se isola, é porque os laços que o uniam aos outros seres se afrouxaram ou se romperam, é porque a sociedade, nos pontos de contato entre ambos, não está solidamente integrada. Esses vazios que separam as consciências e as tornam estranhas umas às outras decorrem precisamente do afrouxamento da trama social. O suicídio egoísta vem necessariamente acompanhado de um grande desenvolvimento da ciência e da inteligência refletida. (DURKHEIM, 2014, p. 279).

Suicídio Altruísta

O indivíduo comete suicídio em nome da sociedade, não lhe falta algo nem mesmos e encontra em estado de melancolia, mas o que prevalece é o senso de dever com a sociedade.

O suicídio altruísta, implicam um certo dispêndio de energia. No caso do suicídio obrigatório, essa energia é posta a serviço da razão e da vontade. A pessoa se mata porque sua consciência ordena; ela se submete a um imperativo. Assim, seu ato tem como nota dominante a firmeza serena dada pelo sentimento de dever cumprido. (DURKHEIM, 2014, p. 281)

O suicídio sempre é próprio de um homem que prefere a morte que a vida. Mas as causas que o determinam não são da mesma natureza em todos os casos, as vezes até são opostas entre si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Émile Durkheim, através da observação, propôs trazer para a sociologia um caráter científico, racional, sistematizado, metódico, com o intuito de formular leis para reorganizar a sociedade desordenada em que ele vivia, trazendo grandes contribuições para a humanidade.

Seus conceitos colocam a sociedade em primeiro plano, e o indivíduo deve a todo o momento adaptar-se e cumprir as regras estabelecidas, visto que um indivíduo só tem valor se estiver inserido no contexto social, sendo a sociedade que confere sentido a sua existência.

Ao definir o objeto de estudo da sociologia, o fato social, ou seja, os modos de pensar, sentir, agir e as caracterizando como exteriores ao indivíduo, genéricos na sociedade e coercitivos, deu uma nova visão ao crime e ao direito. O crime como sendo considerado normal e necessário, por estar presentes em toda e qualquer sociedade e não diminuir com a evolução desta, pelo contrário, aumentar, à medida que a sociedade evolui, e necessário por ser o caminho para a evolução moral e do direito, garantindo assim uma nova concepção de direito, visto como ferramenta para impor limites ao individualismo e resolver os conflitos gerados pela sobreposição de interesses na divisão do trabalho, ou seja, cumpria o papel de proteger a solidariedade orgânica pensada por Durkheim.

Apresentando-nos então sua posição perante o crime o que segundo Durkheim, poderia ser visto como um fator normal, mas estabelecendo limites entre o que até então seria normal, e o que já acarretaria um descontrole social, pois conclui que a sociedade deve funcionar como um todo, onde um é dependente do outro, fazendo assim com que todos hajam em prol do bem comum, na busca de um bem-estar social elevando a importância da sociedade ser regida por normas e leis, como cabe ao próprio direito, pois se trata de uma questão de se organizar a sociedade, para que não acarrete a perda de seus valores e o declínio da mesma, pois uma sociedade sem regras, desorganizada fica à mercê da criminalidade e da própria interferência, pois não se encontraram mais formas de evolução e crescimento.

O olhar diferenciado com que Durkheim tratou o crime trouxe vários conceitos para a época a partir da relação que o sociólogo fez com a consciência coletiva, afirmando que só se enquadrava como crime os atos que ofendiam a consciência coletiva com muita intensidade. Após, elaborara a teoria da solidariedade com o

intuito de descobrir como os indivíduos constituem a sociedade, Durkheim postulou várias conceitos ligadas a esta ideia como a normalidade, anomia, crime e direito, uma vez que ele dividiu a teoria da solidariedade em duas, a solidariedade mecânica e orgânica, para diferenciar estes dois tipos de solidariedade Durkheim as caracterizou pelo tipo de direito presentes em cada uma delas, o direito repressivo que pune as faltas e os crimes severamente e o direito restitutivo que garantia a normalidade a partir da reparação da ofensa a outrem, baseado no sentimento de justiça, neste tipo de solidariedade, outros ramos do direito são mais acionados como o direito civil, postulando assim sua teoria sobre o crime.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Rossana Maria Marinho. **A Acepção Durkheimiana do crime**, 2009. Disponível em: <<http://revista.seune.edu.br/index.php/op/article/view/5>>, acesso em: 21 de maio de 2016.

AJAJ, Claudia. **Sociologia Jurídica sob a ótica de Durkheim**. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3026/Sociologia-Juridica-sob-a-otica-de-Durkheim>>, acesso em 12 de maio de 2016

CORREIA, Sérgio Luís de Castro Mendes. **O conceito de crime em Durkheim**. Disponível em:< www.agu.gov.br/page/download/index/id/584648>, acesso em: 05 de maio de 2016.

BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Marcia Gardenea Monteiro de; QUINTANEIRO, Tania. **Um Toque de Clássicos: Marx, Weber e Durkheim**. Belo Horizonte: editora UFMG, 2. ed. 2007.

DURKHEIM, Émile. **O Suicídio: Estudo de sociologia**. São Paulo: Edipro,2014.

DURKHEIM, Émile. **As regras do Método Sociológico**. São Paulo: Edipro,2012.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **A Teoria do Crime e da Pena em Durkheim: uma concepção peculiar do Direito**. Disponível em:<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/humbertorevisado.pdf> , Acesso em: 05 de maio de 2016.

FERNANDES, Amanda Noronha. Disponível em:><http://www.webartigos.com/artigos/o-suicidio-emile-durkheim/24750/><, acesso em, 10 de Maio de 2016.

JUNIOR, Silvio Pinto Ferreira. **As ideias de Durkheim relacionadas ao desenvolvimento: uma análise sociológica**.<Disponível em: <http://diversitas.ffiich.usp.br/files/Silvio%20Pinto%20Ferreira%20Junior.pdf>>, acesso em 21 de maio de 2016.

MARCIO, Claudio. **Resenha:** O Suicídio de Durkheim.2011[em]: http://teologandonaserra.blogspot.com.br/2011/02/resenha-o-suicidio-de-durkheim_04.html, acesso em 10 de Maio de 2016.

LIMA, Robson. **Durkheim II** - O Suicídio e as Formas Elementares de Vida Religiosa. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cjShWnRY5xA>, acesso em 14 de maio de 2016.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia Jurídica:** Fundamentos e Fronteiras. Rio de Janeiro: 2. ed. Campus Jurídicos, 2008.

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Hayllah Gabriela Oliveira Siqueira
Junior Evaldo Goltz
Luciano Bruno Figueiredo
Pâmela Karina da Silva Matozinho

INTRODUÇÃO

A temática aqui apresentada está vinculada à área do Direito, que visa argumentar sobre a estabilidade provisória da gestante como direito fundamental.

Devido ao tema ser de grande relevância e pouco explorado pelos acadêmicos desta faculdade, despertou-se a curiosidade, o interesse de pesquisar e entender a importância deste assunto.

Objetivou-se com essa pesquisa investigar dados históricos, suas modalidades e a norma constitucional que fundamenta a importância da estabilidade da gestante no ambiente acadêmico enfatizando os resultados relevantes desta proposta.

Atenta-se, em primeiro momento, ao conceito e breve histórico relacionado à estabilidade.

No segundo momento, enfatiza-se sobre as modalidades de estabilidade provisória.

Em terceiro e último momento discorre-se sobre a estabilidade provisória da gestante como direito fundamental, seguido da justa causa e suas consequências.

Nas considerações finais, frisa-se a relevância do tema abordado, como ponto de partida à abertura para novos horizontes, bem como para novos estudos que dele se desenvolverão, contribuindo, inclusive, para uma visão ampla e desmistificada quanto à estabilidade provisória da gestante que não é novidade em nosso ordenamento jurídico e que a gestante, em virtude do estado gravídico que se encontra, recebe proteção do Estado a fim de resguardar seu emprego, evitando despedidas sem justa causa.

Logo, tem-se esse trabalho não como um fim em si, mas como o primeiro passo, para uma série de pesquisas complementares, sendo também importante a sua contribuição para a formação intelectual do saber jurídico.

CONCEITUAÇÃO E BREVE HISTÓRICO DA ESTABILIDADE

A ideia de estabilidade surgiu através do serviço público, tendo como viés a necessidade técnico-atuarial de suprimento de fundo às instituições de previdência social, visto que a permanência no emprego se tornava uma base segura para a continuidade das contribuições.

Conforme relata Gomes e Gottschalk (2008), desde a Constituição de 1824 a estabilidade já havia sido prevista no art. 149, continuando assim na Constituição de 1891, em seu art. 76, sendo que os servidores públicos passaram a ter direito à estabilidade com a lei n°. 2.924, de 1915, ficando proibida a dispensa após dez anos de serviço.

A primeira norma que efetivamente tratou da estabilidade no setor privado foi o Decreto-Lei Eloy Chaves n°.4.682, de 24 de janeiro de 1923, instituindo estabilidade a partir de dez anos de serviço para os empregados das empresas de estradas de ferro. Posteriormente, a estabilidade foi estendida a outras categorias profissionais.

Avançando um pouco na história, a Constituição de 1937, no art. 137, faz referência ao trabalho contínuo, cessação das relações de trabalho e indenização proporcional ao tempo de trabalho.

Em 1943 a CLT, disciplinou a estabilidade nos artigos 492 a 500, veja-se, por exemplo, alguns:

Art. 492 - O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

Art. 495 - Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Com a promulgação da Constituição de 1946, reconhecia-se ao trabalhador, no inciso XII, do art. 157 a estabilidade na empresa ou na exploração rural. Já a Constituição de 1967 estabeleceu um sistema alternativo entre estabilidade ou fundo de garantia, um sistema optativo, afirma Martins (2009).

E, por fim, Gomes e Gottschalk (2008) lecionam que a Constituição de 1988 é omissa a respeito da estabilidade, falando apenas em fundo de garantia por tempo de serviço (art., 7º, III), deixando à lei Complementar a possibilidade de regular outros direitos (art.7º, I). Por outro lado, a lei nº. 8.036/90 ressalva o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da atual Constituição, já tinham o direito à estabilidade no emprego (art. 14).

Não é fácil conceituar estabilidade, pois o conhecimento profundo de qualquer instituto jurídico não se alcança mediante simples definição literal.

Para melhor entendimento, veja-se conceito trazido por Martins (2009, p. 399/400):

A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação em lei em sentido contrário. Para o empregador, é a proibição de dispensar o trabalhador, exceto se houver alguma causa prevista em lei que permita a dispensa. O empregador incorre numa obrigação de não fazer, de manter o emprego do obreiro.

Martins (2009, p. 399) continua a respeito da “denominação de estabilidade”:

Estabilidade vem do latim *stabilitas, tatis*, de *stabilire* (fazer firme). Num sentido genérico tem significado de solidez, firmeza, segurança. Não se pode dizer que exista uma estabilidade absoluta, pois a justa causa, o motivo de força maior ou outras causas previstas em lei podem determinar o fim do contrato de trabalho. A estabilidade econômica diz respeito aos meios indispensáveis para que o trabalhador possa subsistir, podendo dizer respeito até mesmo ao salário mínimo. A estabilidade jurídica diz respeito à impossibilidade de dispensa do empregado, salvo nas hipóteses indicadas em lei.

A estabilidade é a antítese de outros institutos, como o aviso prévio e a indenização que partem do pressuposto de que o emprego pode ser dispensado. A estabilidade afirma o direito ao emprego.

AS MODALIDADES DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA

Estabilidade provisória é o período em que o empregado tem seu emprego garantido, não podendo ser dispensado pela vontade do empregador, salvo por justa causa ou força maior.

A Lei prevê algumas modalidades de estabilidade, como a do cipeiro, do dirigente sindical, do dirigente de cooperativa, do acidentado, da gestante, bem

como aquelas decorrentes de acordos e convenções coletivas. A fim de melhor entendimento sobre o assunto, cabe, por oportuno, aludir breves considerações sobre tais modalidades.

Com relação ao cipeiro, entende-se que de acordo com o artigo 10, inciso II, alínea "a" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, o empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura, até um ano após o final de seu mandato, não pode ser dispensado arbitrariamente ou sem justa causa.

A garantia de emprego do dirigente sindical está amparada pelo artigo 543, parágrafo 3º da CLT e pelo artigo 8º da Constituição Federal, os quais orientam que não pode ser dispensado o empregado sindicalizado ou associado, a partir do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical, ou associação profissional até um ano após o final do seu mandato, caso seja eleito até mesmo como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos da legislação.

Já o dirigente de cooperativa possui amparo pela Lei nº 5.764/71, a qual em seu art. 55 prevê que os empregados de empresas que eleitos diretores de sociedades cooperativas por eles mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais, o que decorre do art. 543 da CLT, ou seja, desde o registro da candidatura até um ano após o término de seu mandato.

Conforme rege o artigo 118 da Lei nº 8.213/91, o segurado que sofreu acidente de trabalho tem, pelo prazo de doze meses, a manutenção garantida de seu emprego após a cessação do auxílio-doença acidentário, independente de pedir e receber o auxílio-acidente. Significa dizer que tem garantido o emprego o trabalhador que recebeu alta médica, após o retorno do benefício previdenciário.

Mediante acordos e convenções coletivas os sindicatos têm trabalhado no sentido de assegurar aos empregados a garantia de emprego e salários, existindo como exemplo criados a estabilidade aos empregados que estão em vias de aposentadoria, aviso prévio, complementação de auxílio-doença e estabilidade da gestante (DINIZ, 2005).

Assim, o empregador deverá verificar junto ao sindicato as garantias asseguradas à categoria profissional a qual fazem parte os seus empregados, visto que as situações apresentadas podem não assegurar todas as profissões, mas, caso haja acordo, é obrigatória a sua observação.

Por fim, segundo o artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, é assegurada à empregada gestante a estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Como leciona Nascimento (1999), este é o grupo de trabalhadores que exige tutela diferenciada pelo ordenamento jurídico, tanto que atualmente tal direito está previsto como direito fundamental.

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal prevê em seu artigo 7º, I, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Logo, cumpre ressaltar que até que seja elaborada tal lei complementar fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, pelo que dispõe o artigo 10, II, alínea "b", do ADCT.

Constata-se, portanto, que a estabilidade provisória da gestante foi elencada como um direito fundamental, e, por isso, a importância de discorrer sobre o que são os direitos fundamentais e seus reflexos.

Segundo Galindo (2009) os direitos fundamentais são a posituação dos direitos humanos em determinado ordenamento jurídico ou a nível internacional, e, nesse mesmo sentido, entende Miranda (1993, apud OLSEN, 2008), pois leciona que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos em uma Constituição.

Assim, para a existência dos direitos fundamentais, necessário se faz positiva-los em determinado ordenamento jurídico, como bem ocorreu na legislação brasileira, a qual ratificou os direitos humanos através da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, no momento em que o Estado confirmou tais direitos, passou a ser o ápice de proteção, onde além de prever os direitos aos seres humanos, deve respeitá-los e protegê-los, estabelecendo formas para que efetivamente esses direitos sejam assegurados (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

Mas, o que realmente deve-se destacar é que, quando certo direito é elencado como fundamental, incumbe ao Estado a responsabilidade de impor meios para que este preceito fundamental não seja violado, como destaca Clève (2003, apud OLSEN, 2008):

Pois bem, esses princípios, esses objetivos, esses direitos fundamentais vinculam os órgãos estatais com um todo. [...] vinculam o Legislador, que haverá de legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes.

Entretanto, esse dever de proteção que recaiu sobre o Estado não diz respeito somente aos poderes públicos, mas também aos cidadãos, os quais deverão ser penalizados caso venham a descumprir normas fundamentais, nessa perspectiva assevera Olsen (2008, p. 93):

Outro aspecto relevante para o presente estudo, relacionado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz respeito à função de proteção por eles determinada, no sentido de que incumbe ao Estado o dever de proteger o seu exercício, não somente em relação às ingerências dos poderes públicos, mas até mesmo em relação às ingerências dos próprios particulares.

Consequentemente, ao constituir a estabilidade provisória da gestante como um direito fundamental, encarregou-se o Estado da obrigação de punir aqueles que infringirem tal norma constitucional.

Em vista disso, o Estado estabeleceu que o empregador não pode, exceto casos previsto em lei, dispensar a empregada gestante, vez que será punido mediante a ordem de reintegra-la no cargo que pertencia ou indeniza-la, caso a reintegração não ocorra, como prevê os seguintes artigos da CLT:

Art. 495 - Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Segundo Martins (2007), a Constituição assegura o emprego à gestante, e não a indenização, essa só será imposta quando for desaconselhável a sua reintegração.

Todavia, como todo direito, a estabilidade provisória da gestante não é absoluta, posto que nas situações de justa causa o empregador poderá rescindir o contrato de trabalho sem os encargos supramencionados.

JUSTA CAUSA

Antes de adentrar-se ao estudo das consequências da dispensa da empregada estável sem justa causa, devem ser realizados alguns comentários aos tipos de justas causas previstas na legislação consolidada e esparsa.

A justa causa ocorre quando o empregado comete falta grave que afeta o normal cumprimento do contrato de trabalho, e que por este motivo permite a extinção do vínculo empregatício.

Importante ressaltar que há divergência doutrinária quanto à natureza do rol de justas causas previstas na CLT, alguns doutrinadores afirmam tratar-se de rol apenas exemplificativo e que permitiria, dependendo da análise do caso concreto, a verificação de faltas não previstas na legislação.

Para outros, e neste ponto acompanhados pela jurisprudência, a CLT, ao prever as faltas que configuram justa causa, agiu de forma taxativa, não podendo ser alegada situação não prevista em lei. Para tal fundamento, buscam sua base no princípio da legalidade, com equivalência no Código Penal, pois por ser uma sanção imposta ao trabalhador, somente será legítima se prevista em Lei.

A título de comprovação, destaca-se jurisprudência relacionada ao assunto:

A legislação trabalhista adota critério taxativo no que se refere à tipificação das infrações passíveis de serem cometidas pelo empregado, e que podem constituir justa causa à ruptura contratual pelo empregador, a qual deve ser provada de forma inequívoca, ônus que incumbe à reclamada, na forma do artigo 482 da CLT.

(AIRR - 1666-62.2013.5.09.0662, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/09/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015). (JURIS PLENUM OURO, 2015).

Dessa forma, as figuras que caracterizam justa causa estão previstas na CLT e em leis esparsas, sendo a improbidade, incontinência de conduta, mau procedimento, negociação habitual, condenação criminal sem sursis, desídia,

embriaguez, violação de segredo, indisciplina, insubordinação, abandono de emprego, ato lesivo à honra e boa fama, ofensa física e prática contínua de jogos de azar, sendo que, para uma melhor compreensão do tema, importante ressaltar sobre cada uma destas modalidades.

A improbidade é um ato lesivo ao patrimônio da empresa, de companheiros de trabalho ou de terceiros, desde que relacionado com o trabalho. Exemplo: furto, extorsão, falsificação de horas extras, etc.

A improbidade exige, segundo Gomes e Gottschalk (2004), o dolo específico do “*animus furandi*”, o locupletamento do infrator e o prejuízo da vítima.

Incontinência de conduta seria comportamento irregular do trabalhador, especificamente ligado à violação da moral sexual. Um exemplo seria a prática de atos sexuais na empresa, assédio sexual, entre outros.

A justa causa por mau procedimento tem uma abrangência maior do que a causa anterior, vez que se traduz em um comportamento irregular do trabalhador incompatível com as normas do senso comum, da moral média, tendo como exemplo a utilização de veículo da empresa para uso pessoal. (FREDIANI, 2011).

Gomes e Gottschalk (2004, p. 370) distinguem mal procedimento e incontinência de conduta da seguinte forma:

A incontinência de conduta e o mau procedimento distinguem-se pela extensão física do ambiente em que a falta é praticada, e assemelham-se por se tratar de faltas inerentes ao modo de ser da pessoa, suas relações para com terceiros, a conduta, enfim, do indivíduo. Não é rica a casuística relativa à incontinência de conduta. De modo geral, reveste-se a forma de uma conduta anômala do empregado em face da comunidade em geral, ao passo que o mau procedimento seria essa mesma conduta no âmbito e em face do grupo social da empresa.

Em palavras mais singelas, as duas figuras se assemelham por serem condutas inadmissíveis pelo homem médio, a serem tomadas em sociedade. A diferença consiste no fato de que o mau procedimento é qualquer fato violador da norma moral e ética, enquanto a incontinência de conduta fica restrita a ato violador da moral sexual.

Negociação habitual é o ato costumeiro praticado pelo empregado de negociar ou comerciar. Nesse sentido Nascimento (2011, p. 404) tece breve comentário sobre a origem histórica do presente dispositivo, segundo o autor “trata-

se de uma figura que encontra as suas raízes no Código Comercial de 1850, tanto assim que a expressão negociação habitual é comercial”.

Conforme doutrina e jurisprudência, é exigida para a configuração da causa acima analisada, que incida a concorrência com o empregador e que a negociação fira o dever de fidelidade existente no contrato de trabalho.

Ainda, há exigência de que, quando não importar concorrência à empresa, o ato de negociação ocorra em horário de trabalho, pois nesta circunstância importaria, também, prejuízo para o empregador.

Por fim, é importante considerar que a lei, ao proibir a negociação habitual, não se referiu à situação onde o empregado, porventura, possua outro emprego e deste emprego não resulte prejuízo à empresa, bem como, os casos em que o próprio empregador autorize tal prática.

A condenação criminal sem sursis trata-se de justa causa com razões claras, pois o trabalhador condenado sem o recebimento do benefício do sursis (suspensão condicional da pena) não tem como se dispor a trabalhar na empresa.

Ademais, não é necessário que o objeto da condenação tenha ligação com o trabalho, ou tenha ocorrido na empresa, necessitando, apenas, o trânsito em julgado da sentença.

Por outro lado, tendo em vista as hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, previstas no Código Penal (artigo 44), tem-se que também são razões que podem afastar a configuração da justa causa, desde que seu cumprimento não importe prejuízo à execução do serviço ou à empresa.

A desídia ocorre quando o empregado exercita suas funções com negligência, violação do dever de diligência, faltando com zelo e vontade necessária. Nessa perspectiva conceituam SAAD, Gabriel; SAAD, Duarte; e Branco (2013, p. 668):

Ocorre quando o empregado, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia prova, na maioria dos casos, através de atos repetidos, admissível a sua caracterização com um único ato.

Como se percebe, trata-se de justa causa que necessita de habitualidade para sua caracterização, sem prejuízo de, no caso concreto, levando em conta a gravidade do ato de desídia, que se configure em apenas um ato.

A embriaguez que caracteriza justa causa é a realizada por bebidas alcóolicas e tóxicos. No que se refere à embriaguez, não é requisito que ocorra no local de trabalho, mesmo fora, se refletir no serviço, é motivo para dispensa. Contudo, basta que o empregado compareça uma única vez embriagado ao serviço para que a falta configure.

No entanto, deve se atentar o empregador que o alcoolismo, modernamente, é reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde, devendo ser tratado e não repreendido.

Para tanto, veja-se posicionamento da jurisprudência:

Por sua vez, hodiernamente, o alcoolismo é considerado uma doença pela Organização Mundial da Saúde (OMS), formalmente reconhecida pelo Código Internacional de Doenças (CID - referência F-10.2), e se recomenda que o assunto seja tratado como matéria de saúde pública. Com efeito, presume-se discriminatória a ruptura arbitrária do contrato de trabalho, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física, psíquica e moral decorrente da síndrome de dependência do álcool, que, regra geral, é vista com preconceito e discriminação no seio da sociedade.

(AIRR - 1666-62.2013.5.09.0662, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 16/09/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/09/2015). (JURIS PLENUM OURO, 2015).

Nota-se, portanto, que a jurisprudência vem se declinando pela afirmação de que o alcoolismo crônico é uma doença, e se o empregador, ao dispensá-lo por justa causa não demonstrar concretamente os motivos, presumir-se-á que a dispensa ocorreu por discriminação (Súmula 443, TST), sendo devida a reintegração do trabalhador mais os salários que deixou de perceber.

Para a configuração da justa causa de violação de segredo não é qualquer segredo que a configura. Deve o empregado divulgar segredo de que tomou conhecimento em razão de sua função, bem como, de que a revelação possa causar prejuízos para a empresa. Ex.: divulgação dos planos da empresa para uma concorrente.

Indisciplina ocorre quando o empregado não cumpre normas da empresa de cunho geral, ordens estas fixadas em portarias, regulamentos internos, circulares, etc. Exemplo seria o não cumprimento do horário de entrada.

Na insubordinação, ao contrário da justa causa anterior, onde o desrespeito é à norma de cunho geral, nesta o empregado não cumpre ordem pessoal de serviço,

com caráter de personalidade, o comando foi expedido especificamente a quem não o cumpre. Exemplo: motorista, que ordenado a fazer uma entrega, se recusa.

Abandono de emprego configura-se com a ausência continuada e injustificada do empregado ao serviço. Exige-se dois elementos, quais sejam, o efetivo abandono do emprego, expresso através de decurso de um período significativo de ausência ao trabalho, e a vontade de não mais trabalhar, ambos em conjunto, não de forma isolada, configuram a causa.

A lei não especifica quantos dias são razoáveis para se ter como comprovado o abandono de emprego. Desta forma, segundo a doutrina, após trinta dias de falta, presume-se, de forma relativa, a intensão de abandonar o serviço.

Contudo, nada impede que antes deste período se configure a causa, como no caso em que o empregado manifesta inequívoca vontade de não mais trabalhar, como o exemplo de empregado que viaja para o estrangeiro sem notícias da sua volta.

Ato lesivo à honra e boa fama configura-se com a ofensa à honra do empregador ou de terceiros, desde que ligados ao serviço, mediante calúnia, difamação, injúria. Exemplo: palavras de baixo calão dirigidas ao empregador.

Se cometida fora do serviço, somente se configurará em justa causa para a despedida se atingir superior hierárquico, empregador ou seu preposto, não configurando se atingir terceiros e outros colegas de trabalho.

Ofensa física é a ofensa à integridade física tentada ou consumada. Mesmo que as lesões não existam ainda assim restará configurada a falta, como no caso de vias de fato.

Deve atingir o empregador, preposto, superior hierárquico, companheiros de serviço ou mesmo terceiros, em local de trabalho ou desde que estritamente vinculados com a relação de serviço.

Caso o empregado opere encoberto pela legítima defesa, a falta restará afastada.

Prática contínua de jogos de azar, para sua caracterização, devem ser considerados jogos de azar aqueles descritos na lei de contravenção penal em vigor no país, a exemplo do jogo do bicho, rifas não autorizadas, apostas ilegais, etc.

A continuidade é fato integrante da causa, sem a qual não ficará configurada a falta.

Há também outras modalidades que configuram a justa causa, como o aprendiz que falta de forma reiterada aos cursos profissionalizantes em que esteja matriculado (art. 432, da CLT), os bancários que deixam de pagar, de forma contínua, dívidas legalmente exigíveis (art. 508, da CLT), o ferroviário que não cumpre horas extraordinárias em caso de emergência (art. 240, parágrafo único, da CLT) e o empregado que não utiliza equipamentos de segurança fornecidos pelo empregador (158, parágrafo único, da CLT).

Portanto, constata-se que a estabilidade provisória poderá se findar com a justa causa, entretanto, caso a gestante não cometa as situações supramencionadas, e mesmo assim for injustamente despedida, incorrerá o empregador em sérias consequências.

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DURANTE O PERÍODO DE ESTABILIDADE DA GESTANTE

Sabe-se que a estabilidade assegura o emprego de seu portador, desde que não aja com falta grave, ou seja, justa causa, por isso, se durante o período de estabilidade a empregada gestante for demitida, desencadeará ao empregador uma série de consequências jurídicas, pois estará infringindo uma norma fundamental.

Sendo a gestante despedida injustamente o empregador ficará obrigado a reintegrá-la no emprego, e nesse sentido é o entendimento do TRT da 9ª Região/PR:

A teor do artigo 10, II, b, do ADCT e da Súmula 244, I, do c. TST, o fato gerador da estabilidade da gestante não é a comunicação da gravidez ao empregador, nem o conhecimento da gravidez pela própria empregada, mas sim a concepção. Assim, estando a empregada dentro do período de estabilidade, deve ser reintegrada, conforme item II da mesma Súmula. Recurso da reclamada a que se nega provimento, no particular. (Processo nº 01065-2013-653-09-00-0 (Aco-21641-2014), 6ª Turma do TRT da 9ª Região/PR, Rel. Francisco Roberto Ermel. DEJT 01.07.2014). (JURIS PLENUN OURO, 2015).

Entendendo a gestante que não houve justa causa, deverá ajuizar reclamação trabalhista requerendo a nulidade da despedida injusta. Nessa percepção pondera a doutrina:

A reclamação, neste caso, não visa à resolução judicial do vínculo, pois o empregado pede, apenas, a declaração judicial de que o vínculo não foi dissolvido, e, em consequência, deve ser readmitido nas mesmas funções

que vinha exercendo antes, se houve afastamento ilegal; ou que seja declarada judicialmente a condição de estabilidade, se não houve afastamento ilegal, mas apenas contestação desta situação. [...]

A sentença que decide o litígio é de natureza declaratória, e apenas por economia processual manda, quando ocorre fazê-lo, pagar salários atrasados ou vencidos. (GOMES; GOTTSCHALK, 2004, p.388).

Assim, sendo a empregada despedida de forma ilegal, pois que não observada a necessidade de justa causa para a dispensa, deverá ajuizar Reclamação Trabalhista requerendo a nulidade da extinção do vínculo, pleiteando, ainda, a reintegração ao serviço e pagamento dos salários vencidos no período da suspensão e os que se vencerem até a data da respectiva reintegração. Para efeito de ciência, a sentença que declara nulo o ato da dispensa produz efeitos “*ex tunc*” (retroage), retornando as partes “*ao status quo ante*”.

Entretanto, quando a empregada quedar-se silente e ajuizar a Reclamação Trabalhista somente após o término do período de estabilidade (desde a confirmação da gravidez até a cinco meses após o parto), não mais poderá pleitear sua reintegração ao emprego, somente terá direito ao pagamento de indenização correspondente aos salários que faria jus no período de estabilidade, com reflexos em aviso prévio, décimo terceiro salário, férias mais um terço constitucional e quaisquer aumentos de salário que sofreu sua categoria durante o período de afastamento.

Com efeito, este é o entendimento estampado no item II, da Súmula 244 do TST, a qual afirma “II. A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”.

Da mesma forma, a indenização substitutiva da estabilidade somente será possível quando o retorno ao trabalho não for viável, ou, por outro lado, mesmo na sua possibilidade, venha a causar constrangimentos, danos ou outras circunstâncias que tornem o trabalho insuportável. Neste caso, não restará outra solução se não a indenização, conforme artigo 406, da CLT.

Pelo elucidado, pode-se concluir firmemente que o fim precípua da estabilidade é garantir o emprego ao seu portador em virtude de causas transitórias que lhe confere a proteção da lei, seja para proteger sua atuação junto à categoria, a fiscalização da saúde no ambiente de trabalho, no caso do cipeiro, seja, no caso da gestante, para garantir-lhe emprego a fim de que melhor possa cuidar de seu filho,

fato este que levou a jurisprudência a firmar entendimento que o bem maior protegido pela estabilidade da gestante seria a vida do nascituro, que necessita de alimentos e cuidados, os quais somente são alcançados quando a gestante trabalha.

Por este motivo que, quando configurada a dispensa injusta da gestante, o que se busca de forma primeira é sua reintegração ao serviço, e apenas quando esta não for possível que se falará em indenização substitutiva da estabilidade.

CONCLUSÃO

Por tudo o descrito no presente trabalho, observa-se, portanto, que a estabilidade não é novidade em nosso ordenamento jurídico, haja vista ter surgido há muito tempo, desde a Constituição 1821, sendo repetida pelas demais, e, ao final, modificada pela Constituição de 1988, substituindo a estabilidade definitiva pela provisória, encerrando com o sistema alternativo de estabilidade x Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

No tocante especificamente ao tema da presente pesquisa, viu-se que a gestante, em virtude do estado gravídico que se encontra, recebe proteção do Estado a fim de resguardar seu emprego, evitando despedidas injustas, fundadas muitas vezes pelo preconceito.

Percebe-se, também, que com o passar do tempo e, conseqüentemente, com o aperfeiçoamento da jurisprudência, o entendimento firmado foi o de que a estabilidade da gestante preserva não apenas a continuidade no emprego, mas de modo direto, e diga-se, como objetivo mais importante, a vida da criança que será concebida, pois o trabalho, como renda de sustento, será utilizado a favor do próprio filho, assegurando-lhe meios de subsistência digna.

Desta forma, levando em conta o bem protegido pela norma constitucional no presente caso, a jurisprudência dos tribunais, nos últimos anos, estendeu às gestantes direitos que não são estendidos aos portadores das outras modalidades de estabilidade, como o dever de respeitar a estabilidade mesmo nos contratos a prazo determinado, como exemplo no contrato de experiência, além da aquisição da estabilidade mesmo durante o aviso prévio.

No tocante ao Estado, no momento em que enumera em seu ordenamento jurídico um direito como fundamental, traça desde então o seu destino, tendo como dever respeitar, proteger e promover meios para que tal direito não seja rompido.

Assim, ao prever a estabilidade provisória da gestante, logo, criou normas que vedam a dispensa injusta durante o período de estabilidade, para que esse direito possa ser efetivamente assegurado.

Dessa forma, caso alguém desrespeite este preceito fundamental, deverá ser punido por tal conduta, razão pela qual o Estado, encarregado dessa função, elaborou por meio da CLT os artigos 495 e 496, que tratam sobre o dever do empregador de reintegrar ou indenizar a gestante caso ela seja despedida injustamente, garantindo, assim, o sustento da futura família a ser formada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho - CLT**. 30. ed. São Paulo: LTr ou Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. atual. De acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREDIANI, Yone. **Direito do Trabalho**: concursos. São Paulo: Manole, 2011.

GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**: revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Vols. I e II. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 43, maio/jun. 2015.1 DVD. ISSN 1983-0297.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Comentada. 46. ed. atual., ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2013.

ESTADO DE DIREITO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Julio Cesar Reccanello Magalhães¹

INTRODUÇÃO

Neste artigo é realizada uma abordagem sobre o surgimento das formas do Estado de Direito – uma análise sobre este também, ainda se realiza um breve estudo acerca do Estado Social e tenta-se explicar o que vem a ser o Estado Democrático de Direito, realizando uma breve comparação deste com o Estado de Direito Democrático.

O Estado de Direito, de um modo sucinto, pois a frente será abordado com maior ênfase, é uma forma de organização do Estado, onde o Direito assegura que não haverá violação a lei e que está (a lei) será quem dirá o que é certo e errado, o que se pode fazer e o que não se pode, basicamente norteados pelo Princípio da Legalidade, que estatui que: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei. Tenta-se fazer uma exposição das diferentes origens, a alemã, a francesa e a anglo-saxã (usado este termo no intuito de englobar a inglesa e estadunidense).

Sobre o Estado Democrático de Direito, primeiramente, é feita uma distinção dele para com o Estado Social, após isto abordar-se a sua origem, quais os seus objetivos, tais como: a igualdade material, a participação do Estado mais como um ente prestador de serviços que um mediador. E por fim é feito um comparativo entre Estado Democrático de Direito e o Estado de Direito Democrático, apontando suas nuances e suas influências para o constitucionalismo moderno, este o qual, hodiernamente vive-se.

BREVE HISTÓRICO

O constitucionalismo segundo Fachin é: “Em sentido estrito, traduz uma técnica jurídica de proteção das liberdades, surgidas no final do século XVIII, permitindo aos cidadãos protegerem-se contra o arbítrio dos governos absolutistas (BULUS, 2003,p.7).” (FACHIN, 2006, p.35)

¹ Julio Cesar Reccanello Magalhães, bacharelado em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibatí, FEATI- UNIESP, no 5º período – 3º ano. Email: reccanello_magalhaes@hotmail.com, cel: (43) 9970-7798.

Este movimento é a tentativa de frear o poder absoluto do suserano e trazer garantias, mesmo que em um primeiro momento pareçam pequenas são grandes avanços para a humanidade, que deram, dão e darão tranquilidade ao povo. Este movimento constitucional teve vários momentos desde a antiguidade clássica até os dias de hoje, como o Neoconstitucionalismo ou o Constitucionalismo do “Por Vir”.(DROMI, 1997, apud LENZA, 2014, p.70).

Na antiguidade pode-se dizer que ele teve um surgimento com as ideias dos filósofos – como Aristóteles – e o sistema de governo das cidades-estados da Grécia, pois mesmo que “primitivo” a democracia surgiu lá, com a forma como se governava Atenas e outras *polis*. Cita-se como exemplo as garantias as decisões tomadas pelo povo, pelo direito de discursar na Ágora, de defender-se frente aos tribunais (tal qual o Aerópago, o de Efetas, que eram tribunais criminais, de onde veio a surgir as bases do Tribunal do Júri). Como Lenza preleciona citando Karl Loewenstein:

Refere o autor, ainda, mais tarde, no século V a.C., a experiência das Cidades-Estados gregas como importante exemplo de democracia constitucional, na medida em que a democracia direta, particular a elas, consagrava “... o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos”. (LOEWENSTEIN, 1970, p. 155, apud LENZA, 2014, p. 67)

Era ainda um rudimento do que viria a se tornar a democracia moderna, com seu modelo sofisticado de representação e de tripartição dos poderes.

Em Roma pode-se citar a: Lei das Doze Tábuas, que trazia previsões garantindo os direitos da plebe, que muitas vezes era desrespeitada pelos patrícios, então este *codex* veio com o intuito de assegurar os direitos da plebe. Nisto Fachin e Camilo ensinam que:

Sua origem acompanha as interações do homem com a sociedade e a necessidade de proteção individual em relação aos arbítrios do Estado, examinada, inicialmente, pelo Direito Romano com a edição da Lei das Doze Tábuas, como princípio dos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão. (FACHIN, CAMILIO, 2013, p.257)

Neste mesmo sentido Ferreira Filho pontua que:

É este a fonte, ao menos de inspiração, de muitos institutos e ideias que amoldam o constitucionalismo moderno. Compreende experiências e lições da Antiguidade, particularmente extraídas do pensamento filosófico, ou das instituições da democracia ateniense e da república romana.(FERREIRA FILHO, 2010, p.3)

Agora mais próximo do modo o qual conhecemos, temos o Constitucionalismo Inglês, que iniciou este movimento com a *Magna Charta Libertatum*² de 1215, a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act of 1679*, o *Bill of Rights* de 1689, (LENZA, 2014, p.67) entre outros documentos da mesma época que vieram com o intuito de frear e controlar os poderes e garantir que houvessem liberdades “intocáveis”, ou seja, os direitos fundamentais. Neste norte Fachin ensina que:

Neste período, surgiram vários documentos que continham normas de natureza constitucional, tais como a Magna Carta (1215), a Petição de Direito(1628) e a Lei do Habeas Corpus (1679). O principal deles foi a Magna Carta, editada na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra em favor dos senhores feudais e dos barões. (FACHIN, 2006, p.36)

Já sobre os movimentos que trouxeram as maiores marcas, o americano e o francês, começando pelo americano, tivemos a independência das 13 colônias Britânicas na América, neste movimento pode-se citar a Declaração dos Direitos do Estado de Massachusetts de 1780 e a Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776.

A Declaração dos Direitos do Estado de Massachusetts estatui em seu artigo XXX, *in fine*, que terá um governo de leis e não de homens, deste modo trazendo garantias necessárias aos cidadãos de um país que preze pela democracia, *ipsis litteris*:

*Article XXX. [...to the end it may be a government of laws and not of men.*³

² Contudo cabe fazer um aparte neste norte, pois seguindo um ensinamento de DIDIER JR. – em seu livro Curso de Direito Processual Civil v. 1 – quando fala sobre o devido processo legal (due process of law) que é parte inerente ao Princípio do Estado de Direito, pois este como já dito tem a função de barrar o poder ilimitado do Príncipe, pode-se citar que em 1037 d.C. com o Édito de Conrado II houve o aparecimento de um freio e um contrapeso ao poder do suserano, deste modo havendo uma barreira que deu uma proteção ao povo, nas palavras de DIDIER JR. : “ no qual pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o imperador está submetido às “leis do Império”. (DIDIER JR. p. 66, 2016).

³ Artigo XXX. [...] por fim, deverá ser um governo de leis e não de homens. (tradução livre)

Após isto tivemos a Revolução Francesa (1789), e os grandes ideais de liberdade do homem, temos grandes autores que trouxeram enormes avanços para o pensamento constitucional, tais como: o Abade Emmanuel Joseph Sieyès, Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau entre tantos outros grandes nomes que influenciaram todo o pensamento moderno e pós-moderno do constitucionalismo.

O ESTADO DE DIREITO

No Estado de Direito – também chamado por muitos doutrinadores simplesmente de Estado Liberal – há o império das leis, como preleciona Ferreira Filho (2010, p.177) que o artigo 30 da supracitada Declaração do Direitos do Estado de Massachusetts, que apregoa: “governo de leis e não de homens”.

Neste norte deseja-se que o que impere seja a vontade da comunidade, da nação, e não de duas ou três pessoas que exerçam a autodefesa – injusta – por meio de atos como a Vingança Privada, assim retornando aos tempos onde não existiam normas legais que freassem os abusos, tanto dos cidadãos comuns, quanto daqueles detentores de muitos poderes. Neste sentido cabe citar um trecho do livro *Do Espírito das Leis* do grande Barão de Montesquieu, que bem denota a diferença de um Estado de Direito para um estado onde o soberano seja “a lei”:

Pois é claro que numa monarquia, em que aquele que faz que as leis sejam executadas se julga acima das leis, menos virtude é necessária que num governo popular, em que aquele que faz executar as leis sente que está ele próprio submetido a elas e que carregará o seu peso. (MONTESQUIEU, 2010, p.39)

Deste modo o Estado de Direitos está intimamente ligado a Teoria do *Checks and Balances*, pois de nada adianta frear o povo, as massas, se não impusermos freios também aos mandos e desmandos dos detentores dos altos cargos da administração (aqui usada em sentido amplo).

Este Estado de Direito teve várias origens, cada uma com uma concepção, com um olhar por um prisma diverso, segundo a lição do professor Ferreira Filho, o *Rule of Law* – de origem inglesa – trás as dimensões práticas de controle do poder dos homens, para que o império das leis venha a reger a vida do povo e a forma como a sociedade é guiada, nas palavras do supracitado jurista: “Consiste, pois, no império da *Common Law*, o direito jurisprudencial construído a partir do direito costumeiro da Inglaterra” (FERREIRA FILHO, 2010, p.178).

Na Alemanha ele surgiu com a denominação de *Rechtsstaat*, nome este que teria sido dado por Johann Wilhelm Placidus, isto ainda segundo o professor Ferreira Filho. Esta parte germânica tem muita influência e um grande aporte filosófico, com grande contribuição do pensamento filosófico de Kant. Aqui, cabe lembrar também, que tivemos um desenvolvimento estritamente jurídico, com a positivação do direito, positivação esta que nos remete ao Positivismo Jurídico muito ligado as ideias de Hans Kelsen.

E por fim umas das maiores se não a maior influência para o constitucionalismo moderno, que é o movimento francês, com este movimento, banhado de uma imensa produção intelectual, filosófica e jurídica, surgiu a maior defesa do ser humano, seguindo um caminho que vinha sendo trilhado pelas ciências. Pois na versão inglesa-americana apenas visava-se as liberdades, ou melhor dizendo, pretendia-se apenas barrar os poderes do “Príncipe” assim limitando os poderes estatais garantindo maior autonomia ao homem⁴. Na germânica, como já dito, eles desenvolveram grande parte da filosofia por trás deste instituto, e se preocuparam muito também com a parte jurídica, com a positivação do direito.

Na teoria francesa, temos o *État de droit*, que em tradução literal, nada mais é que o Estado de Direito, da mesma fórmula Alemã do *Rechtsstaat* – chamada em italiano de *Stato di Diritto*, em espanhol de *Estado de Derecho* – porém com uma nascente mais voltada para a política, para a representação do povo, para as formas como deveriam ser exercidas a democracia, se direta, se semi-direta, as diferenças entre a representação-imputação e a representação-expressão.

Porém, isto não trazia a igualdade de que os homens precisavam, ele apenas garantia que todas as pessoas estariam cobertas pela lei, que ela alcançaria a todos sem distinções. O Estado de Direito continha em seu bojo uma igualdade formal, pois, como já dito, ele apenas assegurava que a lei alcançaria a todos.

⁴ Aqui cabe fazer uma menção ao ensinamento do Professor **Rodrigo Perés Lisicic**, professor da Universidade do Atacama no Chile, no 4º Simpósio Internacional de Direito Constitucional da FEATI- UNIESP no dia 27 de abril 2016, onde ele realizou uma diferenciação entre o movimento constitucional Norte-Americano e o Francês, dizendo que o movimento constitucional francês veio com o intuito de romper com um sistema de governo autoritário, monárquico e criar a ordem legal-constitucional pautada pela Legalidade, já o movimento americano veio no intuito de pedir/reivindicar para si autonomia frente ao Reino Unido, pois no Reino Unido já existia o “*Rule of Law*” e os americanos apenas o reivindicavam para si na aplicação de impostos, impostos estes que haviam sido aplicados arbitrariamente pelo Rei, diferentemente da França, onde não existia até então o Estado de Direito, onde o Rei era a lei. Aqui, o autor, gostaria de lembrar a frase de Luis XIV: “*L’État c’est moi*”.

Neste sentido Capez, em brilhante ensinamento, preleciona que:

Embora configurasse relevantíssimo avanço no combate ao arbítrio do absolutismo monárquico, a expressão “Estado de Direito” ainda carecia de conteúdo social.

Pela concepção jurídico-positivista do liberalismo burguês, ungida da necessidade de normas objetivas inflexíveis, como único mecanismo para conter o arbítrio do Absolutismo monárquico, considerava-se direito apenas aquilo que se encontrava formalmente disposto no ordenamento legal, sendo desnecessário qualquer juízo de valor acerca do seu conteúdo. (CAPEZ, 2005, p.5)

Destarte, este instituto jurídico tinha como intenção a proteção da primeira geração, ou como alguns juristas preferem, dimensão dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, a “Liberdade”, que era o primeiro lema da revolução francesa. Este adveio no intuito de somente barrar as atrocidades cometidas pelo “Príncipe” pela falta de instrumento legal que o barrasse. Deste modo o Estado de Direito somente garantia a igualdade formal, estabelecendo regras iguais para todos, mas não dando iguais meios para que estes alcançassem a igualdade.

BREVE ANÁLISE DO ESTADO SOCIAL

Primeiramente, antes de começar a falar do Estado Democrático de Direito, propriamente dito, é necessário que se faça algumas pontuações, a fim de que não o confundam com o Estado Social – também chamado de Estado Social de Direito⁵ por autores como SILVA – pois esse tem influências no Estado Democrático de Direito, mas segundo alguns autores não são sinônimos. Assim sendo o Estado Social é uma evolução do Estado de Direito, ele veio após este na tentativa de trazer maiores garantias, visando proporcionar ao cidadão “uma maior participação social” por meio da inclusão. Todavia, este regime – “forma de Estado”, segundo SILVA (1988, p.19) poderia ser usado para encobrir uma ditadura do capitalismo, sendo que ele foi usado para encobrir regimes totalitários e assim legitimando para que os “soberanos” permanecessem no poder. Em suas palavras:

Ainda que institucionalizado no chamado Estado social de Direito, permanece sempre sob este – representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos – essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e a utilização de métodos

⁵SILVA, José Afonso da. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. R. Dir. adm., Rio de Janeiro, 1988.

políticos de caráter totalitário e ditatorial, visando evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista.(SILVA, 1988, p.19)

Contudo, segundo José Afonso da Silva (1988, p.19) se o “social” viesse a qualificar o Direito e não o Estado, desta forma: Estado de Direito Social, seria uma maneira de contornar um pouco o problema do Estado Social, pois assim o Estado seria um Estado de Direito que respeitaria o princípio da Legalidade e demais princípios, e o Direito seria Social, assim evitando abusos e outras violações, mas mantendo um caráter social ao Estado.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Agora analisando o Estado Democrático de Direito, o qual é uma evolução do Estado de Direito somado a partes de grande valia do Estado Social e que como preleciona Silva:

Dessa forma, e sem querer chegar com isso apressadamente ‘à grande síntese final’ ou a qualquer outra forma de ‘culminação da História’ (isto deve ficar bem claro), cabe dizer que o Estado democrático de Direito aparece como a fórmula institucional em que atualmente, e sobretudo para um futuro próximo, pode vir a concretizar o processo de convergência em que podem ir concorrendo as concepções atuais da democracia e do socialismo.(SILVA, 1988, p.22)

Deste modo o Estado Democrático de Direito – também chamado de Estado Democrático Social de Direito por Araújo e Nunes Junior (2005, p.93), de Estado Social de Direito por Kildare Carvalho – é aquele onde além de haver o “Freio e o Contrapeso” aos poderes do Estado há também uma preocupação com o cidadão, pensando nele como um sujeito de direitos. Em um de seus ensinamentos Ferreira Filho (2010, p.180) ensina que a expressão Estado Democrático de Direito “... foi cunhada pelo espanhol Elias Dias com um sentido preciso: o de um Estado de transição para o socialismo”(FERREIRA FILHO, 2010, p.180)⁶, todavia quando se analisa a prática, pode-se notar que esta expressão perdeu um pouco do seu sentido original, passando somente a designar um Estado que seja pautado pela

⁶ Contudo, seguindo o ensinamento de CARVALHO (2010, p.91), não se pode confundir o Estado Democrático de Direito – ou Estado Social de Direito – com os Estados Socialistas, onde há a coletividade dos meios de produção, nas suas palavras: “Não se confunde, assim, com o Estado socialista, este, sim, baseado na coletividade dos meios de produção e, no domínio político, na chamada ditadura do proletariado e numa concepção transpersonalista dos direitos fundamentais, bem como no regime de partido único, apresentando-se, então, como Estado totalitário.”(CARVALHO, 2010, p.91)

Democracia e que todos os princípios do Estado Democrático alcancem o Direito, pautando-o pelo princípio da legalidade trazido pelo Estado de Direito, com “deveres sociais” – estes que são os influências do *Welfare State*, no Estado de Direito – do Estado para com o cidadão.

Deste modo cabe ressaltar o que vem a ser a expressão “bem-estar social”, ela acrescenta uma intenção social ao estado, de garantir que todos sejam iguais de verdade, que não haja diferenças, assim como já dito, garantindo a igualdade material, sobre isto CARVALHO (2010, p.91) preleciona que: “O Estado social de direito vem, portanto, “superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social””. Com isto temos agora o alcance da segunda geração dos direitos e garantias fundamentais, a igualdade, está que é fundamental para que se atinja um Estado Democrático.

Este, o Estado Democrático de Direito, diverge do anterior, Estado de Direito, em alguns pontos, todavia quando se estuda atentamente o direito constitucional e a Teoria Geral do Estado pode-se notar que tem uma grande diferença, no outro apenas usava-se a lei para barrar o poder, já neste além de barrar o poder a lei vem garantir uma igualdade material, dando assim direito iguais para todos, não apenas na letra da lei, e sim na aplicação, não deixando que ela seja apenas letra morta, inócua. Contudo ele não deixa o caminho livre, assim como no Estado Social de Direito, para que haja governos totalitários, que usem da forma do Estado para se legitimarem, pois este qualifica o Estado como Democrático, assim não havendo espaço para governos antidemocráticos.

Sobre esta diferenciação cabe citar o ensinamento de Agustín Gordillo:

“A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e o Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios” (GORDILLO, apud ARAÚJO e NUNES JUNIOR, 2005, p.94)

Agora Capez tratando do Estado Democrático de Direito preleciona que:

Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela

garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; ...] (CAPEZ, 2005, p.6)

Cabe destacar que esta forma de estado a qual veio a aparecer uma das primeiras vezes na Constituição de Weimar de 1919, na Constituição Mexicana de 1917⁷, as quais pode-se dizer que foram as primeiras a trazer esta parte social, este poder\dever do Estado de não somente frear o poder, mas também de trazer proteções e garantias reais, propiciando formas de dar a tão sonhada igualdade real, material aos cidadãos, assim efetivando o princípio da isonomia, da igualdade, mas esta sendo real, como pontua Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar 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. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (BARBOSA, 1999, p.26)

E é com este intuito que o Estado Democrático de Direito veio a surgir, para promover a igualdade entre os sujeitos, para que seja assegurado o direito de todos serem iguais, desde o mais rico até o mais pobre. É para isto que, com o advento desse novo Estado – um estado mais atuante, que não somente visa frear o poder como no Estado de Direito – são prestados os serviços públicos, para igualar os cidadãos, dando, “ao menos em teoria”, iguais direitos de acesso a, *exempli gratia*: educação, saúde, etc. visando assim incluir a todos na sociedade.

Sobre esta transmutação de um Estado Liberal Absenteísta para o Democrático de Direito é pertinente citar o que ensina Carvalho:

A intervenção do Estado nos domínios social e econômico, em ambiente político onde têm significado especial a doutrina social da Igreja e a radicalização da ideologia marxista como resposta às questões sociais do entreguerras, acarretou a crise do Estado Liberal, que se revelou insuficiente para o atendimento das reivindicações sociais dos trabalhadores. O Estado absenteísta torna-se, então, atuante. De árbitro transforma-se em agente criador de serviços, mediante a prestação de inúmeras atividades sociais. (CARVALHO, 2010, p.90)

⁷ Sobre o seu surgimento CARVALHO, Kildare Gonçalves, ensina que: “Disso são exemplos as Constituições do México de 1917, e da Alemanha de 1919, Polônia e Iugoslávia de 1921. Os textos constitucionais deixam de ser breves para se alongarem: são as Constituições analíticas, que se sucedem às Constituições breves.” (CARVALHO, 2010, p.91)

Destarte, é com este intuito de criar uma sociedade justa e igualitária, que o estado foi se transformando, e ainda se transforma todos os dias, pois o direito e a sociedade jamais param de evoluir e se transformar, até atingir o atual estágio do nosso constitucionalismo, um constitucionalismo mais atuante, presente em toda a sociedade, sendo, o que desde o início, a constituição deveria ter sido, a base de todo o ordenamento jurídico, ou como ensinou o ilustre jurista alemão Hans Kelsen que a constituição é o ápice da pirâmide hierárquica, atuando como uma fonte da lei infraconstitucional e de todo o ordenamento jurídico de um Estado.

E como norma suprema que a Constituição é, se as garantias sociais estiverem prevista nela, assim como estão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – chamada de constituição cidadã – serão muito mais cogentes, devendo e tendo uma maior aplicabilidade, ou ao menos uma maior força para que se faça cumprir.

A DIFERENÇA QUE FERREIRA FILHO FAZ ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ESTADO DE DIREITO DE MOCRÁTICO⁸

Para o grande constitucionalista brasileiro Manoel Gonçalves Ferreira Filho, há uma grande diferença entre o Estado Democrático de Direito e o Estado de Direito Democrático, pois no primeiro, que como alhures já dito, o Estado Democrático de Direito tem uma orientação Socialista, vez que ele seria uma forma de estado de transição entre o capitalismo e um regime socialista. Contudo este sentido já se perdeu, pois como adotado no Brasil, pode o constituinte te adotado com este intuito, todavia se está era a intenção ela perdeu-se com o passar do tempo, pois como se sabe o Brasil é um Estado Capitalista, além do que aqui há a qualificação do Estado como Democrático e não o Direito.

Já o Estado de Direito Democrático, nas palavras do próprio Ferreira Filho é:

Com a qualificação do direito, e não do Estado, como Democrático, parece ter sido intenção dos constituintes vinculá-lo ao princípio da soberania popular. De fato, as Constituições portuguesa e espanhola também sucederam a regimes “ditatoriais”, embora não totalitários. (FERREIRA FILHO, 2010, p.179)

⁸ Cabe dizer que a Lei Fundamental Alemã de 1949, trás ainda um quarta forma – a primeira seria o Estado de Direito, a segunda o Estado de Direito Democrático, a terceira o Estado Democrático de Direito – a qual é o “Estado de Direito republicano, democrático e social”, isto na intenção\tentativa de barrar um Estado de Direito puramente legalista, assim evitando atrocidades como as cometidas pelo regime Nazista, que contudo estava cumprindo a lei vigente a época.

Deste modo, pode-se notar que há uma diferenciação, por menor que seja, pois no primeiro ele tem uma intenção, vem com um intuito, que é: além de barrar as arbitrariedades e exercícios da força do mais forte é o de estabelece um Estado igualitário, com direitos sociais, mas que dirigir-se-á um sistema econômico, o qual é o Socialismo, já pré-determinado pela Carta Constitucional, assim sendo uma norma constitucional.

Do outro lado, temos o Estado de Direito Democrático, que trás em seu bojo elementos do *Welfare-State*, mas que delimita que o direito será democrático, que no exercício do direito haverá democracia, pois como já dito alhures, e muito bem preleciona José Afonso da Silva(1988, p.19): “[... que o Estado Social pode se compadecer com regimes antagônicos...]. Mas sendo uma forma de estado que não trás, em sua lei maior, um fim, um regime econômico que será seguido pelo estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do breve estudo realizado, levando em consideração tudo o que foi exposto, pode-se pontuar algumas considerações importantes, tais como: que o Estado de Direito tem muitas origens, estas muito diversas, porém todas contribuíram demasiadamente para que pudéssemos atingir o ponto ao qual chegamos do nosso ordenamento jurídico, tanto nacional quanto global. Pode-se notar que hoje o que predomina é o Estado de Direito Democrático, contudo os países mais desenvolvidos, se observarmos a sua política econômica nota-se que estes estão em um caminho de transição do capitalismo, para não sei se assim podemos dizer com certeza, para um estado igualitário, similar ao socialismo.

Mas a principal, e maior vitória do Estado Democrático de Direito é dar a igualdade material a todos os cidadãos de um país, pois somente assim uma nação pode, verdadeiramente, atingir o seu ápice, pois só quando todos, tiverem iguais oportunidades e garantias de que os seus direitos não serão violados é que atingiremos o nosso objetivo que é uma sociedade, que siga o lema da Revolução Francesa: *Liberté, Egalité, Fraternité*.

Seguindo este norte é que o ordenamento jurídico nacional veio, nos últimos anos, em especial após a promulgação da constituição cidadã, a tornar-se muito mais um Estado Constitucional, onde impere sobre tudo e sobre todos a Carta Constitucional, não sendo objeto apenas de estudo e sim de aplicação, devendo

esta guiar os passos do Estado, dando um caminho que será trilhado: pelas leis a serem editadas, e que as anteriores respeitem a carta magna – pois se não o fizerem devem não serem recepcionadas; pelos Governantes que devem respeitar e prezar pela aplicação do texto constitucional o tornando norma viva; pelos governados, ou seja, pelo povo que deve participar da democracia interpretando também a Constituição, seguindo a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição⁹, deste modo criando um Sistema Constitucional Popular e que o Judiciário como última instância de poder preze, sempre, pela aplicação da Constituição, em sua totalidade e respeitando os Princípios Constitucionais, como norma fundamental do Estado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 9ª edição. Editora Saraiva, 2005.

BARBOSA, Rui. **ORAÇÃO AOS MOÇOS**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **DIREITO CONSTITUCIONAL: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 16ª. ed. ver., atual. E ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JR. Fredie. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **LAW'S EMPIRE**. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, 1986.

FACHIN, Zulmar. **TEORIA GERAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FACHIN, Zulmar. CAMILO, Andryelle. **DIREITOS FUNDAMENTAIS: Algumas Reflexões**. SIQUEIRA, Dirceu Pereira. KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. (Organizadores). **ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITOS HUMANOS**. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2013.

⁹ Que Peter Häberle defende em um dos seus livros, *Hermenêutica Constitucional. A sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição*.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONSTITUCIONAL: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, principalmente, do direito positivo brasileiro.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HÄBERLE, Peter. **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.** A sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição. 2002.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO.** 18. Ed. São Paulo: Saraiva 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689- 1755. **DO ESPÍRITO DAS LEIS.** Tradução: Roberto Leal Ferreira. – São Paulo: Martin Claret, 2010.

SILVA, José Afonso da. **O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.** R. Dir. adm., Rio de Janeiro, 1988.

LEI DA TRANSPARÊNCIA

Aparecido Arnaldo da Silva
Flávio de Jesus Maciel
Paulo Donizeti Jansen Romaniuk
Rodrigo Aparecido de Souza
Sâmela Marcielle Sene Bueno

INTRODUÇÃO

Através da aprovação da Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011, o Brasil deu um grande passo para a materialização do seu regime democrático, desenvolvendo a participação dos cidadãos e os instrumentos que auxiliam a controlar a gestão pública.

O artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal, ao ser regulamentado, trouxe ao cidadão a garantia do exercício seu direito para o acesso à informação, e também o Brasil firmou um compromisso diante da comunidade internacional em vários tratados e convenções que faz parte, em relação à transparência.

No entanto, a Lei 12.527/2011 significa uma transformação na transparência pública, porque torna o acesso à informação, norma de grande importância. Todo cidadão brasileiro pode requerer acesso às informações dos órgãos públicos, aquelas informações que não estão qualificadas como sigilosas.

Com o Portal da Transparência do Governo Federal, que foi criado e é administrado pela Controladoria Geral da União, o Brasil é referência mundial, já recebendo muitos prêmios internacionais, pois foi considerado um dos sites de transparência mais completos e com mais detalhes sobre a administração pública do mundo, mas mesmo assim, ainda fazia falta uma lei que adequasse o acesso aos documentos ou informações aos cidadãos brasileiros.

FINALIDADE DA LEI

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, chamada de Lei da Transparência, ampliou a participação cidadã e fortaleceu os instrumentos de controle da gestão pública. Castro e Dzierwa (2013, p. 89) explicita os objetivos da Lei:

Como mais uma forma de manifestação do princípio da publicidade, entrou em vigor, em 16 de maio de 2012, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de

2011, [...] responsável por regulamentar o acesso a informações do governo. De acordo com suas disposições, qualquer interessado, independentemente de motivação, poderá solicitar o acesso a informações aos órgãos públicos integrantes da Administração Direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público, bem como às autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios.

Os entes públicos têm obrigação em permitir o total conhecimento aos cidadãos, das informações detalhadas no que se refere aos seus atos, nos meios eletrônicos e com acesso público, as informações devem estar também com disponibilidade na internet. Martins (2014, n.p.) enfatiza sobre o acesso às informações dos entes públicos.

A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra [...].

Ao ter acesso às informações do que ocorre no setor público, os cidadãos exercem, então, seu direito de democracia, participando da administração pública. Na Cartilha da Lei da Transparência, do ano de 2011, página 08, está descrito o seguinte:

O acesso a estes dados – que compõem documentos, arquivos, estatísticas – constitui-se em um dos fundamentos para a consolidação da democracia, ao fortalecer a capacidade dos indivíduos de participar de modo efetivo da tomada de decisões que os afeta. O cidadão bem informado tem melhores condições de conhecer e acessar outros direitos essenciais, como saúde, educação e benefícios sociais. Por este e por outros motivos, o acesso à informação pública tem sido, cada vez mais, reconhecido como um direito em várias partes do mundo.

A Lei da Transparência é um dos grandes signos da democracia participativa, é o poder emanado do povo, conforme dita a Constituição Federal.

RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO

O gestor público está vinculado a administrar conforme os princípios elencados no art. 37, XXI, da Constituição Federal:

- Legalidade: estabelece a superioridade da lei escrita e é o fundamento do Estado Democrático de Direito. Pauta-se na pressuposição de que tudo o que a lei não proibir poderá ser realizado. Entretanto, para o administrador e o servidor público, a situação torna-se diferente, devendo estes, consolidarem ações sob a regência da lei imposta, fazendo apenas o que a lei permitir. A principal finalidade deste princípio é impedir as arbitrariedades cometidas pelos governantes ou funcionários públicos.

Moraes (2009, p. 324) reforça o argumento dizendo que “o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

- Impessoalidade: os administradores e servidores estatais devem tratar a todos com igualdade, não podendo privilegiar pessoas diversas com o intuito de promover sua própria imagem, pois atuam em prol do interesse público, devendo sempre ser impessoais, agindo de forma imparcial com a convicção de que está trabalhando para o melhor da sociedade e suas decisões devem ser direcionadas para isso.

Assim nos indica Coelho (2009, p. 56), que [...] “o servidor público, enquanto tal e em qualquer nível hierárquico, não age em nome próprio, mas em nome do poder público a partir do cargo que ocupa na Administração, seja esse cargo eletivo, comissionado ou efetivo. O autor de todos os atos públicos serão o Estado e o servidor que o executa, o seu agente”.

- Moralidade: as atitudes do agente público devem ser baseadas na ética administrativa e seu comportamento pautado nas virtudes morais protegidas e seguidas pela sociedade. Este princípio exige que os servidores estatais atuem com probidade, honestidade e lealdade, mas não somente na área pública como também em suas vidas pessoais, exercendo o papel de cidadãos e colaborando para a melhoria da nação; (MELLO, 2008).

Outro ponto deve ser destacado como o argumentado por Mendes que:

Apesar da dificuldade de se dizer em que consiste o princípio da moralidade, deve-se procurar resgatar um conteúdo jurídico do princípio, reconhecendo que o Estado não deve obediência a qualquer moralidade, mas somente àquela compartilhada na comunidade política específica. Dessa forma, tendo em vista que a Administração Pública deve pautar-se pela obediência aos princípios constitucionais a ela dirigidos expressamente, mas também aos demais princípios fundamentais tem-se

que, em sua atuação, deve ser capaz de distinguir o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, além do legal do ilegal. (MENDES, 2012, p. 1165).

- Publicidade: os atos do gerenciador público e seus serventuários precisam ser publicados para que haja transparência das ações realizadas e possibilite o conhecimento público da forma em que o Estado está sendo administrado. Isso facilita a fiscalização, por parte da população, e demonstra a idoneidade de quem pratica tais atos. Entretanto, a publicidade não pode ser usada de forma arbitrária para que agentes públicos realizem sua promoção pessoal, mas sim de uma maneira em que ocorra o controle social; (FERREIRA FILHO, 1994).

- Eficiência: tem que buscar o melhor custo-benefício, ou seja, as ações e contratações devem ser voltadas para que os serviços públicos atendam o maior número de cidadãos e em menor tempo; e os bens precisam ser adquiridos com observância do melhor preço, mas também da melhor qualidade;

Assim salienta Lenza (2012, p. 1279 e 1280), que:

[...] na iniciativa privada, se busca a excelência e a efetividade, na administração, outro não poderia ser o caminho, enaltecido pela EC n. 19/98, que, em boa hora, fixou a eficiência também para a Administração Pública. A ordem do dia é a produtividade, e o Estado deve conseguir alcançar os resultados. Para tanto, mecanismos de incentivo devem existir para os servidores (e controle do desempenho deles), mas, também, a Administração terá que estar dotada de estrutura para a sua concretização.

- Isonomia: também conhecido como princípio da igualdade, consiste em que todos são iguais perante a lei e deve ser vedado qualquer tipo de distinção, portanto todos os licitantes devem ter a mesma oportunidade para participarem dos processos licitatórios. Pedro Lenza (2012, p. 1275) reforça este argumento, de modo que:

[...] se todos são iguais perante a lei (art. 5.º, caput), necessariamente o serão perante a Administração, que deverá atuar sem favoritismo ou perseguição, tratando a todos de modo igual ou, quando necessário, fazendo a discriminação necessária para se chegar à igualdade real ou material.

- Probidade Administrativa: todo funcionário público precisa ser honesto, devendo agir de forma correta durante as licitações, visando ao interesse público, social e coletivo, sendo íntegro em suas ações e respeitando a ética e os bons

costumes. Neste sentido, Pontes Botelho (2008, p.5), em seu artigo sobre a corrupção política, indica que:

Destarte, a falta de ética no exercício da atividade política é mais nociva que a falta de ética nas relações entre cidadãos comuns, pois, no primeiro caso, afeta toda a coletividade, e no segundo, tão-só, as relações particulares. O espaço da função pública não está reservado à privacidade, haja vista que o político não é um cidadão comum, mas um cidadão que tem um dever moral muito mais elevado.

Porém não é simples diferenciar probidade e moralidade:

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de **honestidade** [...]. (DI PIETRO, 2007, p. 763). **(grifo nosso)**.

Já no tocante a improbidade e imoralidade tem-se que a primeira é mais ampla, podendo-se dizer ela é gênero da qual a segunda é espécie. Nas palavras de Di Pietro (2007, p. 765):

No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões *improbidade e imoralidade*, porque aquela tem um sentido mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só os atos desonestos e imorais, mas principalmente atos ilegais.

Sobre os princípios que a Carta Magna exige para os atos da Administração Pública, afirma Ferreira Filho (1994, p. 206): “A doutrina de Direito Administrativo tem sido unânime na afirmação de que tais princípios são inerentes à atividade administrativa, vedando ao agente do Poder Público qualquer atuação deles divorciada”.

Percebe-se então uma vinculação dos atos do servidor público para com os princípios da Constituição Federal do Brasil, ou seja, o servidor estatal está obrigado a atuar de acordo com a lei, sendo imparcial em suas ações, operando com ética e moral tanto no serviço quanto fora dele, divulgando seus atos, buscando sempre a eficiência e proporcionando condições de igualdade para todos os cidadãos.

Assim, nos explana Coelho (2009, p. 56), “[...] o servidor público, enquanto tal e em qualquer nível hierárquico, não age em nome próprio, mas em nome do poder público a partir do cargo que ocupa na Administração, seja esse cargo eletivo,

comissionado ou efetivo. O autor de todos os atos públicos serão o Estado e o servidor que o executa, o seu agente”.

O servidor quer seja por cargo comissionado, efetivo ou eletivo, é um representante do Estado, portanto não age em nome próprio expressando sua vontade e seus valores, mas sim proclamando a aspiração do ente estatal.

Nota-se que o Estado deseja que seu quadro de funcionalismo seja formado por profissionais imparciais, que o represente abstendo-se de qualquer natureza de discriminação ou preconceito, atendendo a todos os cidadãos e praticando atos que busquem a concretização do interesse público e o bem da coletividade. Deste modo, qualquer funcionário, independente da esfera de poder que pertença, Executivo, Legislativo ou Judiciário, desde que imbuído da responsabilidade administrativa para a realização de contratos públicos de compras, serviços, obras ou alienações, deverá observar todos os princípios norteadores da Lei de Licitações Públicas. (COELHO, 2009).

Os princípios nada mais são que norteadores de condutas da administração pública, e, portanto, face do art. 37 da Constituição são elencados cinco fundamentais: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Sendo assim o legislador buscou como desdobramento do princípio da publicidade a formulação e promulgação da Lei nº 12257/2011, conhecida como Lei da Transparência, cujo teor obriga que os atos do poder público devam ser publicados com a finalidade de que qualquer cidadão por meio de forma eletrônica ou diversa possa ter acesso facilitado às atividades da administração pública.

Porém, em virtude das informações constantes divulgarem dados pertinentes muitas vezes à pessoa do agente público: salário, diárias. Veio à baila uma possível ofensa ao direito à privacidade consubstanciada no art. 5 de nossa Carta Constitucional, que não prevaleceu, pois a própria Constituição ressalva hipóteses de sigilo já previsto a lei maior.

Maria Sylva Zanella Di Pietro elenca na Constituição o embasamento necessário para a aplicabilidade ou restrição ao princípio da publicidade:

- Art. 5º, XXXIII: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do estado;

▪ Art. 5º, XXXIV- são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

▪ LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

Assim, em virtude do dever da administração pública dar publicidade aos seus atos, como prevê o princípio da Publicidade categoricamente explicado por Dias (2012, p. 114):

Os atos praticados pela Administração Pública devem ser acessíveis aos administrados de modo que os particulares tenham ciência e possam controlar as ações do Poder Público. O administrador exerce função pública, *munus publico*, e, portanto, age em nome do povo. Por esta razão os administrados tem que ter ciência do que está acontecendo na máquina administrativa. A publicidade é fundamental para **controle e conhecimento** dos atos praticados, também representa **condição de eficácia**: é com a publicidade que o ato possui condições de desencadear seus efeitos.

Entende-se, que a primordial finalidade da lei nº 12257/2011 é mediante a exteriorização dos dados atinentes aos gastos públicos impedir o mau gerenciamento de recursos públicos em face da constante cobrança dos cidadãos que passam a ter acesso a todo tipo de informação pertinente a matéria, salientando que este princípio vincula-se ao princípio da Moralidade ou Probidade como escreve Di Pietro (2014, p. 385):

[...] exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade . Além de previsto nos artigos 3 7, caput, e 5º, LXXIII, da Constituição, o Decreto-lei nº 2 . 300/86 o incluía no artigo 3º com o nome de princípio da probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder.

Portanto, no que se refere à aplicabilidade da aludida lei, sua função é propiciar ao cidadão o conhecimento dos gastos públicos podendo fiscalizar e por conseguinte evitar o superfaturamento de obras, desperdícios de verbas com diárias e viagens, salários desproporcionais aos cargos exercidos, etc. O que tende a

proporcionar o exercício do melhor serviço com menor gasto, consolidando o princípio da eficiência, que nada mais é que a junção da produtividade e economia, vedando o desperdício e o uso inadequado nos recursos públicos.

HISTÓRICO DO TRÂMITE DA LEI NO CONGRESSO

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 teve seu início através da PL 219/2003 que seguiu a tramitação abaixo como nota-se através da Árvore de Apensados e Outros Documentos da Matéria na Câmara dos Deputados:

30/04/2003 - Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Parecer do Relator, Dep. Ricardo Rique, pela aprovação. 30/04/2003

14/05/2003 - Apresentação do Parecer de Comissão pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) – 14/05/2003

24/10/2003 - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) Parecer do Relator, Dep. Mendes Ribeiro Filho, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, com emendas, e, no mérito, pela aprovação.

24/10/2003 - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) Parecer do Relator, Dep. Mendes Ribeiro Filho, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, com emendas, e, no mérito, pela aprovação. Parecer do Relator, Dep. Mendes Ribeiro Filho, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, com emendas, e, no mérito, pela aprovação. 24/10/2003

28/10/2003 - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - Apresentação da Emenda de Relator pelo Dep. Mendes Ribeiro Filho - 28/10/2003

28/10/2003 - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - Apresentação da Emenda de Relator pelo Dep. Mendes Ribeiro Filho - 28/10/2003

14/12/2004 - A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei da Transparência ou Lei de Acesso à Informação, teve seu início com a PL 219/2003, Aprovado por Unanimidade o Parecer. Parecer do Relator, Dep. Mendes Ribeiro Filho, pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, com emendas, e, no mérito, pela aprovação, em 14/12/2004.

29/05/2009 - Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) Considero prejudicado, tendo em vista que o despacho inicial dado ao PL 5228/09 já contempla o pedido. Oficie-se e, após, publique-se. DCD de 30/05/09 PÁG 25147 COL 02. 29/05/2009

10/09/2009 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903). 10/09/2009

10/09/2009 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903) Aprovado, com a inclusão, a pedido do Deputado Bonifácio Andrada, de um representante da área universitária. 10/09/2009

10/09/2009 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903) Aprovado, com a inclusão da CONAMP. 10/09/2009

16/09/2009 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903) . 16/09/2009

09/12/2009 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903) Parecer do Relator, Deputado Mendes Ribeiro Filho, pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa, adequação financeira e orçamentária do Projeto de Lei nº 219/2003 e dos de nºs 1.019/2007, 4.611/09, 1.924/07e 4.611/09, apensados; e, no mérito pela aprovação com substitutivo. 09/12/2009

09/12/2009 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos

órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903)

09/12/2009 - Apresentação do Substitutivo, SBT 1 PL021903, pelo Dep. Mendes Ribeiro Filho - 09/12/2009

23/02/2010 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º, da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903) Parecer do Relator, Deputado Mendes Ribeiro Filho, pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa, adequação financeira e orçamentária do Projeto de Lei nº 219/2003 e dos de nºs 1.019/2007, 4.611/09, 1.924/07e 4.611/09, apensados; e, no mérito pela aprovação com substitutivo. 23/02/2010

24/02/2010 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º , da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903) Apresentação do Parecer de Comissão, PAR 1 PL021903, da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º , da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações). 24/02/2010

16/03/2010 - PLENÁRIO (PLEN) Aprovado o Requerimento. DCD 17/03/10 PAG 8969 COL 01. 16/03/2010

13/04/2010 - Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 219, de 2003, do Sr. Reginaldo Lopes, que "regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º , da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública" (fixa o prazo máximo de 15 'quinze' dias úteis para prestação de informações) (PL021903) Parecer proferido em Plenário pelo Relator, Dep. Mendes Ribeiro Filho (PMDB-RS), pela Comissão Especial, que conclui pela aprovação das Emendas de Plenário de nºs 1, 2, 3, 4 e 7, com Subemenda Substitutiva às de nºs 1 a 4; e pela rejeição das Emendas de Plenário de nºs 5, 6 e 8. 13/04/2010

13/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) - Apresentação da Redação Final, RDF 1, pelo Dep. Mendes Ribeiro Filho. 13/04/2010

13/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) Apresentação da Emenda de Plenário n. 1/2010, pelos Deputados Bonifácio de Andrada (PSDB-MG) e outros, que: "Regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública. 13/04/2010

13/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) Apresentação da Emenda de Plenário n. 2/2010, pelos Deputados Luiz Carreira (DEM-BA) e Lobbe Neto (PSDB-SP), que: "Regulamenta o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, dispondo sobre prestação de informações detidas pelos órgãos da Administração Pública. 13/04/2010

13/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) - Apresentação da Emenda de Plenário n. 3/2010, pelos Deputados Miro Teixeira (PDT-RJ) e outros, que: "Altera a redação do artigo 16 do Projeto". 13/04/2010

14/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) - Apresentação da Emenda de Plenário n. 4/2010, pelos Deputados Miro Teixeira (PDT-RJ) e outros, que: "Dá nova redação ao artigo 16 do projeto". 14/04/2010

14/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) - Apresentação da Emenda de Plenário n. 5/2010, pelos Deputados Raul Jungmann (PPS-PE) e outros, que: "Dá nova redação ao inciso I do § 3º do artigo 8º do projeto". 14/04/2010

14/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) - Apresentação da Emenda de Plenário n. 6/2010, pelos Deputados Raul Jungmann (PPS-PE) e outros, que: "Dá nova redação ao inciso III do artigo 41 do projeto". 14/04/2010

14/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) - Apresentação da Emenda de Plenário n. 7/2010, pelos Deputados Raul Jungmann (PPS-PE) e outros, que: "Dá nova redação ao § 2º do artigo 24 do projeto". 14/04/2010

14/04/2010 - PLENÁRIO (PLEN) - Apresentação da Emenda de Plenário n. 8/2010, pelos Deputados Raul Jungmann (PPS-PE) e outros, que: "Dá nova redação ao inciso I do artigo 30 do projeto". 14/04/2010

14/04/2010 - REQ 79/2004 CCJC => PL 219/2003 - -Requerimento de Audiência Pública - Mendes Ribeiro Filho - PMDB/RS – Apresentação 14/04/2004

28/08/2010 - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - Apresentação da Emenda de Relator pelo Dep. Mendes Ribeiro Filho - 28/10/2010

28/08/2010 - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - Apresentação da Emenda de Relator pelo Dep. Mendes Ribeiro Filho - 28/10/2010

12/01/2011 - Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) DECISÃO DA PRESIDÊNCIA - Com base no Art. 17, inciso II, alínea "d", do RICD, determino o arquivamento definitivo dos Requerimentos que solicitam a constituição, criação e instalação de Comissão Especial, tendo em vista o fim da presente legislatura. Após, juntem-se aos respectivos processados. Publique-se. 12/01/2011

APLICAÇÃO DA LEI

Conforme a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, para ser assegurado o direito do acesso às informações da administração pública, há diretrizes a serem seguidas, conforme segue abaixo, de acordo com o artigo 3º da Lei:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

A administração pública deve, com ética, divulgar ao povo tudo que ocorre diariamente nos órgãos públicos com o máximo de transparência. No artigo 8º da Lei 12.257/2011 está assim:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o **caput**, deverão constar, no mínimo:

- I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;
- II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;
- III - registros das despesas;
- IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

- V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e
- VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

A burocracia para a aplicação da Lei da Transparência é muito importante para sua concretização e também para o exercício da democracia no Brasil não ficar apenas no texto da Carta Magna e ser colocada em prática.

A DIVULGAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E A PRIVACIDADE DOS MESMOS

Inicialmente faz-se necessário analisar o conceito de privacidade, uma habilidade que o indivíduo possui para controlar a exposição e a possibilidade de divulgação de informações sobre sua pessoa. É um substantivo feminino relacionado com a vida privada, os assuntos particulares e a intimidade de cada ser humano. Portanto, a primórdio subentende-se ser um direito individual e disponível, mas a disponibilidade da divulgação depende da autorização do detentor desse direito. Mendes (2012, p. 407) traz uma definição jurídica:

Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações — de privacidade e de intimidade —, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Em contrapartida há de se considerar que a publicidade também é um princípio que deve ser respeitado pelo administrador público, deste modo ele está vinculado a prestar todos os esclarecimentos necessários e divulgar o que for determinado por lei.

O princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático, e pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo [...]. (MENDES, 2012, p. 1166).

Para solucionar a divergência da aparente colisão de princípios, deve-se usar a ponderação, ou seja, não existe possibilidade de superioridade porque todos

servem de base para o nosso ordenamento jurídico, mas é necessário verificar qual parte está em confronto e encontrar uma situação em que diminua o efeito de um em prol do outro, sempre com o objetivo de atender o maior número de cidadãos possível. Vale salientar que o princípio da supremacia do interesse público reza que este sempre prevalecerá sobre o interesse particular.

Afirma Mendes (2012, p. 410 e 411):

[...] no âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo [...] O direito à privacidade, em sentido mais estrito, conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral.

Entretanto, no tocante à divulgação dos salários dos servidores públicos a visão é outra e existe divergência de pensamento quanto à sua constitucionalidade, sendo que há argumentos de ambos os lados.

Os servidores defendem que ocorre dano moral, pois a publicação ofende a intimidade, provoca inveja de vizinhos, familiares e amigos, que se aproximam talvez apenas por interesse, as pessoas ficam explanando quanto ganha o funcionário e, desconhecendo se possui outras rendas, chegam ao ponto de comentarem que deve estar roubando para conseguir comprar um carro novo ou um imóvel. Também argumentam os agentes públicos que os marginais irão saber a remuneração e o dia em que os valores estarão disponíveis na conta, atraindo a possibilidade de crimes contra o patrimônio.

Já os magistrados entendem que está pacificado que a divulgação dos rendimentos dos possuidores de função pública é de interesse da sociedade, o qual supera o interesse do particular. Como ocorre com qualquer direito fundamental, a privacidade se depara com limitações resultantes da própria vivência em sociedade, a fim de que possa prevalecer a ordem constitucional.

E neste sentido decidiu por unanimidade o Plenário do Supremo Tribunal Federal durante julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 652777, afirmando a legitimidade e legalidade da divulgação de vencimentos dos servidores públicos realizada pela Administração Pública, inclusive em sítio eletrônico.

DESCUMPRIMENTO DA LEI

Há penalidades para os órgãos que não cumprem a citada Lei 12.527/11, como mostra abaixo a Cartilha da Lei da Transparência, do ano de 2011, página 17:

A Lei 12.527/2011 também prevê a responsabilização do servidor nos casos de seu descumprimento. Recusar-se a fornecer informação requerida nos termos da Lei, destruir ou alterar documentos ou impor sigilo para obtenção de proveito pessoal, por exemplo, são consideradas condutas ilícitas, podendo caracterizar infração ou improbidade administrativa.

O cumprimento da Lei tem que ser concretizado, como uma forma de respeito ao cidadão, onde é cumprido totalmente o princípio da publicidade dentro da administração pública. No artigo 32 da Lei estão citadas as condutas ilícitas de responsabilidade dos agentes públicos:

Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;

II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;

III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;

IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;

V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;

VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e

VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

As penalidades explicitadas acima demonstram como é grande a importância do cumprimento da transparência, seja no âmbito, federal, estadual ou municipal, como uma forma de respeito dos representantes do povo para àqueles que os escolheram para o poder.

O MUNICÍPIO DE IBAITI E A APLICAÇÃO DA LEI DA TRANSPARÊNCIA

A Câmara Municipal de Ibaiti disponibiliza informações sobre gastos, licitações, quadro de funcionários, através do portal: <http://camaraibaiti.com.br/transparencia/0/Todos>.

Porém, poucos cidadãos têm conhecimento dessa ferramenta, que é muito importante para a população saber onde estão sendo aplicadas as verbas, o que foi

licitado, são informações importantes para saber sobre o desenvolvimento do município.

Abaixo estão citadas as ferramentas que são exibidas no portal de transparência da Câmara Municipal de Ibaiti:

ADMINISTRAÇÃO

- Atas das sessões;
- Áudio das Sessões;
- Avisos e editais de licitação;
- Concursos Públicos;
- Contratos e Aditivos;
- Controle de estoque;
- Convênios;
- Íntegra dos procedimentos licitatórios;
- Justificativas para a contratação direta;
- Licitações abertas, em andamento e já realizadas;
- Notas-fiscais eletrônicas;
- Plano Diretor;
- Relação de cessões, permuta e doação de bens;
- Relação dos bens patrimoniais;
- Relatório de Controle do Veículo.

DIÁRIAS E AJUDA DE CUSTO

- Diárias e Ajuda de Custo;
- Gastos mensais com pagamento de diárias ajuda de custo, ou adiantamento de despesas;
- Gastos mensais com passagens rodoviárias ou aéreas, ou com verbas relativas a ressarcimentos de combustível;

GERAL

- Data da Última Atualização da Página;
- Horários de Atendimento;
- Leis e Atos Normativos;
- Modelo de Formulário para Pedidos de Informações;

- Organograma administrativo;
- Telefone, e-mail e endereço para contato.

ORÇAMENTOS

- Área da Educação;
- Área da Saúde;
- Atas das Audiências públicas de avaliação de Metas Fiscais;
- Execução orçamentária;
- Extratos de conta única;
- Informações sobre despesas e receitas;
- Lei de diretrizes orçamentárias - LDO;
- Lei do Plano Plurianual - PPA;
- Lei Orçamentária Anual - LOA;
- Movimentações dos Fundos;
- Operações financeiras de qualquer natureza;
- Plano de Contas do Município;
- Prestação de Contas;
- Relatório de Gestão Fiscal;
- Relatório resumido de execução orçamentária;
- Transferência financeira de ingresso/egresso.

PESSOAL

- Comissões Permanentes;
- Gastos com cartões corporativos;
- Notas fiscais, cópia de depósitos, transferências ou cheques utilizados no reembolso;
- Quadro Funcional;
- Relação de Cargos / Vereadores;
- Remuneração dos agentes públicos;
- Servidores cedidos a outros órgãos;
- Servidores cedidos por outros órgãos;
- Servidores com gratificação;
- Servidores Temporários;
- Sistema de Controle Interno;

- Tabela de remuneração dos servidores;
- Verbas de representação, de gabinete e reembolsáveis de qualquer natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para ter uma correta democracia, é preciso ter acesso aberto e transparente às informações públicas, além de uma maior participação do povo na gestão, que resulta em grande ganho para a população através dessas informações.

Sabemos que o acesso a essas informações públicas não é suficiente para combater a corrupção, e também não garantem o exato funcionamento da atividade pública.

Mas não é só pelo Portal da Transparência que se pode ter participação social, há vários outros, como: ouvidoria, audiência pública, Conselho de Políticas Públicas, enfim existem várias ferramentas, mas poucas são de conhecimento da sociedade. Não tem como acompanhar os representantes do povo sem ter conhecimento de informações, sendo de suma importância esse conhecimento para que possam ser cobrados os direitos dos cidadãos, e também para que saibam onde estão sendo destinados os recursos e verbas.

Mesmo que nem todos tenham acesso a essas informações por não serem divulgadas ou por desinteresse dos cidadãos, ou pelo fato de que os dados não são de fácil entendimento, a sociedade precisa saber como está o desenvolvimento do seu município para ter uma democracia mais participativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

_____. **Acesso à Informação Pública: uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 - Cartilha da Lei da Transparência.** Brasília, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de Leis e Outras Proposições.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_arvore_tramitacoes;jsessionid=3A2F3D7B7531027E9886A679E0222E65.proposicoesWeb1?idProposicao=105237. Acesso em: 19 set. 2015. 16h 20min.

CASTRO, Eduardo Bernardes de. DZIERWA, Mariana de Castro. **Gestão Pública: aspectos básicos da relação público-privado**. 1. ed. São Paulo: Baraúna, 2013.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O público e o privado na gestão pública**. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. Atlas, São Paulo: 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 1994.

Legitimidade da divulgação de rendimentos do servidor público. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em 17 set. 15, às 17h00min.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito em diálogo de fontes**. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. Atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

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

Privacidade. Disponível em <<http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/privacidade>>. Acesso em 17 set. 15, às 14h00min.

Transparência. Disponível em <<http://camaraibaiti.com.br/transparencia/0/Todos>>. Acesso em 22 set. 2015. 21h 30min.

“MAR ADENTRO”: UM MERGULHO DENTRO DA EUTANÁSIA E DA LEGISLAÇÃO MUNDIAL

Ronny Carvalho da Silva¹
Jefersson de Campos²

INTRODUÇÃO

O importante filósofo, escritor, mestre da arte da retórica, advogado e membro do senado romano Lúcio Aneu Sêneca, ou simplesmente Sêneca, sentenciou em uma de suas obras: “Bom não é viver, mas viver bem”.

Sem sombras de dúvidas, a eutanásia é um dos assuntos mais polêmicos de toda a história. Tal objeto é discutido exaustivamente dentro da literatura do Direito e da Medicina, além de ser um assunto que pode conter alto teor de religiosidade dependendo dos indivíduos que a debatem.

Rubem Alves, um dos grandes escritores brasileiros, que detêm a ocupação de colunista de um importante jornal de circulação nacional, redigiu dois belos artigos em defesa do direito à eutanásia, onde em um deles o autor relatou:

“Como um instrumento musical, a vida só vale a pena ser vivida enquanto o corpo for capaz de produzir música, ainda que seja a de um simples sorriso”. (ALVES, 2008).

O blogueiro Eucanaã Ferraz (2008), em sua página “Acontecimentos”; descreve a eutanásia voluntária como um ato de proporcionar a alguma pessoa que esta padecendo de um sofrimento atroz, e cujo estado de saúde tenha sido apontado como terminal, uma morte tranquila, desde que o indivíduo tenha conscientemente optado por ela.

Por outra via, quando a religião é convidada a dar seu entendimento sobre o objeto de estudo aqui já citado; ela condena de modo veemente tal prática, visto que para a maioria das religiões apenas Deus teria a “autorização” para tirar a vida de alguém.

GOLDIM, 2004. Relata a ortonásia, que segundo o mesmo, seria uma nova palavra para descrever a eutanásia.

¹ Professor do Curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti. Procurador do Município de São José da Boa Vista.

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti.

Por ortanásia, palavra de origem grega, *orhós*, significa direito reto, normal, em linha reta ou direita. É a morte certa, no tempo certo para um doente em fase terminal (FERREIRA, 1999, p.853 apud GOMES de OLIVEIRA).

A distanásia por sua vez, vem do grego “*dís*”, mal, algo mal feito, e “*thánatos*”, morte. É etimologicamente o contrário da eutanásia. Consiste em atrasar o mais possível o momento da morte usando todos os meios, proporcionados ou não, ainda que não haja esperança alguma de cura, e ainda que isso signifique infligir ao moribundo sofrimentos adicionais e que, obviamente não conseguirão afastar a inevitável morte, mas apenas atrasá-la umas horas ou uns dias em condições deploráveis para o enfermo. (Adaptado de Vários Autores, “Eutanásia”, Ed. São Paulo, Lisboa, 1994. – Retirado de Factos da Vida, nº13).

GOMES de OLIVEIRA (2015) citando MORACHE (1904) relata que a expressão distanásia significa agonia prolongada, morte com sofrimento físico ou psicológico do indivíduo lúcido. Esse direito do homem dispor de sua própria vida vem sendo debatido muito ao longo dos anos.

Além da eutanásia, que a grosso modo seria decidir pela morte de uma outra pessoa que se encontra em estado iminente de morte, o doutor norte americano Jack Kevorkian difundiu mundialmente o termo suicídio assistido. Em todo o mundo, Kevorkian é conhecido por lutar para fazer com que tal prática seja um direito de todos. O médico patologista que faleceu em 2011 aos 83 anos de idade, inventou a “Máquina de Suicídio”, com ela Jack apoiou a mais de 125 doentes terminais norte americanos para pôr fim em suas vidas com a eutanásia, assim devido tal ato, Jack Kevorkian recebeu o apelido de Doutor Morte.

No decorrer desse artigo, a eutanásia, a ortanásia, a distanásia e o suicídio assistido serão estudados e debatidos juntamente com algumas legislações de diversos países juntamente com o Código de Direito Canônico sobre a legalização ou não dessa prática, além de analisar profundamente a legislação brasileira e entender o verdadeiro significado dessa prática.

HISTÓRIA DA EUTANÁSIA

Ao se aprofundar na história da eutanásia, nos deparamos com os celtas que tinham como hábito que os filhos ceifassem a vida de seus pais quando eles estivessem velhos e/ou doentes. GOLDIM, 2000, trás que na Índia os doentes terminais eram levados a beira de um rio, onde tinham a boca e as narinas

tampadas com barro. Assim eram jogados ao rio para morrerem. A própria Bíblia trás no segundo livro de Samuel uma situação que leva a entender que seja eutanásia.

Na Grécia de Platão, Epicuro e Sócrates, valores sociais, culturais e religiosos eram colocados quando a eutanásia era discutida. Esses pensadores apoiavam a idéia de que o sofrimento oriundo de uma doença terminal justificava o suicídio. Nesse tempo, havia um depósito público de cicuta a disposição de todos. Porém Pitágoras, Aristóteles e Hipócrates, condenavam a pratica do suicídio.

Os anos se passaram e a eutanásia fora discutida por Lutero, Thomas Morus, Karl Marx, David Hume e Schopenhauer.

Na Inglaterra, o doutor Millard, propôs em 1931 uma lei para legalizar a eutanásia voluntária, que foi debatida até o ano de 1936, quando foi rejeitada.

Em 1934, o Uruguai incluiu a eutanásia em seu ordenamento jurídico no Código Penal. A eutanásia apareceu como “homicídio piedoso”. Essa previsão ainda continua em vigor naquele país.

Código Penal Uruguay – Lei 9414, de 29 de Junio de 1934.

37. (Del homicidio piadoso)

Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.

127. (Del perdón judicial)

Los Jueces pueden hacer uso desta facultad en los casos previstos en los articulos 36, 37, 39, 40 y 45 del Código.

315. (Determinación o ayuda al suicidio)

El que determinare al otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría.

Este máximo puede ser sobrepujado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o de voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o de uso de estupefacientes (Grezzi O. 1996, p. 54, 85, 144).

Segundo GOLDIM, em 1939, Adolf Hitler autorizou que o programa nazista de eutanásia fosse iniciado sob o código de “Aktion T 4”. O objetivo inicial era ceifar a vida de pessoas que não mereciam ter uma vida. Este programa tornou real a teoria de “higienização social”

No ano de 1996, foi apresentado no Senado Federal o PL 125/96 de autoria do senador Gilvam Borges, vinculado ao PMDB do Amapá. O senador propunha no projeto que a prática da eutanásia fosse permitida, desde que uma equipe com cinco

médicos atestasse a inutilidade do sofrimento físico ou psiquiátrico do paciente. Porém, o próprio deveria solicitar a eutanásia. Caso o doente se encontrasse sem condições de solicitar, esta decisão passaria para os parentes próximos ao enfermo. Entretanto, a lei nunca foi aprovada.

Um ano depois do projeto de lei 125/96 no Brasil, a Corte Constitucional da Colômbia constituiu que “ninguém pode ser responsabilizado criminalmente por tirar a vida de um paciente terminal que tenha dado seu claro consentimento”. Essa decisão da corte colombiana resultou em um Movimento de Direito à Morte, criado em 1979.

No mês de outubro do ano de 1997, o suicídio assistido foi legalizado no estado de Oregon, nos Estados Unidos da América, porém, tal legalização causou um desentendimento, pois muitas pessoas interpretaram que foi autorizada a legalização da eutanásia.

MAR ADENTRO

Mar Adentro é um longa-metragem espanhol de aproximadamente duas horas e cinco minutos, gravado no ano de 2004, co-produzido por franceses e italianos. O filme se enquadra no gênero Drama e foi dirigido pelo cineasta chileno-espanhol Alejandro Amenábar que recebeu o Oscar de Melhor Filme Estrangeiro em 2004.

O longa é baseado em fatos reais e relata a história do marinheiro Ramón Sampedro que após um acidente de mergulho ficou tetraplégico (perdeu os movimentos dos quatro membros superiores e inferiores). Após alguns anos acamado, Ramón decide lutar pelo direito de acabar com a própria vida, mesmo estando lúcido e possuir uma inteligência acima da média. Com a decisão de lutar pelo “Auto Suicídio”, o ex-marinheiro cria conflitos com a justiça, com a igreja e com a sua própria família. Sua vida começa a mudar quando Rosa, uma advogada que compreende o sentimento de indignidade de Ramón perante sua situação e decide apoiá-lo a tirar a própria vida. Porém uma vizinha também intervém na história do infeliz homem tentando convencê-lo de que a vida vale a pena mesmo não podendo fazer as coisas que ele gostaria. Mais de 25 anos se passam, e Ramón se sente cansado de depender das pessoas para realizar todas as suas vontades e anseios, e decide chamar uma advogada para conseguir na justiça o seu ultimo desejo: cometer eutanásia. Muitas vezes durante o filme, o personagem principal diz: “A vida assim não é digna”. O filme se mostra desde o primeiro momento como uma

ferramenta em defesa da prática da eutanásia. A todo o momento o personagem se mostra abatido e infeliz, dizendo que o mesmo mar que lhe deu muitas alegrias, também foi o que lhe tirou as mesmas. Mesmo muitas pessoas alegando que ninguém pode tirar a própria vida, ainda assim o homem é capaz de justificar tal ato. O filme demonstra uma importância em focar que a vida não é algo absoluto, mas sim algo abstrato como um quadro de algum pintor abstracionista, onde o detentor do quadro ou qualquer pessoa que o ver vai entender uma coisa vai lhe dar um valor diferente, vai sentir coisas completamente distintas que a outra pessoa. Partindo dessa linha de pensamento o longa-metragem deixa uma pergunta complicada de se responder: Todos têm direito a vida, porém, essa vida tem que ser digna. Essa vida não sendo digna pode ser considerada vida? Será que todos têm direito a vida? Ou todos têm direito a uma vida digna? A Constituição Federal de 1980, vigente até os dias atuais no Brasil, também trás este questionamento.

ADENTRO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

“A vida assim não é digna”. Ramón Sampredo diz essa frase deitado em uma cama em uma clara tentativa de justificar a sua decisão de procurar na justiça o direito em tirar a própria vida. O filme trás uma mensagem clara, de que a vida só tem sentido se o ser humano puder vivê-la de modo intenso e digno.

Ao analisarmos friamente parte do ordenamento jurídico vigente no Brasil, encontramos que a forte frase proferida por Sampredo no filme “Mar Adentro”, move de alguma forma a Constituição brasileira. Nela encontramos em seu artigo 1º, inciso III algo relevante sobre a dignidade.

O art.1º, Inciso III da CF traz:

Caput – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana. [...]

Sampredo ao dizer que a vida preso em uma cama não é digna, trás a tona o entendimento do eminente filósofo alemão Emmanuel Kant sobre a dignidade.

“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado,

a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.” (KANT, 2004).

Emmanuel Kant, considerado um dos pensadores mais críticos e sistemáticos da história, disponibiliza para os seres humanos, em especial a Sampedro, ex-marineiro, que tudo pode ser substituído, porém, quando o indivíduo perde a sua dignidade, ela não pode ser substituída; quando isso acontece o ser humano fica “órfão” e nunca mais recupera essa dignidade. Mar Adentro mostra que a dignidade está muito além de ter uma moradia confortável e educação por exemplo; dignidade é indivíduo ter esses dois exemplo, juntamente com saúde de qualidade, lazer e um nome que é sua honra, entretanto, se a pessoa não tiver meios de aproveitar tudo isso, certamente ela não tem dignidade, como demonstra NOVELINO.

“A dignidade da pessoa humana não é um direito, mas um atributo que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. O ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de protegê-la contra qualquer tipo de violação”. (NOVELINO, 2008, p.2010, grifos nosso).

Certamente a legislação brasileira é tão falha e ambígua que dependendo da interpretação realizada, a prática da eutanásia ou do “suicídio assistido” pode ser realizada apenas com a afirmação de Ramón Sampedro: “A vida assim não é digna”. Novelino diz que cabe ao Estado/Ordenamento Jurídico proteger e promover os meios necessários para o indivíduo ter uma existência digna; mas se nem o Estado e muito menos o ordenamento jurídico realizam tal ação, isso dá o direito ou a possibilidade de um tetraplégico ou um doente terminal optarem por tirarem a própria vida?

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento que marcou a história dos Direitos Humanos em escala global. Elaborada e redigida por representantes de diferentes partes do mundo, com culturas completamente diferentes, a DUDH foi proclamada pela Assembleia da ONU, no dia 10 de dezembro de 1948 em Paris. A Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral declara a DUDH como norma comum a ser almejada por todos os povos do mundo. Foi o primeiro documento a nível mundial para a proteção dos direitos humanos. O artigo 4º da Declaração Universal traz em seu texto: “toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Porém Ramón Sampedro não é brasileiro, e por esse motivo, a legislação espanhola deveria e deve ser também analisada. Como relatado anteriormente, Ramón era um espanhol, tetraplégico desde os seus 26 anos, devido um acidente de trabalho na marinha. Por não suportar viver naquela situação, solicitou à justiça espanhola o direito de morrer. O trâmite judicial demorou mais de quatro anos, e a decisão foi contrária a seu desejo, visto que a Corte Espanhola tinha a concepção de que tal ato seria um homicídio, porém, a decisão da corte não alegrou Ramón que continuou com seu desejo doentio de ceifar a própria vida. Após conversar com alguns amigos, planejou a própria morte, entretanto, deveria executar o plano sem deixar indícios para que sua família ou amigos fossem incriminados. O ex-marinheiro, que residia na cidade marítima de Porto do Son na província da Corunha, comunidade autônoma de Galiza, mudou-se para La Corunã, também na Espanha e próximo de sua antiga cidade.

Na nova cidade, também portuária como Porto do Son, Ramón ainda tinha a ajuda de seus fiéis amigos. Dois meses depois, mas precisamente 15 de janeiro de 1998 (quinta-feira), ele foi encontrado de manhã sem vida, por uma das amigas que o auxiliava diariamente. O corpo foi levado para autópsia, e após a realização dos exames, foi constatada a morte por deglutição de cianeto (produto muito usado em plantações para eliminação de pragas; que pode ser encontrado também na natureza. Antes de morrer, Sampedro gravou um vídeo, onde a participação de seus amigos fica clara, onde os mesmos efetuam a colocação de um canudinho em um corpo e colocam-no ao alcance da boca de Sampedro, entretanto, quem coloca o canudo na boca e suga o cianeto é o ex-marinheiro, tirando assim um possível homicídio das costas de seus amigos. O caso ficou conhecido no mundo como um suicídio assistido. Todavia, mesmo tendo o vídeo, a polícia incriminou a amiga por ser responsável pelo homicídio. Como relata GOLDIM em seu texto “Caso Ramón Sampedro – Suicídio Assistido” disponível no site de bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), ocorreu um movimento de âmbito mundial com pessoas relatando e confessando o mesmo crime. Se sentindo encurralada, a justiça espanhola foi obrigada a arquivar o processo contra a amiga de Ramón Sampedro.

Quando o filme *Mar Adentro* foi gravado, o diretor Alejandro Amenábar descreveu o longa como “Uma visión de la muerte desde la vida, desde lo cotidiano, lo natural, desde um lado muy luminoso”.

SUICÍDIO ASSISTIDO E O CASO RAMÓN SAMPEDRO VISTO PELA LEI BRASILEIRA

GOLDIM 2004, explica que o suicídio assistido acontece quando um indivíduo incapaz de concretizar sua morte sozinho, solicita a ajuda de terceiros para que seu desejo seja materializado.

A assistência ao suicídio pode ser realizada com a prescrição de remédios, persuadindo ou encorajando.

O suicídio assistido ganhou fama com Jack Kevorkian, médico patologista que praticou o suicídio assistido em varias partes dos Estados Unidos em pacientes que solicitaram.

GOLDIM ainda relata que em 1991, uma instituição chamada “Sociedade Cicuta” publicou um livro denominado “A Solução Final” com dezenas de modos de um paciente cometer suicídio. Nos Estados Unidos o livro virou best-seller, vendendo mais de 3 milhões de cópias.

Na Suíça o suicídio assistido é regularizado, podendo ser realizado sem a participação de um médico e a pessoa que deseja morrer não precisa estar necessariamente em estado terminal. O país europeu se fundamenta no Código Penal de 1918, que não caracteriza o suicídio como crime. Entretanto é considerado crime se o motivo do suicídio for egoísta por parte do ajudante. Vale ressaltar que na Suíça a eutanásia não é legalizada.

No Brasil por sua vez, encontramos a criminalização do “suicídio assistido”, essa prática não existe em nosso país e é caracterizado crime quem fomenta outro indivíduo a praticar tal ação; como previsto no Código Penal Brasileiro de 9 de dezembro de 1941.

Art.122 – Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio.

Caput – Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo Único. A pena é duplicada.

Como visto, o caso de Ramón aqui no Brasil, resultaria em condenação de até 6 (seis) anos de reclusão para sua amiga, pois o crime de induzimento,

instigação ou auxílio ao suicídio, que pode ser caracterizado como um possível suicídio assistido é considerado crime contra a vida de natureza grave no direito penal brasileiro.

O jurista brasileiro NORONHA (1994, p.143) defende a tese contra a eutanásia, visto que para o especialista não existe direito de matar, nem de morrer, como visto na constituição que todos têm direito a vida; pois a vida segundo ele tem uma função social. Segundo o penalista Noronha, a ciência tem missão de lutar contra o extermínio e não de exterminar.

CONFLITOS ENTRE A EUTANASIA E SOCIEDADE

A palavra eutanásia tem sido utilizada de maneira confusa e ambígua, pois tem assumido diferentes significados conforme o tempo e o autor que a utiliza. Várias novas palavras, como **distanásia**, **ortotanásia**, **mistanásia**, têm sido criadas para evitar esta situação. Contudo, esta proliferação vocabular, ao invés de auxiliar, tem gerado alguns problemas conceituais.

O termo Eutanásia vem do grego, podendo ser traduzido como “boa morte” ou “morte apropriada”. O termo foi proposto por Francis Bacon, em 1623, em sua obra “*Historia vitae et mortis*”, como sendo o “tratamento adequado as doenças incuráveis”. De maneira geral, entende-se por eutanásia quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento. Neste último caso, a eutanásia seria justificada como uma forma de evitar um sofrimento acarretado por um longo período de doença. Tem sido utilizado, de forma equivocada, o termo Ortotanásia para indicar este tipo de eutanásia. Esta palavra deve ser utilizada no seu real sentido de se fazer uso dos meios adequados para tratar uma pessoa que está morrendo.

O termo eutanásia é muito amplo e pode ter diferentes interpretações. Um exemplo de utilização diferente da que hoje é utilizada foi a proposta no século XIX, os teólogos Larrag e Claret, em seu livro “*Prontuários de Teologia Moral*”, publicado em 1866. Eles utilizavam eutanásia para caracterizar a “morte em estado de graça”. (GOLDIM, 2004, grifos do autor).

Quando a Constituição brasileira de 1988 trás em seu texto sobre a dignidade da pessoa humana, que todos tem direito a vida, devemos interpretar tal texto de modo mais aprofundado. Assim, quando o texto constitucional diz que todos têm direito a vida, ele quer nos dizer que além de ter direito de nascer, de ter vida, o individuo também tem o direito de não ser morto, de não ser alvo de homicídio; tem também o direito de ter uma vida digna, assim, o termo “todos tem direito a vida”, é na verdade que todos têm o direito de uma vida com dignidade. No ano de 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM), órgão responsável por regularizar a medicina no Brasil, publicou uma resolução de numero 1.805, que partindo do principio da dignidade da pessoa humana transcrito no corpo da Constituição abria uma via para

a morte digna. Porém, um ano depois, em 2007 o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou uma ACP (Ação Civil Pública) solicitando que fossem definidos alguns critérios para a prática. Na época, o MPF se referia a situação como sendo ortotanásia.

Um ponto importante para entender todo o processo é diferenciar a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia.

A primeira é compreendida como a morte provocada por piedade à pessoa que sofre. Assim a eutanásia atua sobre a morte, logo, antecipando-a. Porém a eutanásia só ocorre quando realizada em pessoas com doenças incuráveis ou estado terminal. Assim, se a doença tiver cura, não será considerada eutanásia e sim homicídio caracterizado no artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

A Distanásia caracteriza-se como o prolongamento artificial do processo de morte, como relata Maria Helena Diniz: "trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte" (DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001).

A Ortotanásia compreende-se como morte correta, ou morte pelo seu processo natural. Assim, o doente já em processo de morte recebe uma "ajuda" do médico para que atinja o resultado natural de seu processo que é a morte. Somente o profissional médico pode realizar a ortotanásia.

Desta forma, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas por este como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente. (VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 90.).

Maria Luiza Monteiro da Cruz e Reinaldo Ayer de Oliveira explanam sobre a morte digna:

No Brasil, o indivíduo no fim da vida pouco sabe a respeito de seu direito à morte digna e o próprio CFM reconhece que aquele acometido por doença incurável em fase terminal é frequentemente tratado com métodos terapêuticos inócuos ao combate da doença, capazes de adiar a morte às custas da diminuição da qualidade de vida do paciente.

A morte digna deve ser fruto de uma decisão consciente e informada do paciente. Neste quadro, cabe ao médico respeitar a vontade do paciente que escolhe evitar tratamentos extraordinários – que apesar de prolongarem a quantidade de vida, prejudicam sua qualidade. A partir deste ponto a responsabilidade civil do médico pela morte do paciente passa a ser questionada, em especial a omissão caracterizada como negligência no ato médico. (CRUZ e OLIVEIRA, 2013, grifos nosso).

Eutanásia x religião

Após olharmos o que a ética médica vinculada ao CFM diz sobre todo o caso, devemos partir para outro conflito que envolve a eutanásia e questões religiosas.

Felipe Rinaldo Queiroz de Aquino, conhecido na mídia brasileira como Professor Felipe Aquino, é um engenheiro, escritor, professor e apresentador, atualmente integra a TV Canção Nova. Apesar de muitas correntes defenderem a eutanásia, Aquino defende que devemos proteger a vida, pois ela é um dom sagrado que Deus dá a cada uma das pessoas e por esse motivo ela deve ser respeitada. Em seu espaço na internet, Aquino escreveu um texto intitulado “A Covardia da Eutanásia”.

Os Asilos na Alemanha estão se convertendo em abrigo para idosos que fogem da Holanda com medo de serem eutanasiados a pedido da família. **São quatro mil casos de eutanásia por ano, sendo um quarto sem aprovação do paciente.** Por exemplo, o novo asilo na cidade alemã de Bocholt, perto da fronteira com a Holanda, acolheu muitos holandeses com medo de serem assassinados pela própria família, autorizando a antecipação de sua morte. **Na Alemanha a eutanásia foi banida depois que os nazistas a praticaram em larga escala, na Segunda Guerra Mundial, contra deficientes físicos e mentais e outras que consideravam indignas de viver. Por outro lado, a Holanda, pioneira em medidas liberais inimagináveis, como a legalização de drogas, prostituição, aborto, aprova a eutanásia.** Há um ditado que diz que tudo que acontece de ruim para o homem, acontece primeiro na Holanda. Uma análise feita pela Universidade de Göttingen de sete mil casos de eutanásia praticados na Holanda justifica o medo de idosos de terem a sua vida abreviada a pedido de familiares. Em 41% destes casos, o desejo de antecipar a morte do paciente foi da sua família. 14% das vítimas eram totalmente conscientes e capacitados até para responder por eventuais crimes na Justiça. [...] constituída por um jurista, um especialista em ética e um médico, a lei determina que a eutanásia só pode ser permitida por uma comissão. Na falta de um tratamento para melhorar a situação do paciente, o médico é obrigado a pedir a opinião de um colega. Mas na prática a realidade é outra, segundo os críticos da eutanásia e o resultado da análise que a Universidade de Göttingen fez de sete mil casos de morte assistida na Holanda. Trata-se de uma profunda covardia. Assassinar o idoso no final de sua vida, contra a sua vontade é um crime hediondo. Que civilização é esta que não respeita o idoso, que construiu o país, gerou os filhos e trabalhou pela nação? Impera o egoísmo, o comodismo, o desrespeito ao homem e ao Criador. **É a violência covarde dos fortes contra os fracos; dos protegidos contra os indefesos.** **A Igreja Católica, que tem o senso de Cristo, defende que a vida humana é um dom sagrado de Deus que deve ser respeitada desde a concepção até a morte natural.** (AQUINO, 2012, grifos nosso).

No decorrer de seu texto, Felipe Aquino cita o Catecismo da Igreja Católica, que é um texto para ensino da doutrina católica. Citando o Catecismo, Aquino descreve:

2277 – Sejam quais forem os motivos e os meios, a eutanásia direta consiste em pôr fim à vida de pessoas deficientes, doentes ou moribundas. É moralmente inadmissível.

Assim, uma ação ou uma omissão que, em si ou na intenção, gera a morte a fim de suprimir a dor, constitui um assassinato gravemente contrário a dignidade da pessoa humana e ao respeito pelo Deus vivo, seu Criador. O erro de juízo no qual se pode ter caído de boa-fé não muda a natureza deste ato assassino, que sempre deve ser proscrito e excluído (SDF, decl. Iura et bona, 1980).

2278 – A interrupção de procedimentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionais aos resultados esperados pode ser legítima. É a rejeição da “obstinação terapêutica”. Não se quer dessa maneira provocar a morte; aceita-se não poder impedi-la. As decisões devem ser tomadas pelo paciente, se tiver a competência e a capacidade para isso; caso contrário, pelos que têm direitos legais, respeitando sempre a vontade razoável e os interesses legítimos do paciente.

2279 – Mesmo quando a morte é considerada iminente, os cuidados comumente devidos a uma pessoa doente não podem ser legitimamente interrompidos. O emprego de analgésicos para aliviar os sofrimentos do moribundo, ainda que o risco de abreviar seus dias, pode ser moralmente conforme à dignidade humana se a morte não é desejada, nem como fim nem como meio, mas somente prevista e tolerada como inevitável. Os cuidados paliativos constituem uma forma privilegiada de caridade desinteressada. Por esta razão devem ser encorajados.

Torna-se evidente a partir das idéias de um dos maiores religiosos brasileiros de que a posição da igreja católica (cito-a por ser um das maiores religiões do mundo, porém serve para todas as outras que condenam a prática da eutanásia) é totalmente contra a prática da eutanásia, considerando-a um pecado, pois é retirar a vida de outrem ou a própria sem a permissão de Deus, Ser superior que concedeu ao indivíduo a vida. Caminhando lado a lado de Aquino, Lenise Garcia promoveu em seu site “Brasil sem Aborto – Movimento Nacional da Cidadania pela Vida Brasil sem Aborto”, uma campanha contra a aprovação do Projeto de Lei do Senado, Nº 236 de 2012, de autoria do Senador José Sarney, que propunha a Reforma do Código Penal Brasileiro, entre as mudanças relevantes estão os artigos 128 e 122. Abaixo os textos propostos pela reforma do PL 236/12.

Art. 128. Não há crime de aborto se:

I – houver risco à vida ou à saúde da gestante.

II – a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos.

IV – por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade.”

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – Detenção, de dois a quatro anos.

§ 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Como analisado na proposta de nova redação do artigo 122 cria a possibilidade da eutanásia no Brasil, dizendo que ao analisar o ato o juiz deixará de aplicar a pena.

Eutanásia x Ética

Ao analisar a ética por trás da eutanásia, enfrentamos várias perguntas. O quanto é ético deixarmos uma pessoa sofrendo sem uma expectativa plausível de vida? A eutanásia se mostra como um caminho para evitar a dor e o sofrimento de outrem. Desde que o indivíduo esteja ciente de sua escolha, ele não perde o poder de ser digno até o final de sua vida. Pode-se levantar a discussão se a eutanásia seria algo digno, porém, parto do pressuposto filosófico de que apenas o próprio indivíduo pode concluir o que é digno para sua existência.

O indivíduo optando por uma eutanásia ou suicídio assistido, parte na defesa de sua autonomia absoluta de pensamento que todo e qualquer indivíduo deve possuir. Trazendo a religião, chegamos ao livre arbítrio tão debatido pelo filósofo Espinosa; assim tendo o homem recebido o livre arbítrio, a liberdade de escolher, ele pode e deve ter o direito em escolher se quer ou não continuar com a própria vida, porém, o homem será condenado por essa liberdade de escolha como muito bem dizia Jean-Paul Sartre.

A discussão ética-filosófica que reveste o tão polêmico tema é muito mais profunda do que qualquer outra discussão. Quando o homem maior, pai, trabalhador, cidadão, por algum motivo passa a ser encarcerado pelo seu próprio corpo, dependendo de ajuda para poder fazer coisas básicas como sentar, deitar, caminha, ir ao banheiro, comer, entre outras; começa a desenvolver um pensamento de que está sendo um estorvo e se revolta contra a sua própria situação, querendo apenas deixar de ser um incômodo e começa a pedir a morte.

Este pedido de morte, nada mais é do que um grito de dignidade, pois o indivíduo em tal situação não se acha apto nem digno de continuar vivendo e

compreende que as pessoas em sua volta estão perdendo parte da vida, mesmo que indiretamente, por terem que cuidar de sua situação debilitada, assim passa a pensar que as pessoas que ajudam também não vivem com dignidade. Porém é claro que o Direito e a Religião não se unirão, o direito como uma ciência não se adapta a religião sem que aconteçam conflitos. Para a religião Deus deu ao homem o direito de fazer o que bem entender, porém, o direito não permite isso, impondo regras, assim, no Brasil, por exemplo, a autonomia na escolha de tirar a própria vida ou contribuir para isso não é permitido em detrimento de regras criadas para regerem a sociedade.

Autodeterminação – Direitos Humanos

A autodeterminação é um dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos, presente no artigo 1º no texto da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Artigo 1º 1. Todos os povos têm direito a autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

3. Os Estados Partes do Presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

Como visto no primeiro artigo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a autodeterminação significa autonomia, comportando em seu contexto a auto-responsabilidade (dever de arcar com as consequências do próprio comportamento), auto-regulação (regular o seu ambiente interno) e livre-arbítrio (vontade livre de escolha) do ser humano.

Na conjuntura do Direito Internacional, a autodeterminação pregada pelo Pacto Internacional, é o direito de um povo à soberania e a liberdade de decidir sem a influência estrangeira; assim, o homem pode determinar seu estatuto político e seguir seu desenvolvimento social, cultural e econômico.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a autodeterminação e o fim do sofrimento de indivíduos enfermos, formam a base da teoria defendida para a aplicação do instrumento da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro. A autonomia do paciente é um direito assegurado pela Constituição Federal, e que, portanto, deverá ser respeitado. Em Estado Democrático constituído, o conceito de vida humana deve se basear na Constituição, que reafirma o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos seus preceitos essenciais. (MARINS, 2013).

O próprio conceito legal de morte vem a corroborar a qualificação da vida humana como dependente de critérios valorativos, uma vez que ainda que conservadas funções biológicas (respiração e circulação), já não mais existe vida digna de proteção quando verificada a morte encefálica, de modo que a vida humana se afirma como algo mais que um processo puramente biológico. (CARVALHO, 2001).

Qual a dignidade que existe em uma vida vegetativa, onde o homem não tem a capacidade de usufruir dos prazeres que uma vida normal o dá? Assim não cabe ao direito, nem a religião decidir por ele; apenas o indivíduo em tal situação pode decidir o caminho de sua vida. O exercício da eutanásia se mostra como um ato de solidariedade com o que sofre e uma materialização do direito da autodeterminação.

CONCLUSÃO

A eutanásia é um dos assuntos mais polêmicos e complexos dos últimos anos, principalmente dentro das áreas das Ciências Médicas (Medicina, Enfermagem) e Ciências Jurídicas (Direito). Torna-se evidente que para ambas as Ciências, o tema em questão não tem um posicionamento fixo, visto que os estudiosos das duas áreas são divididos quando questionados em relação a prática da eutanásia. Entretanto, se torna difícil questionar a prática sem imaginar o pensamento filosófico das diversas religiões que condenam a realização da eutanásia.

A filosofia religiosa, trás a tona de que ninguém, a não ser Deus, tem o direito e poder de tirar a vida de alguém. Algumas leis do Direito que condenam a prática têm por trás de seu entendimento justamente esta visão filosófica.

As correntes que defendem a eutanásia levantam a discussão da Dignidade da Pessoa Humana. O quão é digno deixar uma pessoa sofrer em uma cama com dores, muitas vezes em eminente risco de morte, sem condições de ter essa vida digna. Essa dignidade é o que fomenta os defensores da eutanásia. Ramón Sampedro, no filme “Mar Adentro” se fundamenta justamente nessa dignidade,

mostrando claramente que mesmo vivo, lúcido, não levava uma vida digna, precisando de pessoas a todo o momento, se tornando um fardo para elas. Com base nessa ideia e a luz da Constituição Brasileira que deixa claro a defesa da Dignidade Humana e Direito à Vida; devemos interpretar que a legislação brasileira não assegura a nenhum indivíduo o direito de nascer vivo, mesmo condenando a prática do aborto, o direito à vida da Constituição, assegura o direito do indivíduo não ser morto, não ser vítima de homicídio, ter uma vida digna; assim, tal direito significa ter uma vida digna, direito esse previsto em lei apenas se o indivíduo nascer com vida.

Diante de tudo aqui exposto, partilho do entendimento de que a eutanásia deve ser realizada se autorizada pelo próprio paciente, tendo ele o direito de decidir pela sua vida, utilizando assim a autodeterminação (presente nos Direitos Humanos) e o livre arbítrio (presente na religião) para aqueles que assim acreditam. Todavia, porém, se o paciente já se encontra em um estado muito crítico, não tendo assim lucidez ou condições físicas e psíquicas para tal decisão, a família não pode tomar nenhuma decisão sobre a vida do paciente, visto que parto do entendimento que outrem não tem direito de determinar “coisas” sem a permissão legal da vítima.

Este trabalho tem por objetivo justamente fomentar ainda mais a discussão sobre a Eutanásia e o Direito à Vida, pois a vida é um dos, senão o mais importante objeto de estudo do Direito, da Religião e da Medicina; e para os estudiosos do Direito ela se torna fundamental, pois é a partir dela que todos os outros direitos se manifestam.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Eutanásia**. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0801200804.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

AQUINO, Felipe. **A covardia da eutanásia**. 2012. Disponível em: <<http://blog.cancaonova.com/felipeaquino/2012/10/28/a-covardia-da-eutanasia/>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

BIOETICA, Aldeia. **Distanásia**. Disponível em: <<http://vida.aaldeia.net/distanasia/>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CRUZ, Maria Luiza Monteiro da and OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente.** *Rev. Bioét.* [online]. 2013, vol.21, n.3, pp. 405-411. ISSN 1983-8042.

DANTAS, Anielle Avelina; MARTINS, Carlos Henrique and MILITAO, Maria Socorro Ramos. **O cinema como instrumento didático para a abordagem de problemas bioéticos: uma reflexão sobre a eutanásia.** *Rev. bras. educ. med.* [online]. 2011, vol.35, n.1, pp. 69-76. ISSN 0100-5502.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FEDERAL, Senado. **PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 236 de 2012.** 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 06 fev. 2015.

GARCIA, Lenise. **Aborto e eutanásia no Código Penal Brasileiro. A sua opinião é importante!** 2012. Disponível em: <<https://brasilsemaborto.wordpress.com/2012/08/08/aborto-e-eutanasia-no-codigo-penal-brasileiro-a-sua-opinioao-e-importante/>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia.** 2004. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia história.** 2000. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/euthist.htm>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

GOLDIM, José Roberto. **Suicídio Assistido.** 2004. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/suicass.htm>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

FERRAZ, Eucanaã. **Sobre a Eutanásia.** 2008. Disponível em: <<http://antoniocicero.blogspot.com.br/2008/01/sobre-eutansia.html>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

LIMA NETO, Luiz Inacio de. **A legalização da eutanásia no Brasil.** 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/legalizacao-da-eutanasia-no-brasil>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

MARINS, André Luis Fernandes. **A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12717>. Acesso em fev 2015.

MELO, Fernando Collor de. **DEC 591/1992 (DECRETO DO EXECUTIVO) 06/07/1992.** 1992. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viiv_Identificacao/DEC 591-1992?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viiv_Identificacao/DEC%20591-1992?OpenDocument)>. Acesso em: 08 fev. 2015.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional.** 2ª edição. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Edwillams Gomes de. **Eutanásia: conflito de garantias fundamentais?** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5225>. Acesso em: 05 fev. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 90.

RESUMOS

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A DECADÊNCIA DA REPRESENTATIVIDADE

Bruna Soares dos Santos¹

INTRODUÇÃO

A democracia garante aos seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos, não concedem e não podem conceder. Teve seu início na Antiga Grécia, mas acabou não evoluindo, pois a forma de escolha de seus governantes não era bem vista pela sociedade. Esta mesma forma de governo foi inserida também em Roma e Itália, mas conseqüentemente teve sua decaída por tais motivos.

Busca-se a solução para a “democracia perfeita”, sistemas como o representativo e participativo, são exemplos e formas de governo utilizadas para este fim.

METODOLOGIA

Foi utilizado para implementação do presente resumo, materializado por meio de revistas jurídicas, artigos científicos, internet e seus afins. Este trabalho tem como objetivo, comparar e buscar soluções democráticas, para o melhoramento e organização da sociedade.

CONCEITO DE DEMOCRACIA

A democracia tem o intuito de ser um governo do povo e para o povo. Mas observa-se que, historicamente, este sistema democrático tropeça por vezes em dificuldades. A falta da prática correta, certamente é um dos motivos que fazem com que a democracia, apesar de ser a melhor e mais sábia forma de organização, não seja aplicada de maneira sublime. “*Se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente.*” A frase citada por Rousseau, expressa de maneira pessimista o seu pensamento para com a democracia. Relatando assim, de que duvidara ser possível que os homens servissem a essas conveniências. (ROUSSEAU, p. 128).

¹ Graduanda do curso de Direito da UNIESP – Ibaiti.

Semelhantemente, Duverger, também expressa seu pensamento sobre este assunto, “*nunca se viu e nunca se verá um povo governar-se por si mesmo.*” Concluindo, que jamais houve e jamais haverá a verdadeira democracia. (DUVERGER, 2002, p.464).

Atualmente, a palavra democracia domina com tal força a linguagem política deste século, tornou-se raro o governo, a sociedade ou o Estado que não se proclamem democráticos. (BONAVIDES, p. 267).

Conclui-se que democracia é um dos poucos objetos políticos, das quais sofrem abusos, modificações e distorções a todo instante. Para Kelsen, a democracia é sobre tudo um caminho: o da progressão para liberdade. (KELSEN, p. 3-13).

HISTÓRIA DA DEMOCRACIA

Por volta de 500 a. C., a democracia teve seus primeiros passos na Grécia Clássica, na cidade de Atenas, em que o poder de tomar decisões políticas está nas mãos dos cidadãos, de uma forma direta ou indiretamente, por meio de seus representantes. Como seu governo não era unitário, mas sim compostos por várias cidades independentes, com muitas áreas rurais ao seu redor, este sistema de governo permitia a participação popular de certo número de cidadãos. Restrições que incluíam mulheres, crianças, escravos e estrangeiros. (DAHL, 2001, p.23)

Foram os gregos que eventualmente usaram o termo *demokratia*, que significa governo do povo, *demos*, o povo, *kratos*, governar. Este termo curiosamente também era utilizado como povo comum ou pobre, e muitas das vezes também utilizada pelos críticos aristocráticos, como forma de desprezo as pessoas comuns que tiravam vantagem do controle que os aristocratas tinham sobre o governo. Em todos os casos a democracia era aplicada pelos atenienses e por outros gregos, não só com o governo de Atenas, como também de muitas outras cidades gregas, segundo Mogens Hermon Hosen, em seu livro “*The athenian democracy in the age of demosthenses*”, 1991.

A democracia de Atenas destacava-se pelo seu alto conhecimento e sua grande influência na filosofia política. Seu governo era considerado complexo, pois havia uma Assembléia, da qual quem somente tinha autorização poderia participar. Ali, eram selecionados os cidadãos e distribuídos cargos de forma aleatória, por meio de uma espécie de loteria. Com o passar do tempo, se tornou uma alternativa

não aceitável ao decorrer do desenvolvimento da democracia representativa, pela sua forma de escolha de seus representantes.

Relativamente, na mesma época em que foi inserido na Grécia, os romanos também anexaram em seu governo o que eles preferiam chamar de república do latim *republicus*, res, que significa negócios ou coisa, e plublicus, pública. Interpretado assim como “*coisa pública*”.

Semelhante a Grécia, o governo tinha suas limitações, era restrito aos patrícios, aristocratas. Somente os homens participavam, isso ocorreu até o século XX.

A república se expandiu de maneira surpreendente, chegando assim a dominar toda a Itália e regiões mais distantes. Muitas das vezes a valorizadíssima cidadania romana aos povos conquistados, que assim se tornaram cidadãos no pleno gozo dos direitos e privilégios de um cidadão, e não mais simples súdito. (DAHL, 2001, p. 23)

Porém, o que parecia magnânimo, conteria uma enorme falha em seu sistema, a falta de adaptação adequada, para o grande aumento de cidadãos. O distanciamento era visto como um empecilho, pois assim não poderiam assistir as assembléias e muito menos a participar.

Apesar de sua durabilidade ser maior que a ateniense, a república romana teve seu enfraquecimento por conta de muitos fatores, sendo um deles a corrupção. Seu definhamento ocorreu depois da ditadura de Júlio César. Tornou se extinto, por cerca de mil anos. Logo após sua extinção, o governo do povo reapareceu em muitas cidades pequenas da Itália, por volta do ano de 1100 d.C. Neste governo, as restrições eram diferentes, apenas integrantes da classe superior poderiam participar. Com o passar do tempo, a classe média, também solicitou participação, e obteve o direto desejado. (DAHL, 2001, p. 24)

Como já observado, ao longo da história, a democracia foi concebida de várias formas, de acordo com a cultura, crenças, entre outros fatores. Destas formas, destacam se duas, a representativa e participativa, que serão citadas a seguir. Conforme o mestre José Afonso da Silva (2006, p.137) relata que “*todo poder emana do povo, que é exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente*”.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A expressão democracia representativa, genericamente tem por base a escolha de seus representantes através do sufrágio universal, o voto. Elegendo assim, os componentes para o conjunto de instituições políticas, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, que tem por dever, estabelecer e executar as leis, visando melhoria e os interesses da população. *“A ideia de representar está etimologicamente ligada à de tomar presente algo que, na verdade, não está. Nesse sentido o ator representa o personagem, sem confundir com este.”* (BASTOS, 2004, p.133).

As raízes do sistema representativo são liberais, após a revolução Francesa houve uma brecha, que anteriormente era absolutista, para uma forma de governo que da qual o povo pudesse intervir no funcionamento das instituições políticas. Segundo as palavras de Soares, representação democrática não é nada mais que uma *“autorização outorgada a um órgão soberano, institucionalmente legitimado pela Constituição, para agir autonomamente em nome do povo e dos interesses”*. (SOARES, 2001, p 130)

Benjamin Constant foi grande protetor deste sistema, argumentando que a participação direta do povo nas decisões coletivas promoveria em submissão do indivíduo a autoridade do todo, que a liberdade política garantida se referia não ao direito de participar diretamente da vida pública e sim se constituía em um direito de não abominar o poder público, em breves palavras dizia que *“não podemos mais desfrutar da liberdade dos antigos, a qual se compunha da participação ativa e constante no poder coletivo. Nossa liberdade deve compor-se do exercício pacífico da independência privada”*. (CONSTANT, 1895, p15).

Atualmente, esta representatividade vem encontrando variadas imperfeições do sistema de ensino, a ineficiência, descaso, entre outros fatores que transformam a representação em uma forma meramente artificial.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A democracia participativa, é vista como forma de governo semi-direta, pois procura conciliar a democracia representativa e ao mesmo tempo proporcionar aos cidadãos o direito decisório, estimulando assim, a maior participação na vida política. Pois entende-se como democracia direta, aquela que ocorria em Atenas, praticadas

na Ágora, aonde realizava-se reuniões de qualquer natureza, não havendo nenhuma influência política.

Teve sua origem no século XIX, como já citado, consiste de uma forma semi-direta do povo nas decisões governamentais, e tem em uma constante relação com a democracia deliberativa, sobre a crítica de que a segunda *“consiste na ideia de que a produção legítima de leis deriva da deliberação pública dos cidadãos”*, que atende-se os princípios democráticos. (BARRETO, 2006, p. 195).

Esta forma de democracia, está basicamente voltada para os interesses dos cidadãos na autonomia política e na eliminação do domínio de homens sobre os homens, buscando a igualdade. Rousseau, foi um dos defensores do sistema participativo, acreditava-se que não era possível agregar a soberania com representação política, considerando que para ele a soberania é inalienável e indivisível, pelo fato de não ser transmissível e por traduzir a vontade geral. (CANOTILHO, 1998, p. 278).

Vontade geral, que está aparente, a busca pelos seus direitos e pela justiça é considerada uma das maiores vontades do povo. Já que, o intuito da democracia é este, fazer a vontade do povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se observar que a representatividade é uma forma que encontra-se decadente. Considerada uma das maiores conquistas, comparado a tempos passados. Isso fica claro perante a geral insatisfação da população com seus representantes, agindo de formas totalmente contrárias, das em campanha. Já dizia Montesquieu, *“o povo é bom para escolher mais péssimo para governar”*.

Portanto, considera-se a democracia participativa, como uma forma mais “democrática”, que vem se fortalecendo com o tempo. Neste sistema, os chefes do governo ficariam atados, refletindo somente os anseios da população, eliminando assim, decisões para o interesse próprio. Analisa-se também, que a democracia participativa é muito mais benéfica e menos corruptiva.

Se acaso houver mudanças no regime democrático, este fato implicaria num processo adequado, por isso, deve-se, ser implementada aos poucos, para a melhor adaptação.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro, **Teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: 1998.

BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. Disponível em <http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ciber-democracia/democracia-representativa/> . Acessado em 21/03/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Trad. Silveira, Loura. Porto Alegre: L&PM, v.2, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

DUVERGER, Maurice. **Les partis politiques**. São Paulo: 2002.

HOSEN, Mogens Hermon. **“The athenian democracy in the age of demosthenses”**. São Paulo ,1991.

KELSEN, Hans, **Vom wesen und wert der demokratie**. São Paulo, 2 ed., pp.3-13.

MOISÉS, José Álvaro. **Cidadania e Participação: ensaio sobre o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular legislativa na Nova Constituição**. São Paulo: Marco Zero, 1990.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DA DIGNIDADE HUMANA COMO FORMA DE HUMANIZAÇÃO NO DIREITO PENAL: ÊNFASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

Cláudia Ribeiro de Oliveira
Clayton da Silva França
Jucilaine da Silva Pinto
Leandro de Paula
Marlove Metzdorf

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Direitos humanos são direitos inerentes à liberdade, igualdade e fraternidade, para garantir condições dignas de vida e sobrevivência humana.

Os direitos humanos foram criados com a necessidade garantir direitos fundamentais para o ser humano, coibir e controlar as atrocidades das sociedades, regulando e tratando as desigualdades entre raça, posição social, religião, cor, liberdade, gerando uma humanização e harmonização entre os habitantes do globo terrestre, através de limites impostos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem que estão representados pelo artigo 5º da nossa Constituição Da República. (1988). (COMPARATO, 2010, p.240).

O Princípio da Dignidade Humana passou a ser o “norte” da Constituição, permitindo uma nova reconstrução de todo o ordenamento. Passou a ser considerado também o valor constitucional supremo e, dessa forma, o indivíduo passou a ser o ponto central do sistema e não mero objeto dele.

A valorização da pessoa humana surgiu em face das inovações decorrentes da evolução social, política, religiosa, econômica e cultural.

Dessa forma, a dignidade humana deve ser sempre buscada e protegida pela legislação e pelo judiciário, para garantir a ordem jurídica e dar base aos demais princípios constitucionais fundamentais, proporcionando às pessoas, mesmo em situação de erro penal em sua conduta, o direito de ter a sanção punitiva aplicada de acordo com seus direitos humanos.

HUMANIZAÇÃO DO SISTEMA PENAL

A Constituição Federal de 1988 estipula em seu art. 5º, XLVII que não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra, de caráter perpétuo, de trabalho forçados, de banimento, cruéis, garantindo o respeito à integridade física e moral e

do preso. A partir dos direitos assegurados ao preso, percebe-se que os legisladores consideraram que a garantia de dignidade e bem-estar social se estende aos condenados, o que não poderia ser diferente, tendo em vista que, mesmo tendo infringido normas penais, continuam sendo pessoas de direitos e deveres.

Importante destacar que não se considera cruel, a pena privativa de liberdade.

Apesar de todas as garantias, é de conhecimento de todos que nem sempre são assegurados os direitos do preso. Muitos são encarcerados em prisões insalubres, expostos ao calor ou frio excessivo, com número de companheiros de cela muito acima do limite, com riscos de contaminação por doenças graves e ainda propensas a violências de todas as formas.

Embora tenha garantia de trabalho e reabilitação, acabam não alcançando isso na prática.

OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DA DIGNIDADE HUMANA

Da dignidade nascem os demais Princípios Orientadores e Limitadores do Direito Penal, dentre os quais merecem destaque:

PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

A tipicidade penal exige o mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, uma vez que, a finalidade das leis não é somente a aplicação da sanção como um castigo, pois o legislador não visa inserir um tipo penal no ordenamento jurídico com condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido. (CAPEZ, 2009, p. 29).

Podemos salientar que a finalidade do tipo penal é tutelar o bem jurídico, e caso a lesão seja insignificante a ponto de ser incapaz de lesar interesse protegido, não ocorrerá à adequação típica. Nossos juízes têm entendido desta forma, reconhecendo a tese da exclusão da tipicidade nos chamados delitos de bagatela, aos quais se aplica o princípio da insignificância.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, assentou “algumas circunstâncias que devem orientar a aferição do relevo material da tipicidade penal”, tais como:

- (a) a mínima ofensividade da conduta do agente;
- (b) a nenhuma periculosidade social da ação;
- (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;

(d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada;

Tal princípio deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades. O furto, abstratamente, não é uma bagatela, mas a subtração de um chiclete pode ser.

ALTERIDADE OU TRANSCENDENTALIDADE

Esse princípio foi desenvolvido por Claus Roxin, segundo o qual:

Só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não seja simplesmente pecaminoso ou imoral. À conduta puramente interna, ou puramente individual — seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente —, falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.

CONFIANÇA

Funda-se na premissa de que todos devem esperar por parte das outras pessoas que estas sejam responsáveis e ajam de acordo com as normas da sociedade, visando a evitar danos a terceiros. Por essa razão, consiste na realização da conduta, na confiança de que o outro atuará de um modo normal já esperado, baseando-se na justa expectativa de que o comportamento das outras pessoas se dará de acordo com o que normalmente acontece. (CAPEZ, 2011, p.34).

ADEQUAÇÃO SOCIAL

A adequação social é a forma em que a sociedade administra seus conceitos quanto ao que é justo ou não, sobre o que é considerado fato criminoso para a sociedade ou não.

Através da evolução histórica e social, podemos observar a mudança entre os conceitos do que é considerado crime e o que não mais é.

Segundo Capez (2010, p.35) “todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso”.

INTERVENÇÃO MÍNIMA

Para este princípio, não basta apenas uma conduta ilícita do agente, para que ele seja aplicado, mas sim quando não causa um dano de grande monta ao objeto jurídico, pois não se deve punir uma pessoa pelo Código Penal só porque estava

descrito a prática de uma conduta. Este princípio não foi criado para tornar condutas ilícitas toleráveis, e sim para que pessoas que cometeram atos ilícitos de pequena monta, não seja equiparados a outros que praticaram atos que realmente causaram dano imensurável ou suficiente a um bem jurídico.

O direito penal trabalha em subsidiariedade com os outros ramos do direito, assim sendo não há necessidade de aplicar o direito penal em uma causa onde através de outros ramos já tenha sido aplicado e sanado as eventuais frustrações do caso ocorrido.

PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade nos diz respeito à forma de aplicar as penas aos infratores, de forma equivalente ao ato infracional cometido. Ninguém pode ser penalizado por um delito menos grave de forma mais severa e por um delito grave de uma forma mais branda, cada um deve pagar de forma equivalente ao ato.

Podemos encontrar estes princípios elencados em nossa Constituição Federal, um deles é o descrito no art. 5º, XLVI. Onde as penas serão individualizadas de acordo com suas gravidades.

PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

A Constituição Federal reconhece esse princípio em vários dispositivos, um exemplo deles, de acordo com Jesus (2010, p.53), é “na execução da pena há a proibição de penas degradantes, cruéis, de trabalhos forçados, de banimento e da sanção capital”.

Toda ameaça ou criação de penalidades que venham a ferir a integridade física e moral de qualquer ser humano, mesmo que ele seja um réu, é inconstitucional.

NECESSIDADE E IDONEIDADE

Segundo Capez (2011, p.41), “a incriminação de determinada situação só pode ocorrer quando a tipificação revelar-se necessária, idônea e adequada ao fim a que se destina, ou seja, à concreta e real proteção do bem jurídico”.

OFENSIVIDADE, PRINCÍPIO DO FATO E DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO

Como ensina Luiz Flávio Gomes, (2002 apud CAPEZ, 2011, p.42), “o princípio do fato não permite que o direito penal se ocupe das intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, das suas atitudes internas (enquanto não exteriorizada a conduta delitiva)”.

Na ofensividade só é possível considerar que de fato existe uma infração penal quando realmente houver uma lesão ou real perigo de lesão ao bem jurídico.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2002 apud CAPEZ, 2011, p.42,43):

“A função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si etc. O direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática. O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico”.

PRINCÍPIO DE AUTO RESPONSABILIDADE

Segundo CAPEZ (2010, p.43), quando uma terceira pessoa incentiva outra a praticar um esporte que tenha grau elevado de perigo, ou que incentive a outra a trabalhar em um serviço perigoso, e que esta venha a fazer de livre e espontânea vontade, se a mesma vir a sofrer um acidente, este terceiro não poderá ser penalizado pelos resultados danosos que a vítima venha a sofrer, pois sua vontade livre, consciente e responsável que a impeliu a correr.

PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PELO FATO

Este princípio diz que as pessoas tem que ser responsabilizadas pelo fato cometido, não podendo haver punição apenas pelos pensamentos, ideologias, manifestações políticas ou culturais discordantes das outras pessoas, ou seja, por terem pensamentos contrários as outras pessoas, sendo a minoria ou maioria. (CAPEZ, 2010, p.44).

PRINCÍPIO IMPUTAÇÃO PESSOAL

Ninguém que não tenha discernimento necessário poderá ser penalizado perante a lei por seus atos cometidos. (CAPEZ, 2010, p.44).

PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE

Neste princípio ninguém será obrigado a pagar por um crime ou dano cometido por outra pessoa conforme o artigo 5º XLV CF. (CAPEZ, 2010, p.44).

PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Neste princípio não se pode atribuir nenhum resultado ao agente, desde que este não tenha agido por dolo ou culpa. (CAPEZ, 2010, p.44, 45).

PRINCÍPIO DA OCUPABILIDADE OU CORRESPONSABILIDADE

Este princípio diz que a sociedade é responsável juntamente com do autor dos atos ilícitos praticados por ele, por ela não lhe ter proporcionado oportunidades em sua vida, ou seja, o autor é considerado vítima da sociedade. (CAPEZ, 2010, p.45).

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES

A utilização deste princípio auxilia na identificação, de situações em que não há necessidade de acionar o sistema penal com pequenos delitos.

São apontadas por Nucci (2014, p.195-197), três regras da aplicação do princípio da insignificância.

1ª) consideração do valor do bem jurídico em termos concretos.

Há a necessidade de se verificar o objeto sobre o qual se recai a conduta do agente, pois, para a vítima pode ter um valor considerável, mas para o agente não tem valor alguns, e se analisar perante uma visão global o valor deste objeto também não tem um valor considerado, portanto, cabe a aplicação do princípio da bagatela, por exemplo, em um furto de uma peça com estima sentimental da vítima.

2ª) consideração da lesão ao bem jurídico em visão global.

Esta regra vê em outro ângulo o objeto no qual recai a conduta do agente, pois, supondo que o objeto furtado seja de um valor imensurável para uma determinada linha de pessoas, uma classe social com menos poder financeiro, exemplo uma joia que para uma pessoa rica seja de fácil aquisição mas para uma

grande demanda de pessoas que não vivem em uma casse financeira semelhante, seria muito difícil e obter o mesmo objeto. Neste caso aplica-se o princípio, pois em uma visão global, da grande maioria, o objeto do delito tem um valor econômico considerável, para uma aplicação penal com maior força.

3ª) consideração particular aos bens jurídicos imateriais de expressivo valor social.

Aqui Nucci trata de situações onde o valor do bem tutelado é socialmente relevante, como exemplo citado por ele, diz que um policial aceitando propina no valor de R\$10,00 reais já caberia o crime de corrupção passiva, para este caso não importa a quantia, podendo ser dez mil ou dez reais, o que está tutelado aqui é a moralidade administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é à base de valorização da pessoa como centro da tutela jurídica, não importando se este indivíduo cometeu ou não uma ilicitude penal ou outra de qualquer natureza.

Sabemos que apesar de ser um princípio necessário a uma vida mais digna, ainda há muito que se fazer para tirar isto do papel, principalmente quando falamos na dignidade da pessoa encarcerada, que está submetida à superlotação, agressões físicas e psicológicas e tantas outras condições indignas.

O Princípio da Insignificância traz a tona a não incriminação de condutas que causam lesões mínimas, os chamados “crimes de bagatela”. O mesmo não considera essas condutas como crimes, tanto que não há condenação penal.

Portanto, este princípio é fundamental em nosso ordenamento jurídico, uma vez que com sua aplicação em delitos mínimos nosso sistema prisional deixa de receber tantos condenados por infrações insignificantes.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal**, v. 1. 31. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. v. 3. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Ana Paula Baradel
Caroline de Paula Camargo
Daniel Fadel
Nubyah Gabriela Oliveira Siqueira

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre a dignidade humana como princípio constitucional, propósito principal da inclusão do princípio na Constituição foi fazer com que a pessoa seja fundamento e fim da sociedade.

O desrespeito à dignidade humana, afirma que pode ser ofendida de muitas maneiras perante todas as suas modalidades.

Entretanto a dignidade é irrenunciável e inalienável, elemento que qualifica o ser humano, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, vez que constitui de norma de estatura constitucional carregada de valor axiológico, sendo portanto, de observância obrigatória.

As normas constitutivas do ordenamento não estão isoladas, mas fazem parte de um sistema onde os princípios gerais exercem como relação, por meio dos quais elas se associam, partindo para o reconhecimento do princípio da unidade do sistema jurídico, devido aos princípios que os sistemas constitucionais cultivam a unidade de definição e obtém o reconhecimento de sua ordem normativa.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º inciso III, da Lei Fundamental brasileira, o qual determina que a República Federativa do Brasil tenha como fundamento, a dignidade da pessoa humana.

O propósito principal da inclusão do princípio na Constituição foi fazer com que a pessoa seja como aponta Jorge Miranda “fundamento e fim da sociedade”, porque não pode sê-lo o Estado, que nas palavras de Ataliba Nogueira é “um meio e não um fim” é um meio que deve ter como finalidade, a conservação da dignidade do homem. Nesse seguimento, Santos (1999, p. 92), destaca que “importa concluir que o Estado existe em função de todo o mundo e não está só em função do Estado, não só o Estado, mas, consectário lógico, o próprio Direito”.

Mesmo que se tenha procurado as linhas básicas do que seja a dignidade do homem, não conseguiu o que é o âmbito de proteção da dignidade.

Uma das principais dificuldades está no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diferentemente do que acontece com as outras normas jusfundamentais, não cuidam de concepções específicas da existência humana, mas cuidam de uma qualidade pertinente a todo e qualquer ser humano, passando ser frequentemente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal. (SARLET, 2001, p. 38-39).

No entanto, como cita o autor, com apoio em Tischner e Renaud, “não ficam dúvidas que a dignidade é algo verdadeiro, já que não se vê dificuldade em identificar visivelmente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”.

É possível ver varias situações onde a dignidade da pessoa humana fica completamente violada. O ensinamento de Lewandowski (1984, p. 66), os problemas relacionados à institucionalização dos direitos humanos não está no plano de sua expressão formal, mesmo que, nesses campos, grandes desenvolvimentos foram realizados desde o surgimento das primeiras declarações a partir do final do século XVIII. As dificuldades encontram-se propriamente no plano de sua realização objetiva e no plano de sua exigibilidade. Dois exemplos de desrespeito à dignidade humana são confrontados por Bastos (1988: 425), garante que a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, perante todas as suas espécies, podem evitar que o ser humano realize na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido.

A NOÇÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA NA PERSPECTIVA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Segundo Michael Sachs a dignidade da pessoa, diferentemente do que ocorre com as outras normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos essenciais da realidade como a integridade física, intimidade, vida, propriedade, mas sim, de uma qualidade considerada como inseparável a todo e qualquer ser humano, de tal modo que a dignidade passou a ser frequentemente determinada como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano, essa determinação não contribui para um entendimento satisfatório do que realmente é o contexto de proteção da dignidade, na condição jurídico-normativa. (SACHS, 2000 **apud SARLET, 2006**).

A dignidade, como qualidade própria da pessoa humana, é irrenunciável e

inalienável, formando elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, não podendo imaginar na possibilidade da pessoa estabelecida ser titular de uma pretensão a que lhe seja permitida a dignidade. Portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, ser criada, concedida ou retirada embora possa ser violada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. (Durig, 1956, **apud SARLET, 2006**).

Dessa maneira vale lembrar que a dignidade não existe apenas onde é exposta pelo direito e na dimensão em que a reconhece, já que estabeleceu dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. Apesar disso, importante não descuidar que o Direito poderá realizar papel importante na sua proteção e promoção, não sendo, dessa maneira, totalmente sem fundamento, que se fortaleceu até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano. Assim sendo, quando se cuida de aferir à realidade de ofensas à dignidade, não há como prescindir na esteira do que leciona González Pérez uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, propriamente para que se possa verificar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações. Em verdade, como nos lembra o mesmo autor, a dignidade é tida como intangível pelo fato de que assim foi decidido, na medida e no sentido. (SILVA, 2002 *apud* SARLET, 2006).

Segundo a doutrina de Gunter Durig, a dignidade consiste no fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o diferencia da natureza impessoal e que o prepara com base em sua própria decisão, torna-se consciente de si mesmo, possui determinação de sua conduta, formando a sua existência e o meio que o circula”.

De acordo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, percebe que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana possivelmente continua sendo reconduzido e a doutrina majoritária fortalece esse termo principalmente à matriz Kantiana, centralizando na autonomia e no direito de decisão da pessoa.

Nesta mesma linha de entendimento, Gomes Canotilho menciona:

O princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana

consubstancia-se no princípio antrópico que aceita a idéia pré-moderna e moderna de dignitas-hominis (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual.

Entretanto, ter a situação de que esta liberdade é considerada em abstrato, sendo a capacidade que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua verdadeira realização no caso da pessoa em concreto, de modo que o absolutamente incapaz possui exatamente a mesma dignidade de que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

DIGNIDADE DA PESSOA COMO VALOR CONSTITUCIONAL

Segundo Jorge Miranda a constituição, a despeito de seu caráter de compromisso, verifica uma unidade de sentido, de valor e de acordo prático ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, motivo por qual afirma que o princípio da dignidade humana age como o “princípio e fim” do conjunto das liberdades constitucionais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações. Constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas. (MIRANDA, 1988 apud SARLET, 2006).

Vieira de Andrade assevera que o princípio da dignidade humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, assume, que o nível de ligação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser especificado, de forma que encontram direitos que constituem explicitações em primeiro grau da idéia de dignidade e outros que destes são decorrentes. (ANDRADE, 1987 apud SARLET, 2006).

Segundo Juarez de Freitas a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não somente dos direitos fundamentais e de outras normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De maneira especial, o princípio da dignidade da pessoa, acaba por servir de referencial preso na área da indispensável hierarquização axiológica ligado ao processo hermenêutico-

sistemático. No âmbito da função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, pode afirmar a existência não somente de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mais acima de tudo de uma hermenêutica que, além do conhecido postulado do in dubio pro libertate, tenha sempre presente “o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida”. (FREITAS, 1995 apud SARLET, 2006).

A expressão e formulação de Alexandre Pasqualini, a realidade da dignidade e direitos fundamentais “age, no meio do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, vivem, de maneira inseparável, os momentos sistemáticos e heurísticos de qualquer ordem jurídica realmente democrática”. (PASQUALINI, 1999 apud SARLET, 2006).

NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Crisafulli entende que princípios é toda norma jurídica considerada como definitiva de outra ou outras que são dominadas, que a pressupõem, ampliando e indicando posteriormente o preceito em direções mais particulares.

Não hesita, em expressar que um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou oculto em um ordenamento, estabelece norma, aplicável como regra, de determinados comportamentos públicos ou privados.

Perassi expressa a opinião de que as normas constitutivas de um ordenamento não estão isoladas, mas fazem parte de um sistema onde os princípios gerais exercem como relação, por meio dos quais elas se associam de sorte a formarem um bloco sistemático. Daqui se parte sem dificuldade para o reconhecimento do princípio da unidade do sistema jurídico, que é, um ponto de visão juspublicística onde se absorve as mais atuais conquistas metodológicas da Nova Hermenêutica, o mesmo princípio da unidade da Constituição.

Fica para trás, todo anacrônica, a dualidade, ou, mais propriamente, o conflito princípio versus norma, devido a nova expressão metodológica a norma é conceitualmente superior à categoria de gênero, cuja as espécies vêm a ser o princípio e a regra.

Tanto as regras como os princípios também são normas, pois que ambos se elaboram com auxílio de expressões deônticas essenciais, como norma, autorização e proibição. Assevera Robert Alexy que os princípios assim como as regras formam

do mesmo modo fundamentos para juízos concretos de dever, ainda que sejam fundamentos de espécie muito diferente.

A diferença de princípios e regras é, portanto, diferença entre duas espécies de normas. Observa que as medidas oferecidas á distinção ora determinada são inumeráveis. O mais frequente, acentua, é o da generalidade. De acordo com este, Alexy expressa, os princípios são normas dotadas de elevado nível de generalidade referente, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, nível relativamente baixo de generalidade.

A Constituição Aberta, com relação a normatividade dos princípios, invocamos a autoridade de Peczenik. De fato, “com semelhança firmeza e abrangência, os princípios são propostas normativas e não declarações descritivas; insere o jurista que eles dizem o que deve ser e o que é permitido, não aquilo que o caso é na realidade”.

Centro das medidas valorativas da Constituição, o princípio apresenta competência normativa irradiante, referida por Canotilho. Os princípios de Direito Público abrangidos na Constituição são normas jurídicas, enquanto a norma é uma referência dentro no qual existe uma certa liberdade, o princípio tem elemento completo. A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo. O princípio dispõe um comando estimativo, em definição axiológica, de valoração, de espírito. O princípio solicita que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais possuem o seu mesmo conteúdo, acompanham a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito.

De fato, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. E devido aos princípios que os sistemas constitucionais cultivam a unidade de definição e obtém o reconhecimento de sua ordem normativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o expresso no presente trabalho, observa-se, portanto que a dignidade humana é desrespeitada, o problema está relativo à institucionalização dos direitos humanos, a dificuldade está na realização objetiva e na exigibilidade, diferente das outras normas jusfundamentais a dignidade cuida da qualidade inseparável a qualquer ser humano, sendo elemento que qualifica o homem.

O Direito poderá executar papel essencial na proteção, não sendo sem fundamento, que se fortaleceu à desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade, na proporção em que cuida do valor próprio da natureza do homem.

Percebe-se que os direitos e garantias fundamentais podem reposicionar à noção de dignidade, visto que todos remontam o entendimento de proteção e desenvolvimento das pessoas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Almedina, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. I, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed, Coimbra: Almedina, 1999.

DÜRIG, Günter, Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetz, in Archiv des Öffentlichen Rechts (AOR) nº 81 (1956), p. 9 e ss.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**, São Paulo: Malheiros, 1995.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. II, 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico - Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Quinze anos da Constituição Federal – em busca da efetividade. Coordenação: Luiz Alberto David Araujo e José Roberto Martins Segalla. Bauru: EDITE, 2003.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrechte**. Berlin-Heidelberg-New York: Springer-Verlag, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**, São Paulo: 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Ed. 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**. Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção humana, São Paulo: LTr, 2002.

A REVOLUÇÃO DOS BICHOS, UMA ANÁLISE TOTALITÁRIA

Eugênio Aparecido Lemes Martins
Fábio Eduardo Lopes
Gabriel Izidoro da Silva
Marcos Roberto Veloso
Miguel Carvalho da Silva Dias
Mylene Oliveira de Barros

INTRODUÇÃO

Na obra “A Revolução dos Bichos” (1945), George Orwell faz uma sátira da Revolução Russa. Para isso, Orwell deu a capacidade de comunicação e inteligência aos animais. Com isso, criou uma metáfora com o intuito de denunciar a experiência soviética como um todo. “Ao longo dos últimos dez anos” escreveu ele em 1947, “convenci-me de que a destruição do mito soviético era essencial para conseguirmos reviver o movimento socialista”. A obra “A Revolução dos Bichos”, pode ser dita como uma crítica a um problema socialista, feita por um socialista.

NOTA SOBRE O AUTOR

Para explicar sobre o autor, ninguém melhor do que ele próprio. Para isso, será usado um prefácio do autor à edição ucraniana, feito em 1947. Diz ele:

Nasci na Índia em 1903. Meu pai trabalhava na administração colonial inglesa, e minha família era uma dessas famílias comuns de classe média de soldados, religiosos, funcionários públicos, professores, advogados, médicos etc.

Estudei em Eton, a mais cara e esnobe das *Public Schools* da Inglaterra. Mas só fui aceito lá graças a uma bolsa de estudos, de outro modo, meu pai não teria meios de me mandar para uma escola desse tipo.

Pouco depois de me formar (ainda não completara vinte anos) fui para a Birmânia e me alistei na Polícia Imperial da Índia. Era uma força policial armada, muito semelhante à *Garde Mobile francesa*. Lá servi cinco anos. Não gostei daquilo, que me fez detestar o imperialismo. Até 1930 eu não me considerava totalmente socialista. Na verdade, nunca tive opiniões políticas claramente definidas. Tornei-me pró-socialista mais por desgosto com a maneira como os setores mais pobres dos trabalhadores industriais eram oprimidos e negligenciados do que devida a qualquer admiração teórica por uma sociedade planificada.

Casei-me em 1936. Praticamente na mesma semana irrompeu a Guerra Civil Espanhola. Tanto minha mulher como eu quisemos ir para a Espanha e lutar pelo governo espanhol. Tivemos muita sorte de conseguir deixar a Espanha com vida, e de não termos sido presos uma vez sequer. Muitos dos nossos amigos foram fuzilados, outros passaram longos tempos nas cadeias ou simplesmente desapareceram. Essas caçadas humanas ocorriam na Espanha ao mesmo tempo em que os grandes expurgos na URSS, e eram uma espécie de complemento a eles. Tanto na Espanha como na Rússia, a natureza das acusações (a saber, conspiração) era a mesma, e no que diz respeito à Espanha, tenho todos os motivos para julgar que fossem falsas. Tanto minha mulher como eu vimos gente inocente ser atirada na prisão só por suspeita de desvio de ortodoxia.

TOTALITARISMO

Segundo o dicionário Aurélio, Totalitarismo significa: governo, país ou regime em que um grupo centraliza todos os poderes políticos e administrativos. Tem-se o conceito do homem como servo do Estado.

De acordo com Antonio Gasparetto Junior (2015), “Totalitarismo é uma forma de governo no qual o mesmo é comandado rigidamente por uma única pessoa”.

De forma mais ampla, Antonio Gasparetto Junior, conceitua o Totalitarismo como:

O fenômeno político que seria muito característico de diversos regimes no século XX nasceu durante a Primeira Guerra Mundial. O conflito forçou o direcionamento da produção dos países europeus para sustentar os recursos necessários no conflito. Os governos, então, passaram por cima das divisões burocráticas e democráticas dos Estados para responder às demandas de guerra, gerando, assim, poderes excessivos para governantes.

Relações desse tipo se espalharam pelo continente europeu e governantes passaram a não ter limite para autoridade, controlando aspectos da vida pública e privada. Para ampliar essa influência, o fator ideológico foi propagado para orientar governos e o povo. É dessa associação, autoritarismo e ideologia, que se construiu o **Totalitarismo**. De forma geral, os países que passaram por regimes totalitários foram comandados por partidos únicos, tiveram a exaltação da imagem de um governante, sofreram uma burocratização do aparelho estatal, sofreram também com a repressão política e ideológica, seguiram ideais patrióticos e ufanistas exacerbados, conviveram com a grandiosa propaganda estatal e a censura e, nessa metade inicial do século XX, testemunharam a militarização e o expansionismo.

Sabe-se que nenhum regime se sustenta apenas com violência. Para isso será dado um melhor entendimento sobre como é a maquina Totalitária, usando um tripé reunindo três características fundamentais para o funcionamento do sistema, com base em conceitos retirados do regime totalitarista da URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas). São eles: Satisfação; Persuasão; e Repressão.

Satisfação

Todo aquele ano, os bichos trabalharam feito escravos. Mas trabalhavam felizes; não mediam esforço ou sacrifício, cientes de que tudo quanto fizessem reverteria em benefício deles próprios e dos de sua espécie, que estavam por vir, e não em proveito de um bando de seres humanos preguiçosos e aproveitadores. (ORWELL, 1945).

Aqui, a obra faz uma menção aos planos quinquenais da União Soviética. Esses planos objetivavam modernizar, industrializar e fazê-los crescer economicamente falando. O primeiro deles (1928-1933) estava voltado para o aumento da produção de maneira global, com o estímulo à industrialização, sobretudo na área da indústria pesada (maquinaria e siderurgia, por exemplo). No meio rural foi feita a coletivização agrícola.

Ao ser implantado o segundo plano quinquenal (1933-1938), já se notavam os efeitos positivos do primeiro plano: a indústria de base crescera aproximadamente sete vezes em relação a 1928, e a indústria de bens de consumo, quatro vezes.

O terceiro plano quinquenal, iniciado em 1938, visava desenvolver a indústria especializada, especialmente a química, mas não pode ser totalmente colocado em prática devido à eclosão da Segunda Guerra Mundial.

A intenção aqui, não é reduzir a satisfação a uma mera questão econômica. Isto seria precipitado. Mas, sabe-se que estabilidade política e econômica anda lado a lado. Uma economia forte naturalmente da legitimidade a um governo. Basta olharmos para o nosso país. Não emitindo um juízo de valor, mas apenas um dado concreto, dado pelo IBOPE (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística) 64% dos brasileiros atribuiu ruim ou péssimo à gestão da atualmente afastada presidente Dilma Rousseff. Listando problemas como: alta inflação; desemprego; e juros altos.

Persuasão

Garganta, em seus discursos, com lágrimas rolando pelo focinho, falava da sabedoria de Napoleão, da bondade de seu coração, do profundo amor que devotava aos animais de toda parte, mesmo – e especialmente – aos infelizes animais que ainda viviam na ignorância e na escravidão em outras granjas. Tornara-se comum dar a Napoleão crédito por todos os êxitos e todos os golpes de sorte. (ORWELL, 1945).

Aqui se faz necessário destacar o culto à personalidade de Stálin. Não é errado afirmar que sua figura era quase a de um deus ou como afirma o professor Renato Pellizzari, “Stalin acabou com a religião, mas, não acabou com a imagem de divindade. Seus arquitetos políticos e a forte propaganda revolucionária transformaram Stálin em uma figura enigmática, assim como uma divindade”.

Repressão

Napoleão postou-se e dirigiu um olhar severo à assistência; depois deu um guincho estridente. Imediatamente os cachorros avançaram, pegando quatro porcos pelas orelhas e arrastando-os a guinchar de dor e terror, até os pés de Napoleão.

Os quatro porcos esperavam trêmulos. Então Napoleão induziu-os a confessar seus crimes. Eram os mesmos que haviam protestado quando Napoleão abolira as reuniões dominicais. Ao fim da confissão, os cachorros esfaquearam a garganta dos quatro, e Napoleão, com uma voz ameaçadora, perguntou se algum outro animal tinha qualquer coisa a confessar. (ORWELL, 1945).

É extremamente necessário para um regime totalitário sem limites, que haja o medo constante. E isso, Stálin fez com maestria. Tanto que uma característica bastante forte do governo de seu governo é os grandes expurgos. Cabe aqui lembrar que ele fora um grande genocida.

Centralizando todo o poder do Estado soviético, Stálin livrou-se da oposição de Trótski, exilando-o em 1929. Mais tarde, principalmente em 1936 e 1938, reafirmou sua autoridade ao afastar todos os potenciais opositores, recorrendo para isso a julgamentos, condenações, expulsões do partido e punições – processos que ficaram conhecidos como expurgos de *Moscou*. Sem alarde ou protestos, que eram abafados pelo medo, muitos líderes políticos e cidadãos comuns foram aprisionados, executados ou mandados para prisões em regiões remotas, como a Sibéria.

Mesmo fora da união soviética, Trótski continuou a fazer oposição ao governo stalinista, criticando os processos de *Moscou* e a farsa das retratações e confissões de acusados, até ser assassinado por um agente soviético no México, em 1940.

Faz-se necessário entender que ao fazer isto, assim, Stálin aboliu todo e qualquer problema com opositores que de certa forma poderiam deslegitimar seu governo. Porém Stálin não assassinou apenas opositores, assassinou também grandes nomes de seu governo. Com isso ele conseguia gerar um grande medo e um estado de vigília constante.

Explicado isto, cabe ser feita de agora em diante, uma análise do Totalitarismo sob uma visão ligada ao Direito Constitucional propriamente, e não a questões históricas e sociológicas.

ASPECTOS JURÍDICOS

O que é o Direito Constitucional

De acordo com Paulino Jacques, Direito Constitucional é *“o ramo do direito público que estuda os princípios e normas estruturadoras do Estado e garantidoras dos direitos e liberdades individuais”*.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 20) “A constituição rígida é a lei suprema. É ela a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela se dispor.

Ou seja, a Constituição, assume um caráter máximo em uma nação. Nela constam não apenas as leis máximas de um país, mas, reflete os projetos de uma sociedade, anseios, enfim, seu projeto e ideal de Estado.

Direito Constitucional e o Totalitarismo

É necessário lembrar que em governos totalitários, os líderes, passam por cima das divisões democráticas de um determinado Estado. Como afirma o historiador Antonio Gasparetto Junior, “Em resumo, o poder executivo, segundo a divisão clássica dos três poderes, ficou exaltado em relação aos demais.

Um dos grandes problemas do totalitarismo está diretamente ligado a supremacia do poder executivo. Quando isto ocorre, tem-se um governo que tem livre passagem para agir da forma como bem entende, sendo parcial. Por sua vez, temos a parcialidade como principal inimiga dos direitos fundamentais da pessoa humana, aqueles que são inerentes ao ser humano.

A divisão funcional dos poderes

A divisão funcional dos poderes ou separação dos poderes, ainda hoje é base para as democracias. Ela já havia sido citada em algumas outras obras, mas ganhou grande repercussão mesmo foi com Montesquieu, na obra “O Espírito das Leis”. Como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2013, p. 133) “tornou-se a separação dos poderes o princípio fundamental da organização política liberal e até foi transformada em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”.

Nos dias de hoje, é incabível a idéia de um poder sem limites. O poder, independente de qual for, deve ser limitado. Cai bem aqui, a expressão de Lord Acton, “todo poder corrompe”.

CONCLUSÃO

Visto isto, torna-se visível o grande perigo que o Totalitarismo representa na busca de uma sociedade ideal e justa. E também, o papel fundamental que o Direito Constitucional possui. Não apenas de caráter político, dizendo como os poderes públicos devem funcionar, mas, de caráter social. Por isso, é necessário pensar o Direito não de forma abstrata e isolada, mas como um conjunto de relações – como a filosofia e as noções de justiça, por exemplo. Pois só assim, podemos buscar os princípios de justiça universalmente válidos.

REFERÊNCIAS

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

VICENTINO, Cláudio. DORIGO, Gianpaolo. **História Geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2013.

A MENORIDADE PENAL ANALISADA COMO CLÁUSULA PÉTREA

Flávio de Jesus Maciel

INTRODUÇÃO

Diariamente são noticiados, furtos, roubos a mão armada, homicídios, latrocínios, etc.; praticados por menores de 18 anos. As vítimas, muitas vezes veem com desprezo a resposta do Estado, pois em virtude de tais atos serem praticados por menores infratores, estes recebem um tratamento especial: “medidas socioeducativas” previstas no capítulo IV da Lei nº 8.069/90, do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), onde em seu § 3º estabelece que: “em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos”, o que gera uma revolta social, pois em pouco tempo o infrator retorna a sociedade. Diante desta realidade, há um aumento considerável de movimentos exigindo a redução da maioridade penal como uma solução mágica e milagrosa para os diversos crimes cometidos por menores de idade.

Segundo pesquisa do Instituto “Data Senado”, de 17 de fevereiro a 5 de março de 2014, mais de 81% dos internautas optaram pelo fim da maioridade penal. Desta forma, as autoridades governamentais são pressionadas a darem respostas concretas em forma de leis.

Como visto na referida pesquisa, ainda que grande parte da população reivindique mudanças no citado ordenamento jurídico, à luz do Direito não há muito a se fazer, pois várias propostas de Emendas Constitucionais, dentre as quais cito a PEC 33/2012, de autoria do Senador Aloysio Nunes (PSDB-SP), a qual tem como principal objeto a redução da maioridade penal para 16 anos, mesmo antes de irem à votação esbarram na CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) e é considerada cláusula pétrea e intangível porque o art. 228 da CF declara que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos sujeitos às normas da legislação especial”.

A INIMPUTABILIDADE DOS MENORES DE 18 ANOS

Considerando que imputabilidade é um elemento da culpabilidade é necessário primeiramente entender o que é culpabilidade.

Culpabilidade é aplicada para indicar que o indivíduo é responsável por uma transgressão à norma, um ato específico que é considerado reprovável, de acordo

com Rogério Greco (2004, p. 24), “Culpabilidade é o juízo de censura, é o juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita do agente”.

Assim, a culpabilidade deve ser vista e analisada como elemento do crime, em que a ação deve ser considerada típica, antijurídica e culpável, cujo resultado que lesiona o Direito, proveniente da ação ou da omissão do agente, é atribuído à culpa em definição dilatada ou sentido amplo, onde o vínculo subjetivo que liga a ação ou a omissão ao resultado é reprovável em virtude da censura externa da ação. Neste caso, serão considerados os elementos: dolo, culpa, imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa, conforme ensina Heleno Cláudio Fragoso:

A culpa consiste na reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem a capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias e que o fato ocorreu conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito. (FRAGOSO, 2004, p. 240)

Como já citado, a imputabilidade nada mais é que um dos elementos da culpabilidade, onde imputar denota responsabilizar, culpar, e desta forma, o agente para ser culpável deverá ser no momento do fato apto a discernir a sua característica ilícita, como assegura Edgard Magalhães Noronha: (2004, p.164) “imputabilidade é a capacidade que tem o indivíduo de compreender a ilicitude de seu ato e de livremente querer praticá-lo”.

E ainda salienta que:

A *culpabilidade*. Além de típica e antijurídica, deve a ação ser *culpável*. Trata-se do elemento do delito. O resultado lesivo ao direito, oriundo da ação do sujeito ativo, há de ser-lhe atribuído a título de culpa, em sentido amplo, isto é, dolo ou culpa. (NORONHA, 2004, p. 103)

Para se falar então que uma conduta é reprovável, ou seja, que há culpabilidade, é necessária observação que o autor da ação tenha plena condição de agir de acordo com a norma, requer-se do agente a capacidade psíquica que lhe permite ter consciência, sanidade mental, maturidade e vontade de praticar o ato, embora conheça a sua característica antijurídica. Porém, uma vez não sendo preenchido este requisito, o será considerado inimputável, e desta forma surge à exclusão de culpabilidade.

O Código Penal Brasileiro, instituído pelo Decreto-Lei nº 2. 848, de 7 de dezembro de 1940, em seu Título III, art. 27, assevera aos menores de 18 anos um

caráter de inimizabilidade: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimizáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Assim, Edgard Magalhães Noronha, argumenta que os menores de idade não são inseridos integralmente na vida social em virtude de não possuírem um desenvolvimento mental completo:

Com desenvolvimento mental incompleto compreendem-se os menores, fora, entretanto, do Código Penal, ex vi do art. 27, e os silvícolas não ajustados à vida civilizada. Não se trata de patologia, mas de inadaptação a um viver cultural que não possuem. (NORONHA, 2004, p. 167)

Portanto, uma vez que o menor não pode recepcionar na sua totalidade o entendimento do caráter ilícito do fato, logo, não poderá ser culpável. Sobre o aludido artigo, é pertinente também pontuar o que relata Rogério Greco:

II – Inimizabilidade por imaturidade natural

“Aqui, adotou-se o critério exclusivamente biológico, pois, por motivos de política criminal, entendeu o legislador que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito”. (GRECO, 2012, p. 107).

A importância da matéria, devidamente resguardada pelo art. 228, da CF/88, possibilitou a Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e nessa ótica é pertinente citar o relatório de Lair Loureiro do Tribunal de Justiça de São Paulo:

A Lei 8.069/1990 revolucionou o Direito Infante-Juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral. Essa nova visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral. (LOUREIRO, *apud* LIBERATI, 2010, p. 15).

Portanto, os menores de dezoito anos, face à condição de desenvolvimento intelectual e formação biológica, e ainda não serem inseridos na vida social, estão devidamente amparados pela atual legislação.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO SOLUÇÃO PARA A DIMINUIÇÃO DA CRIMINALIDADE

Independentemente que os crimes atuais sejam ou não praticados por maiores ou menores de idade, a criminalidade que assola o país é um problema de

cunho social, que está ligada a uma deficiente política de saúde, educação, e ineficiente política de distribuição de renda, e sobre esta ótica, reduzir a menoridade penal não diminuiria os atos infracionais, uma vez que grande parte do problema se dá por uma omissão do Estado em efetivar, neste caso, ao menor em desenvolvimento, o mínimo de dignidade, direito já contemplado em nossa carta magna em seu art. 227:

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

Ora, sabemos que as medidas propostas por muitas das vítimas são provenientes de decisões precipitadas impulsionadas pelo sentimento de revolta contra os atos criminosos cometidos por menores, todavia ainda ressalta-se que o Estado não cumpre seu papel nos estabelecimentos criminais atuais, que são verdadeiras escolas do crime. E enviar a um presídio um menor de idade seria uma medida irresponsável não só do Estado, mas de toda organização social, para tanto citamos Wilson Donizeti Liberati:

[...] “Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, por ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social à medida que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o a contaminação carcerária”. (LIBERATI, 2010, p. 111)

Assim, a formulação de uma nova política criminal para os menores de dezoito anos, a pretexto da redução da criminalidade é errônea e irresponsável, e ainda, não encontra repouso na legislação vigente, como analisaremos no título abaixo.

O ARTIGO 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANALISADO COMO CLÁUSULA PÉTREA

A nossa Constituição Federal de 1988, é fruto de uma Assembleia Constituinte instaurada em 1º de fevereiro de 1987, e promulgada em cinco de outubro de 1988, a qual estabelece como fruto desse constituinte as matérias petrificadas ou Cláusulas Pétreas, que estão expressas em seu Art. 60, § 4º “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ... IV - os direitos e garantias individuais”. E considerando ainda que o artigo 228 da Constituição Federal que trata da maioridade penal: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Sendo assim, fica claro a matéria é cláusula pétrea, pois ainda que não esteja inserida no rol do Art. 5º CF, se trata de uma garantia Constitucional. Todavia, haja vista o artigo 227 do aludido diploma prever a proteção Integral à Criança e ao Adolescente, e o artigo 228 afirmar que são inimputáveis os menores de 18 anos, os quais serão submetidos à legislação específica, foi criada em 13 de julho de 1990 a Lei nº 8.069: O Estatuto da Criança e do Adolescente, elaborado em conformidade ainda com o art. 27, do código penal de 1940: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Cita-se ainda o teor do art. 104 do aludido estatuto. “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”.

No entendimento de Luis Fernando Camargo de Barros Vital, o art. 228 da CF/88, constitui em uma matéria petrificada, o qual argumenta categoricamente o tema:

Neste terreno movediço em que falta a razão, só mesmo a natureza pétrea da cláusula constitucional (art.228) que estabelece a idade penal, reside ao assédio do conservadorismo penal. A inimputabilidade etária muito embora tratada noutro capítulo que não aquele das garantias individuais é sem dúvida um princípio que integra o arcabouço de proteção da pessoa humana do poder estatal projetado naquele, e assim deve ser considerado cláusula pétrea. (DE BARROS VITAL, 1997, *apud* LIBERATI, 2009, p. 112).

Diante da proteção normativa supramencionada, conclui-se que qualquer tentativa de fragmentação ou mutação da norma vigente por meio de emenda constitucional não encontrará respaldo legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que o quadro atual de segurança pública venha causando indignação da população quanto à natureza dos crimes em virtude da peculiar condição de inimputabilidade de seus sujeitos ativos, atribuir como solução mágica a essa adversidade, a implantação de uma política de diminuição da menoridade penal sob o pretexto de frear a criminalidade, se mostra como atitude precipitada e imediatista, pois se embasa muito mais no sentimento justiceiro proveniente de um ódio punitivo que de fato com a verdadeira manifestação da justiça.

Bem se sabe que a justiça se alcança não somente com leis, mas sim com a aplicação de políticas de alcance do aparato estatal a todas as classes sociais, permitindo a todos os cidadãos e menores em desenvolvimento as condições dignas de existência, e a nítida dificuldade do estado em efetivar tais políticas sociais prevista na carta magna tem-se refletido consideravelmente no quadro atual de segurança pública.

Portanto, o que se mostra hoje como uma atitude impulsiva de se violar uma cláusula pétrea respaldada apenas em um argumento equivocado de se diminuir a criminalidade, trata-se na verdade de uma mutilação a um direito fundamental e intangível, e diga-se, um retrocesso que não solucionará a problemática da segurança pública e ainda permitirá a exposição do menor em desenvolvimento a toda sorte das mazelas carcerárias que notavelmente se estabeleceu no sistema prisional Brasileiro. Assim a efetivação de uma lei inconstitucional nada mais será que a normatização da irresponsabilidade não tão somente do estado, mas, sobretudo de seus cidadãos para com os menores em desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa Do Brasil**. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3914, de 9 de dezembro de 1941**. Dispõe sobre a Lei de Introdução ao Código Penal e da Lei de Contravenções Penais.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. Vol. I. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Pesquisa do Data Senado aponta apoio de 81% ao fim da maioridade penal. Disponível em <<http://www.12.senado.gov.br/noticias/materas/2014/03/07/pesquisa-do-datasenado-aponta-apoio-de-81-ao-fim-da-maioridade-penal>>. Acesso em 01 mai. 14 às 20:00:05.

(TJSP, AC 19.688-0, Rel. Lair Loureiro, apud LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

X-MEN E A ALEGORIA DA LUTA DOS DIREITOS HUMANOS DOS NEGROS E A “HEROICIZAÇÃO” DE MARTIN LUTHER KING E MALCOLM X

Jeferson de Campos¹

ENTENDENDO O UNIVERSO X-MEN

X-Men é o nome de uma equipe de super-heróis de HQ's (Histórias em Quadrinhos) publicadas nos Estados Unidos pela empresa Marvel Comics no ano de 1963.

A criação dos X-Men é da dupla Stan Lee e Jack Kirby. A dupla também criou outras obras de sucesso, como por exemplo, Os Vingadores, Homem-Aranha, Homem de Ferro, Homem-Formiga, entre outros.

Na primeira publicação, chamada “The X-Men #1”, publicada em setembro de 1963, a equipe de mutantes era formada pelo Professor Charles Xavier, conhecido dentro do universo das HQ's como Professor X ou Professor Xavier; Scott Summers, conhecido como Ciclope; Doutor Henry, conhecido como Fera; Homem de Gelo, Anjo e Jean Grey, conhecida como Garota Marvel.

Os X-Men são mutantes: humanos que, por algum motivo, nasceram com habilidades especiais, que humanos não possuem. O Professor X, por exemplo, possui o poder de Telepatia e Controle mental. Ciclope libera rajadas óticas abastecidas de energia solar, entre outros.

No decorrer das histórias, humanos aparecem e alguns possuem medo dos mutantes, outros, possuem ódio e alguns gostam da convivência com os mutantes. No entanto, cientistas consideram os mutantes um novo grau da evolução humana e assim, passam a ser considerados uma ameaça a toda raça humana. Essa ameaça começa a aumentar, quando alguns mutantes passam a utilizar seus poderes para realização de delitos. Esses mutantes são liderados por Magneto, que é tido como um dos mutantes mais poderosos do Universo X-Men, possuindo poder de manipulação do campo magnético e de controle de qualquer tipo de metal.

No que se refere aos personagens existentes no Universo, encontramos no Wikipédia (s.n.t):

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibiti: FEATI/UNIEP. Professor e Escritor.

As histórias dos X-Men contam com personagens de diversas etnias sendo, talvez, a revista em quadrinhos mais multicultural já publicada pela Marvel. Este aspecto foi introduzido quando o título, que havia sido cancelado, foi retomado nos anos 1970. Nesta década, o elenco (que contava apenas com mutantes americanos) foi diversificado, adicionando-se personagens da Alemanha (Noturno), Irlanda (Banshee), Canadá (Wolverine), União Soviética (Colossus), Quênia (Tempestade) e Japão (Solaris). Personagens representando várias outras etnias e cenários culturais foram subsequentemente adicionados. As histórias também retratavam temas relacionados ao status das minorias, incluindo assimilação, tolerância e crenças na existência de uma "raça superior". (WIKIPÉDIA, s.n.t).

De todas as histórias de heróis, os X-Men pode ser considerada a mais miscigenada de todas, contendo personagens de diversas partes do mundo. Além disso, a história toca em assuntos polêmicos como o preconceito contra as minorias, crenças religiosas (Magneto é Judeu, Pássaro Trovejante é hinduísta), sexualidade (mutantes homossexuais parecem na trama) e o debate de uma "raça superior", assim como ocorreu na Segunda Guerra Mundial com Hitler.

MARTIN LUTHER KING E MALCOLM X: O ENFRENTAMENTO DE IDEIAS PARA OS DIREITOS DOS NEGROS E O INICIO DA HEROICIZAÇÃO

Martin Luther King Jr. (1929-1968) foi um pastor protestante e ativista político norte-americano. Foi um dos principais nomes do Movimento dos Direitos Civis dos Negros, defendendo a não violência e amor ao próximo. Um ano após o lançamento da primeira edição de X-Men, King foi laureado com o Nobel da Paz. Além da luta pelos Direitos dos Negros, Luther King é mundialmente conhecido pelo discurso "I Have a Dream" (Eu Tenho Um Sonho), que foi proferido no ano de 1963 na Marcha sobre Washington. No ano de 1968, King é assassinado na cidade de Memphis, no Estado do Tennessee. Postumamente, recebeu a Medalha Presidencial da Liberdade em 1977 e a Medalha de Ouro do Congresso em 2004. Na terceira segunda-feira do mês de janeiro é celebrado o Dia de Martin Luther King, que foi estabelecido como Feriado Federal nos Estados Unidos em 1986.

Seguindo sua linha de raciocínio, Luther King defendia a igualdade entre Negros e Brancos nos Estados Unidos e em todo o mundo. Prova disso, é o trecho de seu famoso discurso:

Eu tenho um sonho que minhas quatro pequenas crianças vão um dia viver em uma nação onde elas não serão julgadas pela cor da pele, mas pelo conteúdo de seu caráter. Eu tenho um sonho hoje!

Eu tenho um sonho que um dia, no Alabama, com seus racistas malignos, com seu governador que tem os lábios gotejando palavras de intervenção e negação; nesse justo dia no Alabama meninos negros e meninas negras poderão unir as mãos com meninos brancos e meninas brancas como irmãos e irmãs. Eu tenho um sonho hoje! (LUTHER KING, 1963).

Como visto, King tinha um espírito puramente acolhedor, que pregava a igualdade em todos os aspectos; diferente de seu compatriota, Malcolm X.

Al Hajj Malik Al-Shabazz, conhecido como Malcolm X (1925-1965), foi um dos maiores defensores do Nacionalismo Negro. É conhecido por ser o fundador da Organização para Unidade Afro-Americana, no entanto, as ideias defendidas pela Organização era de cunho Separatista. Com essas ideias, Malcolm conseguiu mobilizar não somente parte dos negros, como também grande parcela dos brancos. Em 1965, aos 39 anos, é assassinado em Nova Iorque por seguidores do próprio movimento que defendia.

No tocante as ideias de X, encontramos:

Na verdade, Malcolm recusava a igualdade racial e a integração à sociedade branca, defendendo o separatismo dos negros e afirmando que a violência era um recurso aceitável para a autoproteção. Suas ideias e seu talento de orador reuniram um grande número de seguidores para a Nação do Islã. (MUNDO ESTRANHO, s.n.t.).

Como podemos observar Malcolm X, apesar de negro, difere das ideias de Luther King, sendo que para X, a união entre negros e brancos era inaceitável e defendia que a violência poderia sim ser usada para efetivar a separação de negros e brancos, que para ele, uma raça, nesse caso a negra, eram superiores aos brancos, que sempre humilharam a primeira.

PROFESSOR XAVIER E MAGNETO: A HEROICIZAÇÃO DE LUTHER KING E MALCOLM X

No mundo dos quadrinhos, temos Professor Xavier, líder dos X-Mens. Xavier é uma pessoa totalmente equilibrada e dotada de uma inteligência sem igual. Durante toda a série, Professor X passa a ideia de igualdade entre Mutantes e Humanos (essa palavra será utilizada para designar não mutantes). Magneto, que no início até possuía um laço de amizade com Xavier, defende a ideia separatista, onde os Mutantes são considerados uma raça superior e a evolução da

raça humana e por isso, não devem conviver em igualdade com os Humanos, sendo que estes devem ser governados e guiados pelos Mutantes.

No tocante a relação dos X-Mens com King e Malcolm X, Marcelo (2015) explica:

Anos 60. A luta contra o preconceito aos negros e pelos direitos humanos chegava ao seu auge nos EUA. Tal duelo tinha diversas facetas, mas podia ser dividido em dois grandes nomes: Martin Luther King, pastor estadunidense e líder do Movimento dos Direitos Humanos dos Negros; e Malcolm X, ministro islâmico que era negro. Um lutava pelos sonhos, pela oportunidade de ver brancos e negros juntos e pela paz. O outro acreditava que o mundo pertencia, originalmente, aos negros e que os brancos eram os malvados – e, assim, as duas etnias deveriam ser completamente divididas.

Nesse caldeirão de emoções, Stan Lee concebeu os X-Men. A ideia de criar seres mutantes superpoderosos surgiu simplesmente porque o quadrinista e editor da Marvel estava sem novas ideias para criar super-heróis. Mas, ao mesmo tempo, isso dava uma grande oportunidade: conceber uma raça nova, o homo superior, que poderia ser uma alegoria para àquele debate dos anos 60 sem precisar entrar nessa história de “cor de pele”. “Eu queria que eles fossem diversificados. Todo o princípio fundamental dos X-Men foi tentar ser uma história anti-preconceito para mostrar que há o bom em qualquer pessoa”, explicou Stan Lee em um evento no ano passado. (MARCELO, 2015).

Como visto Lee, criador dos X-Mens, estava sem ideias e resolveu levar para o mundo das HQ's essa luta ideológica de Luther King e Malcolm X, no entanto, levar isso de modo nu e cru, falando de “cor de pele”, soaria um pouco pesado para a sociedade da época, assim, transformou os negros em mutantes, fazendo uma alusão de “raça superior” defendida por Malcolm X, e colocando Magneto sendo este a Heroicização de Malcolm X. Por outro lado, o grupo dos mutantes X-Men, que defendiam a igualdade entre mutantes e humanos, defendia a visão de Luther King, sendo este heroicizado pelo Professor Xavier. Assim, no mundo real, dois negros lutavam um pela igualdade entre as raças e outro pela separação das mesmas; e no mundo fictício dois mutantes lutavam pelas mesmas questões. Se tudo isso não fosse o bastante, a ficção mostra Professor Xavier e Magneto, amigos no início de tudo, como também o foram King e X, mostrando que não importa o caminho que sigam, lá no fundo a essência, a origem sempre continuará sendo a mesma; negros no mundo real e mutantes na ficção.

REFERÊNCIAS

E-Biografias. **Martin Luther King.** s.n.t. Disponível em: http://www.e-biografias.net/martin_luther_king/. Acesso em: 22 maio 2016.

MARCELO, João. **Os X-Men nos anos 60 eram uma alegoria da luta dos direitos humanos dos negros – e, hoje, no cinema, será que ainda representam algo?**. Disponível em: <http://judao.com.br/o-preconceito-martin-luther-king-malcolm-x-e-os-x-men/>. Acesso em: 22-23 maio 2016.

Mundo Estranho. **Quem Foi Malcolm-X?**. Disponível em: <http://mundoestranho.abril.com.br/materia/quem-foi-malcolmx>. Acesso em: 23 maio 2016.

King, Martin Luther. **I Have a Dream - Eu Tenho Um Sonho.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/desejos/sonhos/dream.htm>. Acesso em: 23 maio 2016.

Uol Educação. **Malcolm X.** s.n.t. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/biografias/malcolm-x.htm>. Acesso em: 22-23 maio 2016.

Wikipédia. **X-Men.** Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/X-Men>. Acesso em: 22 maio. 2016.

RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

André Gabriel de Oliveira¹
Braulio Paiva Novaes de Almeida²

INTRODUÇÃO

A teoria da reserva do possível foi concebida no direito alemão, sendo inaugurada no Tribunal Constitucional Alemão, durante o julgamento a respeito da constitucionalidade de normas que regiam o ingresso de aspirantes ao curso superior de medicina em universidades do referido país. Diante da oferta insuficiente de vagas disponibilizadas pelo Estado Alemão estabeleceram-se limitações à admissão, o que culminou, através dos julgamentos realizados pela Suprema Corte supracitada, na elaboração da teoria em estudo.

Diante do caso em tela, amparando-se na teoria criada, demonstrou à sociedade a não possibilidade da concessão de todos os benefícios almejados pelos cidadãos que o Estado se propõe a oferecer, tendo em vista algumas pretensões fogem à razoabilidade da oferta a todos. Desse modo, o Estado Social conjuga ideias inconcebíveis com as pretensões ilimitadas, quando estas forem custeadas pela sociedade de uma forma geral.

Pelo todo exposto, nota-se que a teoria da reserva do possível não é simples expressão da indisponibilidade financeira, como é aplicada dentro da sociedade brasileira, mas é considerado aquilo que é razoável exigir racionalmente do Estado pela coletividade. Ressalta-se a importância de um critério para aferir a razoabilidade das pretensões demandadas.

O Estado brasileiro ao inserir em seu sistema jurídico esta teoria, assim como muitos outros países, deturpou o sentido original criado pelo Tribunal Alemão, ao realizar leitura superficial, a utilizando como simples forma de justificar a não efetivação dos direitos e garantias fundamentais através da indisponibilidade de recursos. Portanto, ficou entendido no ordenamento pátrio que a reserva do possível

¹ Discente do terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, disponível através do e-mail: andregabriel.direito@gmail.com.

² Discente do terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, disponível através do e-mail: braulio.novaes@gmail.com.

é uma mera justificativa para uma falta de reserva financeira, indo de encontro com o sentido primário, que consistia na razoabilidade da pretensão exigida do Estado.

É oportuno acrescentar ao pensamento o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, que compartilha uma análise exclusivamente econômica da teoria, assim como é aplicada no ordenamento brasileiro: “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas (BARCELLOS, 2011, p. 276)”.

A evolução do conceito fez gerar um crivo financeiro na aplicação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, quando na verdade tem que analisar a viabilidade de restrição ou não a esses direitos. Um texto constitucional ao integrar os direitos fundamentais sociais às suas normas, naturalmente relativiza as garantias, sendo impossível abstrair caráter absoluto das mesmas.

O texto Constitucional de 1988 adotou uma perspectiva para as restrições aos direitos fundamentais conjugadas com características de cada caso concreto. Desse modo, fica nítida que para ocorrer alguma restrição é indescutível a análise singular exterior ao fato que pretende a restrição da norma. Primeiramente, a norma jurídica apresenta uma forma instituidora da posição jurídica adotada pelo legislador, sendo possível, incidir em alguma oportunidade, através do eixo cronológico, restrição na interpretação. Consonante com tais ideais apresentam-se Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Não pode falar-se em restrição de um determinado direito fundamental em abstracto fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse constitucional diverso (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 135)”.

Ainda fazendo uma análise da atual Constituição Federal, verifica-se que os direitos e garantias fundamentais, integrados de forma reiterada por todo o texto, não são restringíveis desde sua criação. Com a constante evolução a que fica submetida a sociedade é que emerge a necessidade de modificar a interpretação, seja limitando ou expandindo, determinada por fatores externo. Assim, a harmonização social é expressão da legitimidade conferida à possibilidade de restrição da interpretação da norma.

Guiados pelos ideais de liberdade e igualdade, os legisladores constitucionais privilegiaram a garantia do social em seu texto. Dessa maneira, faz-se necessário garantir a plena efetivação de suas normas. Nesse contexto, é que a plena efetivação das garantias fundamentais confronta com a reserva do possível,

tendo em vista que fornecer à sociedade todos os direitos sociais que estão presentes no texto constitucional exige um custo exacerbado por parte do Estado.

A reserva do possível conjuga a ideia de possibilidade de reconhecer o direito, de modo que se for viável exigir a pretensão do Estado, será um direito exigível, porém, em caso contrário, a pretensão não estará circunscrita dentro dos limites da norma, desprovida de proteção jurídica. Tal natureza das normas busca a proteção de determinado bem jurídico, nisso incide a teoria da reserva do possível, que atua como limitante das pretensões exigíveis do Estado. É possível entender como máximo exigido do Estado e o que ele tem a seu dispor na defesa e amparo do bem jurídico consagrado no texto constitucional. A realidade diversificada determina as situações que estão dentro das possibilidades a serem alcançadas.

Por outro lado, a escassez de recursos pode ser originária de fatores naturais ou artificiais, em que o segundo é fruto de atitudes do governo, derivadas de suas decisões políticas. A exigibilidade das garantias fundamentais pode ficar comprometida com a malversação na destinação dos recursos orçamentários, prejudicando o bem jurídico originariamente amparado.

Dessa forma, as normas criadas com sua atuação já estabelecida passa a delimitar quais são as possibilidades ou não da aplicação. Ressalta-se que nem toda norma de direito fundamental já é concebida com seus limites estabelecidos pela reserva do possível, mas deve tentar evitar que a ausência de recursos para efetivação esteja atrelada a uma decisão política, ou seja, um fator de caráter artificial.

É valiosa a consideração de Ingo Wolfgang Sarlet a respeito do tema: “por mais vital que seja a prestação, tal circunstância não tem o condão de contornar o limite fático imposto pela ausência de recursos (SARLET, 2003, p. 326)”. O Estado é exigido a concretizar as pretensões diante da possibilidade daquilo que tem a seu dispor.

A teoria da reserva do possível é exterior ao direito, não influi na existência do mesmo, mas pode comprometer a eficácia deles, desse modo é imprescindível a adoção do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conclui-se que na sua grande maioria, a reserva do possível constitui-se de uma carga jurídica atuante de forma a proporcionar a realização das pretensões dentro de um parâmetro de proporcionalidade e razoabilidade, sendo vital a observância da realidade fática.

Palavras-chave: reserva do possível; efetividade; direitos fundamentais; Estado; razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª. Ed. rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REVISTA ELETRÔNICA
FEATI